CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PHILIPPE LÉGER

presentadas el 15 de junio de 2000 *

1. Con arreglo a la normativa nacional en materia de calidad de las aguas, varias autoridades administrativas austriacas organizaron un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de servicios para proceder a la toma de muestras y al análisis de las aguas procedentes de lagos y ríos austriacos.

2. La participación en el procedimiento de adjudicación de entidades que reciben subvenciones junto con licitadores puramente privados ha dado origen a un procedimiento que llevó al Juez austriaco que conoce del asunto principal a plantear distintas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia.

Sustancialmente, éstas se refieren a la regularidad, a la luz del Derecho comunitario, de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de servicios en el que se admitió la participación de organismos subvencionados que, además, tienen todos ellos la nacionalidad del Estado miembro de la entidad adjudicadora y su sede en dicho Estado miembro.

3. Los interrogantes suscitados por la licitación controvertida atañen al principio de igualdad, desde dos puntos de vista.

Se trata de saber si la admisión de entidades subvencionadas para que presenten ofertas puede vulnerar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad o, al menos, constituir un obstáculo a la libre circulación de servicios, cuando todos estos organismos son austriacos.

Aun suponiendo que no pueda identificarse ninguna restricción a los intercambios, se plantea la cuestión de si la ventaja con respecto a los demás licitadores que dichos organismos pueden obtener de la financiación pública concedida es compatible con el objetivo perseguido por la Directiva 92/50/CEE, [1] a saber, la defensa de una competencia efectiva.

* Lengua original: francés.

1 — Directiva del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva»).

I. La Directiva

4. La Directiva tiene por objeto coordinar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios. De este modo, contribuye al establecimiento progresivo del mercado interior, definido como espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. [2]

5. En particular, trata de responder a la preocupación de evitar las trabas a la libre circulación de servicios. [3] La Directiva se justifica por la necesidad de mejorar el acceso de los prestadores de servicios a los procedimientos de adjudicación de contratos, para eliminar prácticas restrictivas de la competencia, en general, y de la participación de los nacionales de otros Estados miembros, en particular. [4]

6. Con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 2:

«1. Las entidades adjudicadoras aplicarán procedimientos adaptados a las disposiciones de la presente Directiva al adjudicar contratos públicos de servicios y al convocar concursos.

2. Las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.»

7. El artículo 6 prevé una excepción a la aplicación de la Directiva. Dispone que:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado.»

8. El artículo 37 de la Directiva enuncia determinadas obligaciones a las que debe someterse la entidad adjudicadora cuando tiene la intención de rechazar ofertas anormalmente bajas. Está redactado del siguiente modo:

«Si, para un contrato determinado, una oferta fuera anormalmente baja con relación a la prestación, la entidad adjudicadora, antes de rechazar dicha oferta, solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y comprobará esta composición teniendo en cuenta las explicaciones recibidas.»

2 — Considerandos primero y segundo.
3 — Sexto considerando.
4 — Vigésimo considerando.

II. Hechos y procedimiento principal

9. Actuando en virtud de las competencias que les atribuye el sistema austriaco de administración federal delegada, los Ämter der Landesregierungen (administraciones de los Gobiernos regionales) de los Länder de Salzburgo, Baja Austria, Alta Austria, Estiria, Carintia, Tirol y Burgenland, así como el Landeswasserbauamt (Administración regional del servicio de aguas) del Land de Vorarlberg organizaron un procedimiento abierto para la toma de muestras y el análisis de aguas para los ejercicios de observación 1998/1999 y 1999/2000, en cumplimiento de la Wassergüte-Erhebungsverordnung [5] (Reglamento de análisis de la calidad de las aguas).

10. ARGE Gewässerschutz, [6] que es una asociación de empresas y de técnicos civiles, y otras entidades, entre ellas el Österreichisches Forschungszentrum Seibersdorf GmbH [7] y el Österreichisches Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH, [8] presentaron proposiciones en dicho procedimiento.

11. Al estimar que las subvenciones que reciben estos últimos licitadores les conceden ventajas competitivas y crean obstáculos a los intercambios entre los Estados miembros, ARGE obtuvo la apertura de un procedimiento de conciliación ante la Bundes-Vergabekontrollkommission (Comisión Federal de Control de las Adjudicaciones) con arreglo a la Bundesvergabegesetz (Ley Federal de Adjudicaciones).

12. La Comisión Federal de Control de las Adjudicaciones consideró que la Ley federal no se oponía a la participación en una licitación, junto con otros licitadores puramente privados, de entidades subvencionadas con fondos públicos o de Derecho público, como institutos de investigación o institutos universitarios.

13. A continuación, ARGE interpuso un recurso ante el Bundesvergabeamt.

III. Las cuestiones prejudiciales

14. Al estimar que la resolución del litigio dependía de una interpretación del Derecho comunitario, este último decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Viola el principio de igualdad de trato de todos los licitadores y candidatos en procedimientos de licitación la decisión de una entidad adjudicadora de permitir participar en procedimientos de

5 — BGBl. 1991, p. 338.

6 — En lo sucesivo, «ARGE».

7 — Centro de investigación Seibersdorf; en lo sucesivo «Centro Seibersdorf».

8 — Instituto de investigación Arsenal; en lo sucesivo, «Instituto Arsenal».

licitación a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones, del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar en el procedimiento de licitación ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores que ejerzan una actividad comercial?

2) ¿Constituye una discriminación encubierta la decisión de una entidad adjudicadora de permitir participar en procedimientos de licitación a tales organismos, cuando éstos tienen, sin excepción, la nacionalidad del Estado miembro o tienen su sede en aquel Estado miembro en el que también tiene su sede la entidad adjudicadora?

3) ¿Constituye una restricción a la libre circulación de mercancías incompatible con las normas del Tratado CE —en particular, sus artículos 59 y siguientes— la decisión de una entidad adjudicadora de permitir participar en procedimientos de licitación a dichos organismos, aun suponiendo que no discrimine a los demás licitadores y candidatos?

4) ¿Puede la entidad adjudicadora celebrar contratos de servicios con organismos que pertenecen exclusivamente, o al menos de forma preponderante, al sector público y que prestan sus servicios exclusivamente, o al menos de forma preponderante, a la entidad adjudicadora o a otros organismos del Estado, sin someter los servicios a un procedimiento de licitación con arreglo a la Directiva 92/50/CEE, en competencia con licitadores que ejerzan una actividad comercial?»

IV. Observaciones preliminares

15. Como he señalado, las tres primeras cuestiones prejudiciales atañen al principio de igualdad, desde los puntos de vista de la discriminación por razón de la nacionalidad (cuestiones segunda y tercera) y de la discriminación entre los licitadores subvencionados y los demás (primera cuestión).

16. La cuarta cuestión se refiere al ámbito de aplicación personal de la Directiva. Se trata de saber si esta última es aplicable a los contratos de prestaciones de servicios celebrados entre una entidad adjudicadora y un prestador de servicios que depende estrechamente de una autoridad pública, puesto que esta última es, simultáneamente, su propietario principal y el destinatario principal de los servicios que presta.

17. En primer lugar, procede examinar conjuntamente las cuestiones segunda y tercera, pues ambas hacen referencia a disposiciones del Tratado, es decir el

artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y los artículos siguientes, relativos a la libre circulación de servicios.

18. A continuación me pronunciaré sobre la cuarta cuestión prejudicial, relativa al ámbito de aplicación de la Directiva, y después sobre la primera cuestión, consagrada al principio de igualdad de trato entre licitadores, tal y como se enuncia en este último texto legal.

V. Sobre la existencia de restricciones a la libre circulación de servicios (cuestiones prejudiciales segunda y tercera)

19. Mediante estas cuestiones, el Bundesvergabeamt pide que se dilucide si los artículos 59 y siguientes del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la decisión adoptada por una entidad adjudicadora de permitir la participación en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de entidades que reciben subvenciones de origen público que les permiten presentar ofertas a precios sensiblemente inferiores a los precios ofrecidos por los demás licitadores, cuando dichas entidades tienen todas ellas la nacionalidad del Estado miembro en el que la entidad adjudicadora tiene su sede y tienen su sede en dicho Estado miembro. [9]

9 — Si bien la segunda cuestión se refiere a los organismos que tienen la nacionalidad del Estado miembro o tienen su sede en aquel Estado miembro en el que también tiene su sede la propia entidad adjudicadora, de los motivos de la petición de decisión prejudicial resulta que, en el caso de autos, dichas características son acumulativas y no alternativas (página 11 de la traducción en español de la petición de decisión prejudicial).

20. El artículo 59, párrafo primero, del Tratado establece que «[...] las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas, durante el período transitorio, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación».

21. Los imperativos del artículo 59, que exigen la libre prestación de servicios, suponen la supresión de toda discriminación contra el prestador de servicios por razón de su nacionalidad [10] o de la circunstancia de que esté establecido en un Estado miembro distinto de aquél en que haya de realizarse la prestación. [11]

22. Esta regla se vuelve a afirmar en el artículo 60, párrafo tercero, del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE, párrafo tercero). Aplicando el principio del trato nacional a la libre circulación de servicios, éste dispone que «[...] el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la

10 — La atribución de una «nacionalidad» a las personas jurídicas, que hace posible que se vean discriminadas por razón de la nacionalidad, resulta del Tratado. En virtud del artículo 58, párrafo primero, del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE, párrafo primero), aplicable a los servicios, según dispone el artículo 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE), «las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.» La localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro (véase, en particular, la sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, Rec. p. I-1459, apartado 20).

11 — Sentencia de 18 de enero de 1979, Van Wesemael y otros (110/78, Rec. p. 35), apartado 27.

prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales.»

23. La medida controvertida consiste en admitir la participación en el procedimiento de contratación de organismos como el Centro Seibersdorf y el Instituto Arsenal, a quienes se recrimina el disfrute de una ventaja competitiva indebida por recibir subvenciones. Tanto uno como otro tienen un vínculo estrecho con el Estado miembro de la entidad adjudicadora, pues ambos tienen su sede en el territorio austriaco y están sometidos al Derecho austriaco. [12]

24. A fin de excluir cualquier ambigüedad que pudiese afectar a la interpretación de las cuestiones planteadas, precisaré que el criterio diferenciador que menciona la segunda cuestión prejudicial no se refiere al hecho de que se admitiera la participación de entidades subvencionadas en el procedimiento de licitación. Este extremo es objeto de la primera cuestión, que se tratará a continuación. Como he señalado, la dificultad reside en la circunstancia de que las entidades subvencionadas son todas ellas austriacas, lo cual induce a pensar que no se permitió que participasen los operadores subvencionados procedentes de otros Estados miembros.

25. A este respecto, el Bundesvergabeamt menciona la hipótesis de una discriminación encubierta.

26. Como es sabido, el principio de igualdad de trato, del que el artículo 59 constituye una expresión particular, prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas de discriminación encubierta que, por aplicación de otros criterios de distinción, abocan al mismo resultado. [13]

27. Esta referencia que hace el Juez remitente a la eventualidad de una discriminación encubierta muestra que este último no parece albergar dudas acerca de que la medida controvertida no crea ninguna discriminación ostensible, en el sentido de que no exige ningún requisito de nacionalidad o relativo al lugar de establecimiento de las entidades, sean o no subvencionadas.

Al no haberse establecido ningún requisito de nacionalidad o de establecimiento del que pudiese depender el derecho a responder a una licitación, las entidades austriacas o con sede en territorio austriaco quedarían favorecidas, en cambio, si la medida controvertida estableciese una diferencia de trato entre los licitadores, mediante la aplicación de un requisito con arreglo al cual sólo se permita la participación en el procedimiento de adjudicación del contrato a *las entidades subvencionadas por las autoridades austriacas.*

12 — Página 11 de la traducción en español de la petición de decisión prejudicial.

13 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 3 de junio de 1992, Comisión/Italia (C-360/89, Rec. p. I-3401), apartado 11.

28. Como ha indicado acertadamente el Gobierno austriaco, [14] la norma nacional que reserva únicamente a las entidades subvencionadas por las autoridades austriacas el derecho a participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos podría constituir una restricción a la libre circulación de servicios. En tal caso, ese criterio encubriría una diferencia de trato entre las entidades establecidas, incluso sólo con carácter secundario, en territorio austriaco, que son las únicas que pueden aspirar a obtener ayudas de las autoridades públicas, y las demás. Aquellos operadores extranjeros que reciben subvenciones no podrían beneficiarse de esa ventaja para competir con los operadores austriacos que se encuentren en la misma situación y multiplicar sus posibilidades para obtener contratos de la entidad adjudicadora austriaca.

29. En cualquier caso, tanto si la medida controvertida se analiza desde el ángulo de una discriminación directa o simplemente de una discriminación encubierta, se impone la misma respuesta.

30. No me parece justificado que del hecho de que todas las entidades subvencionadas que participan en procedimientos de adjudicación de contratos públicos tengan la misma nacionalidad que la entidad adjudicadora se concluya que la regularidad del procedimiento controvertido resulta necesariamente afectada por la aplicación de condiciones discriminatorias.

14 — Página 9 de sus observaciones.

31. En efecto, el principio de no discriminación no requiere que en todos los supuestos esté representada una pluralidad de operadores de distintas nacionalidades. Tan sólo exige que no se obstaculice el ejercicio de la libertad de circulación de dichos operadores económicos, sin consideración de su origen en el seno de la Comunidad.

32. Por lo tanto, estimo que la decisión de permitir la participación de entidades subvencionadas de nacionalidad austriaca no basta para poner de manifiesto una discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de establecimiento de los licitadores o del origen de las subvenciones recibidas por estos últimos.

33. Para que esto se cumpla, debe demostrarse que el procedimiento de adjudicación del contrato contiene, de hecho o de Derecho, una cláusula que subordine el derecho de los operadores económicos a participar en dicho procedimiento a un requisito de nacionalidad o de localización de su sede en territorio austriaco.

34. También debe acreditarse que la admisión en la licitación queda condicionada por el hecho de que las entidades subvencionadas reciben sus subvenciones de las autoridades austriacas.

35. Pues bien, aun cuando en ningún momento se hace referencia a la participación de un licitador de otra nacionalidad, que tenga su sede en territorio de otro Estado miembro o que reciba ayudas de autoridades distintas de las autoridades austriacas, no resulta que el procedimiento controvertido establezca requisitos que permitan excluir este tipo de operadores.

36. En particular, no he observado ningún elemento que induzca a suponer que la medida controvertida contiene un requisito relativo a la atribución de ayudas recibidas únicamente de las autoridades austriacas. Bajo reserva de que el Bundesvergabeamt confirme este extremo, [15] la presencia exclusiva de entidades austriacas subvencionadas debe atribuirse a circunstancias ajenas al Derecho y a la práctica aplicables.

37. Está claro que si el Juez remitente comprobara la existencia de una disposición de esta naturaleza, debería deducir las consecuencias oportunas por lo que respecta a la regularidad del procedimiento y excluir la aplicación de esa norma contraria al Derecho comunitario.

38. Cabe añadir que, al no existir ninguna discriminación que afecte a la medida controvertida, resulta difícil considerar la decisión de admisión como una restricción a la libre circulación de servicios pues, en cualquier caso, el nacional de otro Estado miembro subvencionado por este último tiene derecho a licitar del mismo modo que los demás operadores.

39. Por lo tanto, procede concluir que los artículos 59 y siguientes del Tratado deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida como la decisión controvertida en el asunto principal, por la cual una entidad adjudicadora permite la participación en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de entidades que reciben subvenciones de origen público que les permiten presentar ofertas a precios sensiblemente inferiores a los precios ofrecidos por los demás licitadores, aun cuando dichas entidades tengan todas ellas la nacionalidad del Estado miembro en el que la entidad adjudicadora tiene su sede y tienen su sede en dicho Estado miembro, siempre que no se haya establecido ningún requisito relativo a la nacionalidad de los operadores, al lugar de su establecimiento o al origen de las subvenciones que, en su caso, reciban.

15 — Subrayaré que según el Bundesvergabeamt, «es posible que existan también organismos en otros Estados miembros que perciban subvenciones similares por parte de su Estado y que podrían participar en la licitación que nos ocupa [...]» (página 14 de la traducción en español de la petición de decisión prejudicial). Sin embargo, en opinión del Juez remitente, esta eventualidad de que participen operadores extranjeros también subvencionados por las autoridades competentes de sus Estados miembros de origen no basta para descartar la hipótesis de una discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de establecimiento de los licitadores o del origen de las subvenciones que reciben. Pues bien, en la misma frase explica que «los prestadores de servicios de otros Estados miembros no pueden o no tienen porqué contar con que concurrirán en el procedimiento de licitación con licitadores austriacos que disfrutan respecto a ellos de una ventaja en materia de costes debido a las subvenciones que reciben de entidades territoriales austriacas». Por lo tanto, parece que el Bundesvergabeamt excluye un argumento adecuado para acreditar la falta de restricción a la libre circulación de servicios —la facultad para las empresas extranjeras subvencionadas de responder a una licitación del mismo modo que las empresas nacionales subvencionadas— al recurrir a motivos basados en consideraciones ajenas a esta problemática —la violación del principio de igualdad de trato entre operadores, con independencia de su nacionalidad, por el hecho de participar empresas subvencionadas. Examinaré este argumento en las explicaciones que dedicaré a la primera cuestión.

VI. Sobre el ámbito de aplicación de la Directiva: los contratos de servicios celebrados entre una entidad adjudicadora y un prestador dependiente de entidades adjudicadoras (cuarta cuestión prejudicial)

40. Mediante la cuarta cuestión prejudicial, el Juez remitente pide que se dilucide si la Directiva debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en su ámbito de aplicación un contrato de servicios celebrado entre una entidad adjudicadora y un prestador de servicios cuando, por una parte, este último pertenece principalmente a una entidad adjudicadora y, por otra parte, los servicios que presta se destinan principalmente a entidades adjudicadoras, entre ellas aquella a la que pertenece.

41. El Bundesvergabeamt evoca la posibilidad de no someter a las exigencias de la Directiva las relaciones contractuales que vinculan a una entidad adjudicadora con organismos que le pertenecen en su totalidad y que le dedican la integridad de su actividad. Sin embargo, considera que dichos requisitos son demasiado restrictivos y que, desde un punto de vista funcional, una entidad adjudicadora y un prestador de servicios pueden asimilarse el uno al otro, aun cuando la entidad adjudicadora no tenga la propiedad exclusiva del prestador y la actividad de este último no se oriente hacia éste en su totalidad. También en este supuesto, la proximidad entre la entidad adjudicadora y dicho organismo justificaría que sus relaciones contractuales quedan excluidas de la Directiva.

A. *Sobre la admisibilidad*

42. Como han dado a entender ARGE y el Gobierno austriaco en sus observaciones escritas, la admisibilidad de esta cuestión puede prestarse a discusión. En efecto, de la petición de decisión prejudicial no resulta que se haya puesto en duda ante el órgano jurisdiccional austriaco la aplicabilidad de la Directiva al procedimiento de adjudicación del contrato.

43. Sin embargo, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la resolución jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Éste únicamente puede declarar que no ha lugar a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada por dicho órgano no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio en el procedimiento principal, o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. [16]

44. Pues bien, no se puede afirmar que el ámbito de aplicación de la Directiva no guarda relación con el asunto principal. Si

16 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S (C-275/98, Rec. p. I-8291), apartado 18.

resultara que, por sus características, entidades como los dos licitadores subvencionados quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, nada permite excluir *a priori* que el Juez remitente, con arreglo al procedimiento nacional aplicable y dentro de sus límites, no pueda deducir de ello las consecuencias que ayuden a la resolución del litigio, por ejemplo al sustituir de oficio la norma que emana de la Directiva por otra.

45. Además, como veremos más adelante, los documentos obrantes en autos son suficientemente precisos como para definir los principios en los que se podrá inspirar el Juez remitente para resolver el procedimiento principal.

46. Por este motivo estimo necesario responder a la cuestión planteada sobre la base de tales datos, sin tener en cuenta que de los autos resulta que ningún argumento parece poner en duda el marco legal inicialmente adoptado para que la entidad adjudicadora eligiera un prestador de servicios.

47. En consecuencia, procede determinar si la Directiva es aplicable al caso de autos.

B. *Sobre el fondo*

48. Según el octavo considerando de la Directiva, «[...] la presente Directiva se refiere sólo a las prestaciones de servicios bajo contrato público [...]». De su artículo 1, letra a) resulta que, a efectos de la Directiva y con excepción de determinados contratos, se entenderá por contratos públicos de servicios los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora.

49. La relación jurídica de naturaleza contractual que vincula al prestador de servicios y al destinatario del servicio presupone la presencia de dos personas jurídicas con capacidad, en cuanto tales, para obligarse mediante la expresión de su libre voluntad. A continuación, el prestador de servicios debe reunir determinadas características que acrediten que, en el ejercicio de su actividad económica, actúa de modo suficientemente autónomo frente a la autoridad pública que lo concede.

En otras palabras, como claramente ha recordado el Abogado General Sr. Cosmas en sus conclusiones presentadas en el asunto Teckal,[17] el cocontratante de la entidad adjudicadora, *tiene que tener efec-*

17 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartados 53 y ss.

tivamente la condición de tercero frente a este último, es decir, debe tratarse de una persona distinta de él. Por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro [18] añade que el Derecho comunitario «no obliga a las entidades adjudicadoras a respetar el procedimiento que garantiza una competencia efectiva entre los interesados en caso de que las entidades de que se trata deseen encargarse ellas mismas del suministro de los productos que necesitan.»

50. De ahí que las prestaciones calificadas de «in house», que designan las prestaciones realizadas a una autoridad pública por sus propios servicios o por servicios en relación de dependencia, aunque sean orgánicamente distintos, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. [19]

51. En la sentencia Teckal, antes citada, el Tribunal de Justicia hubo de pronunciarse sobre si el hecho de que una entidad territorial confíe el suministro de productos a una organización en la que participa debe dar lugar a un procedimiento de licitación previsto en la Directiva 93/36.

52. Además de examinar ciertos requisitos legales que determinan la aplicabilidad de dicha norma, como la condición de entidad adjudicadora de la entidad territorial o la existencia de un contrato celebrado a título oneroso, el Tribunal de Justicia analizó las relaciones entre la entidad adjudicadora y su cocontratante.

53. Del mismo modo que la presente Directiva, la Directiva 93/36 se aplica cuando una entidad adjudicadora proyecta celebrar un contrato con un operador económico. Al comprobar si existe un contrato entre dos personas efectivamente distintas, el Tribunal de Justicia ha precisado que «[...] basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste». [20] Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha señalado que «sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate *un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios* y esta persona *realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan*». [21]

54. Los criterios fundamentales así obtenidos se basan en la idea de la autonomía efectiva del organismo con el que la entidad adjudicadora celebra el contrato. De la sentencia Teckal, antes citada, resulta que debe ser formalmente distinto y autónomo respecto a ella desde el punto de vista decisorio para que la Directiva sea aplicable. [22]

18 — Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1).

19 — Véanse, asimismo, las conclusiones del Abogado General Sr. Alber en el asunto RI.SAN. (sentencia de 9 de septiembre de 1999, C-108/98, Rec. p. I-5219), puntos 46 y ss.

20 — Sentencia Teckal, antes citada, apartado 50.

21 — *Idem*, el subrayado es mío.

22 — *Idem*, apartado 51.

55. Cabe lamentar la falta de precisión de que adolecen estos criterios. La existencia de una entidad distinta es fácil de concebir e identificar, pues basta con observar que el operador económico está constituido bajo una forma jurídica diferente de la de la entidad adjudicadora. En cambio, no resulta sencillo medir el grado de autonomía de que dispone. En particular, la naturaleza del control ejercido por una entidad sobre un organismo jurídicamente distinto o el nivel a partir del cual se puede considerar que éste realiza la parte esencial de su actividad con la autoridad pública de la que depende pueden suscitar serias dudas.

56. Sin embargo, hay que tener presente que existen una serie de parámetros que permiten determinar la naturaleza efectivamente autónoma de una entidad. Pues bien, en la medida en que el órgano jurisdiccional nacional es el único que dispone del conjunto de elementos de hecho y de Derecho adecuados para la resolución del litigio de que conoce y en que le corresponde a él aplicar el Derecho comunitario a dicho litigio, se trata del órgano idóneo para pronunciarse con toda la precisión deseada sobre la libertad de acción de que dispone tal operador respecto de la entidad adjudicadora.

57. En cualquier caso, las estrechas relaciones que vinculan el centro Seibersdorf y el Instituto Arsenal con las autoridades públicas austriacas debe analizarse a la luz de dichos principios. De este modo será posible determinar si reflejan una situación de dependencia que justifique que se les confíe la prestación de servicios de toma de muestras y análisis de la calidad de las aguas sin que sea necesario observar los preceptos de la Directiva.

1. Sobre el control de la entidad adjudicadora

58. Como he señalado, para que un contrato quede fuera del régimen de la Directiva, se requiere demostrar que la entidad territorial ejerce sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. [23]

59. En la medida en que la entidad adjudicadora dispone, respecto de un operador, de un poder de control análogo a aquel que ejerce sobre sus propios servicios, las tareas que puede confiarle no se gestionarán de modo distinto que si simplemente se hubieran delegado en su seno. La capacidad de la entidad territorial de evaluar el funcionamiento del prestador y la falta de autonomía que de ello se deriva para este último privan de toda realidad al contrato celebrado entre la entidad y el prestador de servicios.

60. Según el Bundesvergabeamt, los organismos de investigación de que se trata pertenecen mayoritariamente al Estado austriaco o a un Land. Sus órganos de dirección son nombrados por la correspon-

23 — *Idem*, apartado 50.

diente entidad territorial titular o están sujetos al control de una de dichas entidades territoriales.[24] ARGE, en cambio, no ha mencionado ser propiedad de un Land, e indicó que el 50,5 % de las participaciones sociales del Centro Seibersdorf pertenece a la República de Austria y el 49,5 % restante a empresas privadas. Por lo que se refiere al Instituto Arsenal, éste es propiedad al 100 % de la República de Austria.[25]

Incumbe al Juez remitente examinar precisamente los elementos de prueba de que dispone. Por mi parte, sigo la hipótesis común según la cual el Estado es, al menos, propietario mayoritario, teniendo asimismo en cuenta los datos adicionales aportados por ARGE.

61. En cuanto al instituto Arsenal, me haré eco del análisis efectuado por el Abogado General Sr. Alber en sus conclusiones en el asunto RI.SAN, antes citado, para aplicarlo al caso de autos, según el cual «la participación del 100 % del Estado Italiano permite concluir, incluso sin conocer enteramente la organización interna de [ésta], que la sociedad constituye una parte del Estado Italiano».[26]

62. La situación del centro Seibersdorf resulta menos clara. Procede evaluar el grado de autonomía que, a pesar de una participación pública que sigue siendo mayoritaria, dicho organismo puede mantener frente al Estado.

63. Para ello, el Juez remitente deberá apreciar el fundamento de la declaración de ARGE, según la cual, a pesar de la participación mayoritaria de la autoridad pública, son sus propietarios privados quienes determinan su actuación.[27] En efecto, le incumbe comprobar el número y la naturaleza de los puestos ocupados por representantes de operadores privados en los órganos de decisión de dicho organismo y declarar en qué medida los poderes de este modo repartidos inciden, según el Derecho interno aplicable, en las orientaciones económicas tomadas por el centro.

64. Ese trámite sólo es necesario si, con arreglo a su Derecho interno, el Juez remitente considera que la circunstancia de que dichos «[...] organismos [...] pertenecen exclusivamente, o al menos de forma preponderante, al sector público»,[28] según sus propios términos, no basta para garantizar la efectividad del control realizado por este último sobre las entidades que poseen.

24 — Página 11 de la traducción en español de la petición de decisión prejudicial.

25 — Página 8 de sus observaciones escritas.

26 — Punto 53.

27 — En efecto, ARGE afirma que, «también al ocupar un gran número de puestos en el consejo de dirección, el consejo de vigilancia y el comité consultivo, son las empresas privadas participantes quienes dominan» (p. 8 de sus observaciones escritas).

28 — Cuarta cuestión prejudicial.

65. En cualquier caso, la acreditación del origen público de las entidades no es suficiente. En efecto, para poder dar una respuesta útil al Bundesvergabeamt es determinante asegurarse de que la autoridad pública que ejerce su control sobre los organismos de investigación en el litigio principal y la entidad adjudicadora son una única e idéntica persona.

66. La reserva expresada en la sentencia Teckal, antes citada, se basa en el principio según el cual la falta de autonomía de una entidad económica frente a la entidad territorial que es su propietaria hace imposible o ilusoria la existencia de un contrato entre esas dos personas, sin embargo jurídicamente distintas. La hipótesis de una relación jurídica que quede fuera del ámbito de aplicación de la Directiva supone, por lo tanto, que la entidad adjudicadora que pide al operador que preste distintos servicios sea precisamente la entidad que ejerce sobre él un control estricto, no otra autoridad.

67. Antes al contrario, una relación contractual entre una autoridad pública y un prestador de servicios sin vínculo de subordinación con aquélla, aunque sea propiedad de otra entidad pública, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

68. En consideración de los documentos obrantes en autos, resulta que el propietario mayoritario de los dos organismos de investigación es la República de Austria, mientras que la entidad adjudicadora la integran los Länder y una administración local especializada (el Landeswasserbauamt del Land de Vorarlberg).

En consecuencia, corresponde al Bundesvergabeamt declarar si, en virtud de Derecho interno, aunque dichas entidades públicas son distintas, el Centro Seibersdorf y el Instituto Arsenal pueden, no obstante, estar sujetos a un control por parte de las entidades que integran la entidad adjudicadora análogo al que estas últimas ejercen sobre sus propios servicios.

69. La Directiva es aplicable si las comprobaciones del Juez remitente le llevan a declarar que las relaciones entre los organismos de investigación y la entidad adjudicadora no revelan que esta última no ejerce ningún poder de control por parte de este último, en el sentido de la sentencia Teckal, antes citada.

70. Si resulta que la entidad adjudicadora ejerce un control efectivo, hay que proceder a otras comprobaciones, pues la calificación de prestaciones «in house» que puede otorgarse a la actividad de las entidades de que se trata no se ve condicionada únicamente por dicho dato. La mera verificación de la existencia de una dependencia estructural frente a la entidad pública que proyecta adjudicar un contrato público no basta para convertir los servicios que suministran en prestaciones comparables a aquellas de las que dispondrían dichas autoridades si recurriesen a sus propios recursos internos.

71. Por esta razón también hay que tomar en consideración al destinatario de la actividad económica ejercida por dichas entidades, de conformidad con la sentencia Teckal, antes citada, del Tribunal de Justicia.

2. Sobre el destinatario de la actividad del prestador de servicios

72. De la sentencia Teckal, antes citada, se desprende que un contrato no puede considerarse celebrado entre dos personas distintas si el operador realiza la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. [29]

73. Como he señalado, el principio enunciado en dicha sentencia se basa en el criterio de la autonomía del operador. Una entidad no queda necesariamente privada de libertad de acción por el mero hecho de que las decisiones que le afectan sean adoptadas por la entidad territorial que la controla, si aún puede ejercer una parte considerable de su actividad económica ante otros operadores.

74. En cambio, se la debe considerar totalmente vinculada a su autoridad de tutela cuando la relación orgánica que la une a ella se ve reforzada por una cuasi exclusividad, en beneficio de esta última, de los servicios que presta. Esta situación pone de manifiesto la voluntad de la entidad no sólo de utilizar las prestaciones con fines públicos, sino también de destinarlas principalmente en su propio beneficio.

75. Tan sólo en ese supuesto cabe defender la idea de una prolongación administrativa de la entidad pública, que la exime de observar las normas en materia de competencia establecidas por la Directiva en la medida en que opta por realizar ella misma las operaciones económicas que necesita.

76. Cuando un organismo actúa esencialmente para la autoridad pública que lo controla, la relación de propiedad que vincula a ambas entidades legitima las prestaciones de servicios que una realiza para la otra, como en el caso de un servicio interno que actúa para su institución. De este modo, parece justificado que se substraiga a las obligaciones de la Directiva, adoptadas por el interés de salvaguardar una competencia que, en ese caso, carece de razón de ser.

77. En cambio, resulta menos comprensible que, contando con una ayuda pública, dicho organismo proponga servicios a otros operadores u otras entidades territoriales sin estar comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de los contratos públicos, cuando actúa en condiciones similares a las de un operador económico tradicional. Su origen y su naturaleza públicos no bastan para distinguirlo de otros prestadores de servicios, en la medida en que propone la misma clase de servicios desde el punto de vista comercial.

29 — Apartado 50.

78. La diversificación de las actividades de tal operador económico pone de manifiesto la singularidad de su estatuto en relación con los servicios internos de su entidad territorial matriz, estatuto que no se limita a una simple especificidad orgánica.

79. Por lo tanto, los motivos de protección de la competencia, que justifican las normas comunitarias de adjudicación de contratos públicos, son tan válidas para ella como para los demás prestadores de servicios.

80. Del mismo modo, un prestador de servicios que proyecta celebrar un contrato con una entidad distinta de la suya no se distingue de otro operador, tanto desde el punto de vista de sus competidores como de la entidad pública que da origen al contrato. Al no constituir dicho organismo, por definición, una prolongación de la entidad adjudicadora, desde el punto de vista de esta última, las prestaciones que le propone son las de un tercero.

81. Como puede comprobarse, si el control del prestador de servicios por la autoridad pública que proyecta celebrar un contrato es una condición necesaria para que se considere que éste realiza prestaciones «in house», dicha condición está lejos de ser suficiente. La actividad del prestador debe dedicarse en gran parte a su entidad de origen. En consecuencia, si ejerce actividades comerciales, la Directiva vuelve a ser aplicable, salvo que tales actividades sólo constituyan una parte marginal de todas las que ejerce.

82. Según ARGE, en el caso de autos, el Centro Seibersdorf y el Instituto Arsenal ejercen un gran número de actividades comerciales en el mercado. [30]

83. Para decidir acerca de la aplicabilidad de la Directiva, el Juez remitente deberá comprobar este extremo, aunque en su opinión parezca ser un hecho admitido que la actividad de los organismos controvertidos se realiza exclusivamente o, al menos, principalmente en entidades públicas, como parece indicar la formulación de la cuarta cuestión. Deberá determinar, ante todo, si los organismos de que se trata realizan la mayor parte de su actividad con la entidad adjudicadora, a cuyo control, hipótesis de la que parto, [31] están sometidos.

84. En el supuesto de que se declare que la Directiva es aplicable al litigio principal, debería comprobarse, no obstante, si, en virtud de su artículo 6, el contrato en cuestión no formaría parte de los exceptuados de la misma.

30 — Página 8 de sus observaciones escritas.

31 — Véase el punto 70 de las presentes conclusiones.

3. Sobre la aplicación del artículo 6 de la Directiva

85. Recordaré que el artículo 6 excluye de su ámbito de aplicación los contratos adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de una normativa interna debidamente publicada, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado.

86. La citada disposición se hace eco del decimoctavo considerando de la Directiva, según el cual «[...] los contratos en los cuales no exista más que una única fuente de suministro pueden quedar, en determinadas condiciones, total o parcialmente exentos de la aplicación de la presente Directiva».

87. Al excluir este tipo de contratos, la Directiva tiene en cuenta servicios que en algunos Estados miembros sólo pueden ser suministrados a las autoridades públicas por determinados organismos públicos y no por cualquier otro prestador. La exclusión de las demás entidades se efectúa con independencia de su nacionalidad. [32]

32 — Véase Flamme, P., Flamme M.-A., «Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, nº 365, febrero de 1993, p. 150 y ss., párrafo noveno, apartado 10.

88. Por lo tanto, la aplicación de la Directiva depende, en primer lugar, de la naturaleza del prestador de servicios en cuestión. En el caso de autos se puede afirmar ya que los organismos subvencionados reúnen los tres criterios establecidos por la Directiva para definir a los «organismos de Derecho público», expresión utilizada para designar a las entidades adjudicadoras distintas del Estado, los entes territoriales y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos entes. [33]

89. Es pacífico que dichos organismos fueron constituidos con el fin de cumplir misiones de interés general sin carácter industrial o comercial, que tienen personalidad jurídica y son dirigidos, controlados o financiados mayoritariamente por otra entidad adjudicadora. [34]

33 — Con arreglo al artículo 1, letra b), de la Directiva, «se entenderá por [...] entidad adjudicadora: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.
Se entenderá por organismo de Derecho público todo organismo:
— creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil,
— dotado de personalidad jurídica, y
— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.»
En la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73, apartado 21), el Tribunal de Justicia interpretó que dichos requisitos, que también están previstos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), tienen un carácter acumulativo. Dicha solución puede aplicarse al presente artículo, al ser idéntico con este último texto.

34 — Página 11 de la traducción en español de la petición de decisión prejudicial.

90. Al ser, a su vez, entidades adjudicadoras, debe demostrarse que una y otra gozan de un derecho exclusivo, en el sentido del artículo 6 de la Directiva, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas.

91. Ninguno de los datos mencionados por el Juez remitente o por las partes intervinientes hace suponer que uno de los dos organismos de investigación fuera titular, en el momento de la licitación, de un derecho que le reservara la exclusividad del suministro de la clase de servicios objeto del presente procedimiento. El artículo 6 y la idea de exclusividad que en él subyace no se mencionan en la petición de decisión prejudicial, lo cual confirma que ninguno de los dos licitadores citados por ARGE disponía de ningún derecho exclusivo.

92. Por lo demás, si este fuese el caso, no se entiende por qué se organizó un procedimiento de adjudicación en virtud de la Directiva, cuyo artículo 6 prevé precisamente que tal contrato puede sustraerse a sus disposiciones.

93. En consecuencia, concluyo que la Directiva es aplicable cuando una entidad adjudicadora proyecta celebrar un contrato con un organismo formalmente distinto de ella y éste pertenece principalmente a entidades territoriales distintas de las que integran la entidad adjudicadora.

Si el organismo, aun siendo formalmente distinto de la entidad adjudicadora, pertenece principalmente a esta última, la Directiva es aplicable cuando dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con operadores o entidades territoriales distintas de los que integran dicha entidad adjudicadora.

En uno y otro caso, la Directiva no es aplicable cuando el contrato esté comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 6 de la Directiva.

VII. Sobre la existencia de discriminaciones en el procedimiento de adjudicación de contratos públicos de servicios (primera cuestión)

94. Mediante la primera cuestión prejudicial, el Bundesvergabeamt pide que se dilucide si el artículo 3, apartado 2, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a la decisión por la que una entidad adjudicadora permite participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a organismos que reciben de entidades adjudicadoras subvenciones que les permiten presentar ofertas a precios

considerablemente más bajos que los de los demás licitadores.

95. El principio de igualdad de trato de los licitadores mencionado en el texto no tiene sólo por objeto prohibir la discriminación que podría practicarse frente a operadores económicos procedentes de otros Estados miembros. Al igual que otras disposiciones de la misma Directiva o procedentes de Directivas relativas a otros tipos de contratos públicos, [35] no contiene ningún requisito de nacionalidad.

35 — El artículo 3, apartado 1, de la Directiva, por ejemplo, prevé que las entidades adjudicadoras aplicarán procedimientos adaptados a las disposiciones de dicha Directiva al adjudicar contratos públicos de servicios y al convocar concursos. El Tribunal de Justicia ha subrayado con claridad, respecto de un texto comparable —el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 297, p. 1), que prevé la aplicación de la Directiva 90/351 cuando las entidades adjudicadoras formalicen sus contratos de suministro, está redactado en términos idénticos—, que no existe ningún requisito relativo a la nacionalidad o al lugar de establecimiento de los licitadores (sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 33). Además, del vigésimo considerando de la Directiva resulta que la eliminación de las prácticas restrictivas de la competencia no se limita a aquellas que obstaculizan la participación en los contratos de nacionales de otros Estados miembros. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ha señalado, en su sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca (C-243/89, Rec. p. I-3353, apartado 33), en relación con la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), que aun cuando esta última no menciona expresamente el principio de igualdad de trato de los licitadores, la obligación de respetar dicho principio responde a la esencia misma de la Directiva en cuestión, de conformidad con uno de sus considerandos, relativo al desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos y a los criterios de selección y de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia. Pues bien, se trataba de que el Tribunal de Justicia se pronunciase sobre una imputación basada en la violación de la Directiva 71/305 con independencia de la nacionalidad del licitador al que se adjudicó el contrato. El objetivo de defensa de la competencia perseguido por las Directivas en materia de contratos públicos debe alcanzarse mediante la aplicación del principio de igualdad de trato que no quede sistemáticamente reservada a las discriminaciones por razón de nacionalidad. En mi opinión, existe autonomía del principio de libre competencia con respecto al de libre circulación de servicios, en el que se fundamenta la Directiva, aun cuando la relación entre los dos principios sea estrecha, pues el primero contribuye a la eficacia del segundo.

96. Por lo tanto, la infracción de la Directiva no está necesariamente vinculada a la ruptura de la igualdad entre licitadores de distintos Estados miembros.

97. Además, la legislación nacional pertinente se inspira en la misma filosofía. Así, el artículo 16, apartado 1, de la Bundesvergabegesetz dispone que «los contratos relativos a prestaciones con arreglo a uno de los procedimientos previstos en la presente Ley federal deberán ser adjudicados a empresarios que —a más tardar en el momento de la apertura de plicas— sean competentes, eficaces y fiables, por un precio adecuado, de acuerdo con los principios de la competencia libre y leal y de igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores».

98. La circunstancia de que, en el caso de autos, todos los operadores que reciben subvenciones sean entidades austriacas carece de relevancia para responder a la presente cuestión prejudicial.

99. En primer lugar, procede comprobar si el propio principio de pago de subvenciones en beneficio de operadores económicos prohíbe a estos últimos concurrir en procedimientos de adjudicación de contratos públicos, antes de examinar la cuestión de si, en caso de que se responda negativamente, dicha respuesta también es válida cuando las subvenciones controvertidas fuesen ilegales.

100. El Bundesvergabeamt indica que las subvenciones abonadas a los licitadores constituyen ayudas en el sentido del artículo 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, tras su modificación) o «costes particularmente favorables». [36] Precisa que «la ventaja competitiva en forma de costes supletorios inferiores» de que disfrutan «[...] tiene su origen en subvenciones que pueden consistir bien en transferencias directas de fondos, bien en la puesta a disposición de personal, de locales o de aparatos, o en ambos.» El Juez remitente añade que la transferencia corre a cargo de la correspondiente entidad territorial, el Estado federal o el Land. [37]

101. Recordaré que «el concepto de ayuda comprende no sólo prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos». [38] En la medida en que la puesta a disposición de personas o de bienes por parte de las entidades públicas austriacas se realiza sin contrapartida o en condiciones preferenciales, [39] hay que considerar que las ventajas otorgadas de ese modo constituyen una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92 del Tratado.

102. No obstante, como ya sabemos, la prohibición del principio de las ayudas de Estado no es absoluta ni incondicional puesto que, de conformidad con el artículo 92, apartado 2, no sólo determinadas ayudas son compatibles de pleno derecho con el mercado común, sino que el artículo 92, apartado 3, otorga a la Comisión una amplia facultad de apreciación para admitir ayudas como excepción a la prohibición del apartado 1. [40]

103. En mi opinión, si el Derecho comunitario permite la legalidad de determinadas ayudas de Estado es porque reconoce a los operadores que las reciben el derecho de ejercer su actividad del mismo modo que los demás. En efecto, ¿de qué serviría que se ayude de forma lícita a empresas si, simultáneamente, se les prohibiese acceder a una actividad económica normal o incluso simplemente a determinados contratos con el pretexto de que estos últimos están reglamentados? Tal interpretación sería, además, poco compatible con la lógica de compensación que legitima determinadas ayudas, puesto que la ayuda consistente en una subvención o en una asistencia logística se vería rápidamente eliminada por las restricciones de actividades sufridas.

104. Por lo tanto, la posible legalidad de las ayudas de Estado tiene como consecuencia que no se opone a que las entidades económicas que reciben ayudas lícitas participen plenamente en la actividad del mercado. Dado que esta última no se limita a las relaciones contractuales no reguladas,

36 — Página 7 de la traducción en español de la petición de decisión prejudicial.

37 — *Idem*, página 11.

38 — Sentencia de 11 de julio de 1996, SFEI y otros (C-39/94, Rec. p. I-3547), apartado 58.

39 — *Idem*, apartado 59.

40 — *Idem*, apartado 36.

sino que también comprende los contratos públicos, no existe ninguna razón para que tales operadores sean excluidos de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

105. Según la Comisión, cuya opinión es acertada sobre este extremo, una ayuda notificada y declarada compatible con el mercado común no puede afectar a la decisión de la entidad adjudicadora relativa a la admisión de un licitador y a la apreciación de la oferta presentada por este último.

106. Añadiré que, como observan los Gobiernos austriaco y francés, [41] la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de determinados contratos celebrados entre dos entidades adjudicadoras, de conformidad con su artículo 6, cuando el contrato público de servicios se atribuye con base en un derecho exclusivo, confirma la idea de que la Directiva puede aplicarse a organismos que reciben ayudas de Estado, cuando no existe tal derecho. La definición de entidad adjudicadora recogida en la Directiva cubre, como es sabido, los organismos de Derecho público, definidos como aquellos cuya actividad está mayoritariamente financiada por entidades públicas. [42] Por tanto, es suficiente que un prestador de servicios corresponda a la definición de la entidad adjudicadora, lo que la mayoría de las veces demuestra la existencia de una financiación pública, sin estar vinculado por un derecho exclusivo a una entidad adjudicadora a la que presta servicios, para que se aplique la Directiva. Por consiguiente, la Directiva no excluye el principio de la participación de un organismo subvencionado en una licitación de un contrato público de servicios.

107. En consecuencia, ésta no se opone a que en el procedimiento de adjudicación de contratos públicos controvertido participen entidades como los organismos del litigio principal.

108. No resulta tan clara, en cambio, la respuesta a la cuestión relativa al comportamiento que debe adoptar una entidad adjudicadora que se ve confrontada con un licitador que recibe ayudas de Estado ilegales. [43]

109. Es natural que los operadores eliminados o cuyas posibilidades de obtener un contrato son reducidas por la competencia de entidades que disponen de ventajas competitivas de esta naturaleza se opongan al derecho de la entidad adjudicadora a permitir que estos últimos participen en la licitación, sin estar obligada a efectuar un control mínimo de la regularidad de las ayudas.

41 — Página 7 de las observaciones escritas del Gobierno austriaco y puntos 16 a 18 de las observaciones escritas del Gobierno francés.

42 — Véase la nota 33 de las presentes conclusiones.

43 — Precisaré que, si bien ha sido mencionado con frecuencia en las observaciones escritas de las partes intervinientes y en la vista, en el caso de autos la cuestión relativa al régimen aplicable a las ayudas de Estado ilegales es puramente hipotética, pues nadie pretende que se califiquen de ese modo las ayudas que reciben los organismos de investigación.

110. La ilegalidad de una ayuda debería dar lugar a prohibir toda participación del operador subvencionado en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, sea cual fuere. Aun cuando no esté directamente afectada a elementos, como el precio propuesto en la licitación, que tienen un peso importante en la orientación de la decisión final de la entidad adjudicadora, la ayuda ilícitamente concedida a un operador económico sólo puede aliviar las cargas que disminuyen su nivel de competitividad económica.

111. No obstante, por muy fundada que esté, esta opinión no resuelve el problema, de naturaleza esencialmente jurídica y procesal, al que se ve confrontado el Juez remitente en el litigio principal. En efecto, éste trata de saber si el principio de igualdad de trato de los licitadores, como se enuncia en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva, incluye el derecho de la entidad adjudicadora a prohibir la participación de licitadores ilegalmente subvencionados e incluso a comprobar si las subvenciones que reciben pueden ser declaradas ilegales.

112. En su Título VI, la Directiva menciona las características que deben reunir los licitadores, las ofertas que presentan y las justificaciones correspondientes, de las que dependen la participación en el procedimiento de estos operadores y la adjudicación definitiva del contrato.

113. Entre dichos datos se encuentran elementos que confieren a la entidad adjudicadora el derecho de denegar a tal prestador de servicios la participación en una licitación. Varias obligaciones se refieren a las obligaciones legales que vinculan al prestador. Permiten a la entidad adjudicadora descartar a un licitador que se encuentre en situación ilegal, por ejemplo desde el punto de vista fiscal o social. [44]

Sin embargo, la Directiva no se pronuncia acerca de las consecuencias que podría acarrear la comprobación de la existencia de ayudas no notificadas, que susciten sospechas de ilegalidad o que incluso sean manifiestamente ilegales.

114. La Comisión ha resumido la génesis de la Directiva bajo este aspecto. Recuerda que en su propuesta inicial [45] figuraba una disposición idéntica al artículo 34, apartado 5, último párrafo, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. [46] Con arreglo a dicha norma, «las entidades contratantes solamente podrán rechazar las ofertas que resulten anormalmente bajas debido a la percepción de una ayuda estatal si han consultado al licitador y éste no ha podido demostrar que la ayuda en cuestión ha sido notificada a la Comisión de conformidad con el apartado 3 del artículo 93

44 — Por ejemplo, según el artículo 29, letra f), de la Directiva, se podrá impedir la participación en un contrato a todo prestador de servicios que no haya cumplido sus obligaciones fiscales según las disposiciones legales del país de la entidad adjudicadora.

45 — DO 1991, C 23, p. 1.

46 — DO L 199, p. 84.

del Tratado o ha sido autorizada por la Comisión. Las entidades contratantes que rechacen una oferta por las razones expuestas informarán de ello a la Comisión».

115. Según la Comisión, en el procedimiento legislativo el Consejo retiró dicha disposición de su propuesta de Directiva.[47] En respuesta, la Comisión formuló una declaración en su comunicación al Parlamento Europeo según la cual, al modificar la propuesta de Directiva, el Consejo expresaba «[...] su preocupación de evitar toda discriminación entre licitadores privados y públicos». En la misma declaración recordó «[...] que el Tratado le faculta para evitar el recurso abusivo a ayudas de Estado que puedan falsear la competencia [de modo que pueda] aceptar dichas modificaciones».

116. Esta evolución de la norma resulta instructiva por dos razones.

117. En primer lugar, al parecer, el día de la adopción de la Directiva el legislador no ignoraba la dificultad relacionada con la existencia de operadores económicos favorecidos por la recepción de ayudas de Estado en procedimientos de adjudicación de contratos públicos. La opción de la Comisión de limitar el marco legal de este tipo de situaciones únicamente a las ayudas no notificadas o no autorizadas confirma, además, que se admitió el principio de que participen en procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios entidades que reciben ayudas de Estado legalmente concedidas. Por lo tanto, las exposiciones antes consagradas a este aspecto del asunto se ven confirmadas aquí, fundadas en la intención del legislador comunitario.[48]

118. Otra lección se deriva de que este último también adoptó una postura inequívoca acerca del alcance de la facultad de actuación reconocida a la entidad adjudicadora en materia de contratos públicos de servicios. En su versión definitiva, el artículo 37, párrafo primero, de la Directiva se refiere, en particular, a la facultad de la entidad adjudicadora de rechazar ofertas manifiestamente bajas en relación a la prestación. Prevé, con cargo a esta última, la obligación de solicitar precisiones sobre la composición de la oferta, así como de comprobar su realidad teniendo en cuenta las explicaciones recibidas, antes de rechazarla.

No obstante, al no existir una disposición precisa comparable con la del artículo 34 de la Directiva 93/38, la Directiva no otorga a la entidad adjudicadora la facultad de rechazar una oferta presentada por un licitador al que se ayuda ilegalmente o que recibe una ayuda no notificada a la Comisión. Cabe lamentar esta opción, máxime cuando no parece clara la razón de que exista un régimen jurídico diferente entre la Directiva 93/38 y la Directiva 92/50.

47 — Punto 22 de las observaciones escritas de la Comisión.

48 — Véanse los puntos 99 a 106 de las presentes conclusiones.

119. Por lo tanto, el silencio de la Directiva sobre este extremo tiene un origen que debe tenerse en cuenta al interpretar dicha norma.

120. La modificación introducida por el Consejo en la propuesta de la Comisión, como, por lo demás, la declaración de esta última para expresar su aprobación, revelan la concepción que tiene el legislador comunitario del mecanismo de control de las ayudas de Estado ilegales, que incumbe principalmente a la Comisión.

121. Según el Gobierno francés y la Comisión, el silencio de la Directiva sobre la facultad de la entidad adjudicadora de rechazar la oferta de un licitador subvencionado de forma ilegal no significa necesariamente que la entidad adjudicadora no pueda deducir consecuencias de la existencia de ese tipo de ayudas.

122. El Gobierno francés considera que la Directiva no obliga ni permite expresamente a la entidad adjudicadora descartar una oferta de un organismo subvencionado. Sin embargo, subraya la existencia del riesgo que le hace correr la atribución de un contrato a un licitador que recibe una ayuda ilegal. El Gobierno francés alega que si una entidad adjudicadora observase que una oferta anormalmente baja se financia mediante una ayuda ilegal, tendría derecho a rechazarla. En efecto, el riesgo de tener que devolver la ayuda cobrada indebidamente pesaría sobre el licitador y sobre la realización íntegra del contrato.

123. La Comisión estima que la toma en consideración de una ayuda ilegal puede tener lugar en la fase de selección de las empresas, es decir, en el momento en que la entidad adjudicadora efectúa una apreciación de la capacidad financiera y económica del prestador de servicios. Al igual que el Gobierno francés, la Comisión alega que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las ayudas de Estado incompatibles con el mercado común, o simplemente no notificadas, pueden ser objeto de restitución. Aduce que no cabe imputar a una entidad adjudicadora que se proteja contra el riesgo de celebrar un contrato con un operador económico que recibe ayudas cuya legalidad sea dudosa, descartándolo en virtud de la comprobación de su capacidad financiera y económica. En consecuencia, la Comisión propone que se declare que el Derecho comunitario no se opone a que una entidad adjudicadora tome en consideración, de conformidad con su Derecho interno, en la fase de selección, el hecho de que un licitador haya recibido una ayuda ilegal, es decir susceptible de ser restituida, para determinar su capacidad financiera.

124. Sea cual fuere el valor respectivo de estas alegaciones, en mi opinión sólo deben ser examinadas en la medida en que contribuyan a resolver el litigio principal. Pues bien, como he señalado, tal como está formulada y tal como debe interpretarse, a

la luz de la petición de decisión prejudicial, la primera cuestión se refiere a la regularidad de la decisión por la que una entidad adjudicadora *ha permitido la participación* de entidades subvencionadas en un procedimiento de adjudicación de contratos.

125. Por lo tanto, en el caso de autos no se trata de instruir al Juez remitente acerca de la existencia de la facultad de la entidad adjudicadora de excluir a un licitador o de rechazar su oferta por motivos relativos a la legalidad de la ayuda. Antes al contrario, se trata de informar acerca de la existencia de una obligación que incumbe a la entidad adjudicadora de proceder de este modo cuando hay ayuda de Estado que, en su caso, sea ilegal.

En el estado actual del Derecho comunitario, estimo que, por lo que se refiere a la participación de una entidad subvencionada, una entidad adjudicadora tiene derecho a no deducir ninguna consecuencia de la existencia de ayudas no notificadas o ilegales. Añadiré que no habría sido distinto si no se hubiese modificado la redacción inicial del artículo 37. En efecto, este último sólo concedía a la entidad adjudicadora una simple facultad de rechazar la oferta anormalmente baja por el hecho de obtener una ayuda recibida indebidamente o no notificada.

126. Por último, el Gobierno austriaco invoca las disposiciones imperativas del Tratado en materia de competencia y la aplicación del artículo 37 de la Directiva cuando resulta que una oferta es anormalmente baja en relación con la prestación. Con arreglo a dicha disposición, propugna el examen detallado de los distintos costes que integran la oferta controvertida. Si la composición de los costes revela que, por las subvenciones no autorizadas, la oferta es contraria a la competencia, propone que se rechace imperativamente.

127. La tesis defendida por el Gobierno austriaco se basa simultáneamente en el procedimiento actualmente previsto por la Directiva en caso de oferta anormalmente baja y en el Derecho comunitario de la competencia. Sin que sea necesario pronunciarse sobre su fundamentación, basta con señalar que, con su argumentación, la República de Austria contempla la hipótesis, posterior a la decisión de admisión controvertida, de que, al comprobar el nivel anormalmente bajo de la oferta, la entidad adjudicadora manifieste su intención de rechazar la oferta. Por lo tanto, por su contenido, excede del objeto de la primera cuestión prejudicial, limitada al procedimiento de admisión.

128. Habida cuenta de lo que antecede, concluyo que el principio de igualdad de trato de los licitadores recogido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva no se opone a la decisión por la que una entidad adjudicadora permite que participen en un procedimiento de adjudicación de un contrato público organismos que reciben ayudas de entidades adjudicadoras que les permiten presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los propuestos por los demás licitadores.

Conclusión

129. A la vista de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesvergabeamt:

«1) El artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y los artículos siguientes deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida como la decisión controvertida en el litigio principal, por la que una entidad adjudicadora permite que participen en un procedimiento de adjudicación de un contrato público organismos que reciben subvenciones de origen público que les permiten presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores, aun cuando todos ellos tengan la nacionalidad del Estado miembro en el que la entidad adjudicadora tiene su sede y su sede en territorio de dicho Estado miembro, cuando la decisión no se condiciona a ningún requisito relativo a la nacionalidad de los operadores, el lugar de su establecimiento o el origen de las subvenciones que, en su caso, reciban.

2) La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, es aplicable cuando una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato con un organismo formalmente distinto de ella y éste pertenezca principalmente a entidades territoriales distintas de las que integran la entidad adjudicadora.

Si el organismo, aun siendo formalmente distinto de la entidad adjudicadora, pertenece principalmente a esta última, la Directiva 92/50 es aplicable cuando dicho organismo realice la parte esencial de su actividad con operadores o entidades distintos de los que integran la entidad adjudicadora.

En ambos casos, la Directiva 92/50 no es aplicable cuando el contrato esté comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 6 de dicha Directiva.

3) El principio de igualdad de trato de los licitadores recogido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50 no se opone a la decisión por la cual una entidad adjudicadora permite que participen en un procedimiento de adjudicación de un contrato público organismos que reciben ayudas de entidades adjudicadoras que les permiten presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los propuestos por los demás licitadores.»