CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 13 de diciembre de 2001 [1]

1. El Korkein hallinto-oikeus (Finlandia) (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») plantea al Tribunal de Justicia tres cuestiones relativas a la interpretación de los artículos 2, apartados 1, 2 y 4, y 34, apartado 1, 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, [2] así como del artículo 36, apartado 1, de 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. [3]

I. El contexto jurídico

La normativa comunitaria

La Directiva 92/50

2. El artículo 1 de la Directiva 92/50 dispone:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) *"contratos públicos de servicios":* los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los siguientes:

[...]

ii) los contratos públicos celebrados en los ámbitos mencionados en los artículos 2, 7, 8 y 9 de la Directiva 90/531/CEE y los contratos públicos que cumplan las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 6 de dicha Directiva;

[...]»

1 — Lengua original: francés.
2 — DO L 199, p. 84.
3 — DO L 209, p. 1.

3. El artículo 36 de la Directiva 92/50, con la rúbrica «Criterios de adjudicación del contrato», es del siguiente tenor literal:

«1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales vigentes en materia de remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán las entidades adjudicadoras para la adjudicación de los contratos podrán ser los siguientes:

a) cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que variarán en función del contrato: por ejemplo, la calidad, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, la asistencia y el servicio técnico, la fecha de entrega, el plazo de entrega o de ejecución, el precio;

b) únicamente el precio más bajo.

2. Cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, cuando resulte posible en orden decreciente de importancia atribuida.»

La Directiva 93/38

4. La Directiva 93/38 establece en su artículo 2:

«1. La presente Directiva se aplicará a las entidades contratantes que:

a) sean poderes públicos o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2;

b) sin ser poderes públicos ni empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en el apartado 2 o varias de estas actividades y gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.

2. Las actividades que se incluyen en el ámbito de aplicación de la presente Directiva son las siguientes:

[...]

c) la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.

En cuanto a los servicios de transporte, se considera que existe una red cuando el servicio se presta con arreglo a las condiciones establecidas por una autoridad competente de un Estado miembro, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio;

[...]

4. El suministro al público de un servicio de transporte en autobús no se considerará como una actividad con arreglo a la definición de la letra c) del apartado 2, cuando otras entidades puedan prestar libremente dicho servicio, bien con carácter general o bien en una zona geográfica determinada, en las mismas condiciones que las entidades contratantes.

[...]»

5. A tenor del artículo 34 de la Directiva 93/38:

«1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán las entidades contratantes para adjudicar los contratos serán:

a) cuando la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, diversos criterios variables según el contrato en cuestión: por ejemplo, fecha de entrega o de ejecución, coste de utilización, rentabilidad, calidad, características estéticas y funcionales, calidad técnica, servicio postventa y asistencia técnica, compromiso en materia de piezas de recambio, seguridad en el suministro y el precio;

b) o bien solamente el precio más bajo.

2. En el caso previsto en la letra a) del apartado 1, las entidades contratantes harán constar en el pliego de condiciones

o en el anuncio de licitación, todos los criterios de adjudicación que tienen previsto aplicar, de ser posible en orden de importancia decreciente.

[...]»

6. El artículo 45, apartados 3 y 4, de la Directiva 93/38 establece:

«3. La Directiva 90/531/CEE dejará de surtir efecto a partir de la fecha de puesta en aplicación de la presente Directiva por los Estados miembros y ello sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros respecto de los plazos señalados en el artículo 37 de dicha Directiva.

4. Las referencias hechas a la Directiva 90/531/CEE se entenderán hechas a la presente Directiva.»

La normativa nacional

7. El ordenamiento jurídico nacional de Finlandia se adaptó a las Directivas 92/50 y 93/38, por una parte, mediante la julkisista hankinnoista annettu laki 1505/1992 (Ley sobre la contratación pública), en su versión modificada por las Leyes 1523/1994 y 725/1995 (en lo sucesivo, «Ley 1505/1992») y, por otra, mediante los Decretos 243/1995 sobre los contratos públicos de bienes y de servicios y los contratos públicos de obras de un importe global superior a un límite determinado y 567/1994 sobre los contratos públicos de las entidades locales en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones superiores a un límite determinado, en su versión modificada por el Decreto 244/1995 (en lo sucesivo, «Decreto 567/1994»).

8. El artículo 4, apartado 1, del Decreto 243/1995, excluye de su ámbito de aplicación los contratos a los que se aplique el Decreto 567/1994. El artículo 1, apartado 10, del Decreto 567/1994, excluye de su ámbito de aplicación los contratos a los que se aplique el Decreto 243/1995.

9. El artículo 43 del Decreto 243/1995 dispone:

«1. La entidad contratante deberá aceptar ya sea la oferta que, con arreglo a los criterios de apreciación del contrato propuesto, sea globalmente la más favorable desde el punto de vista económico, o bien la oferta menos cara. Los criterios de apreciación económica global pueden ser, por ejemplo, el precio, el plazo de entrega o de producción, los gastos de funcionamiento, la calidad, los costes previsibles durante el ciclo de vida del bien, las características estéticas o funcionales, las ventajas técni-

cas, los servicios de mantenimiento, la seguridad de abastecimiento, la asistencia técnica y las consideraciones medioambientales.

[...]»

10. Asimismo, el artículo 21, apartado 1, del Decreto 567/1994 establece que la entidad adjudicadora deberá elegir, entre todas las ofertas, la más ventajosa desde el punto de vista económico global, en función de los criterios de apreciación del bien, del servicio o del ajuste alzado propuesto, o la oferta menos cara. Los criterios de apreciación para la evaluación económica global pueden ser, por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, los gastos de funcionamiento, los costes previsibles durante el ciclo de vida del bien, la calidad, las características ecológicas, estéticas o funcionales, las ventajas técnicas, los servicios de mantenimiento y la asistencia técnica.

II. El litigio principal

La organización de los servicios de transporte en autobús en la Ciudad de Helsinki

11. De la resolución de remisión se desprende que el 27 de agosto de 1997 el ayuntamiento de Helsinki decidió someter progresivamente a licitación toda la red de autobuses urbanos de la ciudad, de forma que la primera línea adjudicada comenzara a funcionar al iniciarse el servicio de otoño de 1998.

12. En virtud de la normativa relativa a los transportes colectivos de la Ciudad de Helsinki, la planificación, el desarrollo, la realización, la organización en general, así como el control de dichos transportes colectivos son competencia, salvo disposición en contrario, de la joukkoliikennelautakunta (comisión de transportes colectivos) y de la Helsingin kaupungin liikennelaitos (empresa de transportes de la Ciudad de Helsinki; en lo sucesivo, «empresa de transportes»), que está subordinada a la primera.

13. Según la normativa aplicable, corresponde a la comisión de los servicios comerciales de la Ciudad de Helsinki decidir la adjudicación de los servicios de transportes urbanos colectivos en función de los objetivos aprobados por el ayuntamiento de Helsinki y la comisión de transportes colectivos. Además, competen a la oficina de abastecimiento de la Ciudad de Helsinki las operaciones relativas a los contratos públicos de transporte urbano colectivo.

14. En cuanto a la empresa de transportes, se trata de una empresa comercial munici-

pal que, desde el punto de vista funcional y económico, está dividida en unidades de producción, según los diversos tipos de transporte (autobuses, tranvías, metro, vías e inmuebles). La unidad de producción relativa a los autobuses es HKL-Bussiliikenne (en lo sucesivo, «HKL»). La empresa de transportes comprende asimismo una unidad principal de grupo, constituida por una unidad de planificación y una unidad administrativa y económica. La unidad de planificación desempeña la función de un mandante que prepara las propuestas que deben presentarse a la comisión de transportes colectivos, en relación con las líneas que deben someterse a licitación y el nivel de los servicios exigidos. Desde el punto de vista económico, las unidades de producción son distintas del resto de la empresa de transportes y poseen contabilidades y balances separados.

El procedimiento de licitación controvertido

15. Mediante escrito de 1 de septiembre de 1997 y anuncio publicado en la sección «contratos públicos» del Diario Oficial de 4 de septiembre de 1997, la oficina de abastecimiento solicitó ofertas para la gestión de la red de autobuses urbanos de la Ciudad de Helsinki, según itinerarios y horarios precisados en un documento que contiene siete lotes. El litigio principal se refiere al lote nº 6 de dicho anuncio de licitación, relativo a la línea nº 62.

16. De los autos se deduce que, según dicho anuncio de licitación, la adjudicataria sería la empresa que hiciera la oferta más favorable para el ayuntamiento desde el punto de vista económico global. Dicha apreciación debía tener en cuenta tres criterios, a saber, el precio global solicitado para la explotación, la calidad de los vehículos (autobuses) y la gestión por el empresario de la calidad y del medio ambiente.

17. En lo que atañe, en primer lugar, al precio global solicitado, la oferta más interesante debía obtener 86 puntos y la cantidad de puntos de las demás ofertas se calculaba según la siguiente fórmula: cantidad de puntos = importe de la contraprestación por la explotación anual de la oferta más interesante dividido por la oferta considerada y multiplicado por 86.

18. En segundo lugar, en cuanto a la calidad de los vehículos, se asignarían puntos adicionales, en particular, por la utilización de autobuses que tuvieran, por una parte, emisiones de óxidos de nitrógeno inferiores a 4g/Kwh (+ 2,5 puntos/autobús) o inferiores a 2g/Kwh (+ 3,5 puntos/autobús) y, por otra parte, un nivel de ruido inferior a 77 dB (+ 1 punto/autobús).

19. Por lo que respecta, por último, a la organización del empresario en materia de calidad y de medio ambiente, debían concederse puntos adicionales por un conjunto de criterios cualitativos acreditados mediante certificación y por un programa de medio ambiente igualmente acreditado mediante certificación.

20. La oficina de abastecimiento recibió ocho ofertas en relación con el lote nº 6, entre las que se encontraban las de HKL y de Swebus Finland Oy Ab, posteriormente denominada Stagecoach Finland Oy Ab y más tarde Concordia Bus Finland Oy Ab (en lo sucesivo, «Concordia»). La oferta de ésta contenía dos propuestas alternativas, designadas como A y B.

21. El 12 de febrero de 1998, la comisión de servicios comerciales decidió elegir a HKL como explotador de la línea a que se refiere el lote nº 6, dado que su oferta se consideró globalmente como la más favorable desde el punto de vista económico. De la resolución de remisión se desprende que Concordia había formulado la oferta menos cara, y obtuvo 81,44 puntos por su propuesta A y 86 puntos por su propuesta B. HKL había obtenido 85,75 puntos. En lo que a los vehículos se refiere, HKL obtuvo la mayor cantidad de puntos, es decir, 2,94, dado que Concordia obtuvo 0,77 puntos por su propuesta A y -1,44 puntos por su propuesta B. Los 2,94 puntos obtenidos por HKL por tal concepto incluían incrementos máximos por una emisión de óxidos de nitrógeno inferior a 2g/Kwh, así como por unos ruidos exteriores inferiores a 77 dB. Concordia no obtuvo puntos adicionales por los criterios relativos a las emisiones de óxidos de nitrógeno y a los ruidos. HKL y Concordia obtuvieron la máxima cantidad de puntos por sus certificados en materia de calidad y de medio ambiente. En estas circunstancias, HKL obtuvo globalmente la mayor cantidad de puntos, es decir, 92,69. Concordia quedó en segundo lugar, obteniendo 86,21 puntos por su propuesta A y 88,56 puntos por su propuesta B.

El desarrollo del procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales

22. Concordia interpuso un recurso de anulación contra dicha decisión de la comisión de servicios comerciales ante el Kilpailuneuvosto (consejo de la competencia) (Finlandia) alegando, en particular, que la asignación de puntos adicionales por unos vehículos cuyas emisiones de óxidos de nitrógeno y ruido son inferiores a determinados límites no es equitativa y resulta discriminatoria. Según Concordia, se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador, a saber, HKL, podía proponer.

23. El Kilpailuneuvosto desestimó dicho recurso. Consideró que la entidad adjudicadora tiene derecho a determinar el tipo de material que desea. Declaró que la fijación de los criterios de elección y de su ponderación, no obstante, debe hacerse de manera objetiva, teniendo en cuenta las necesidades de la entidad adjudicadora y la calidad del servicio. Afirmó que, en su caso, la entidad adjudicadora debería poder justificar la procedencia de la elección y de la aplicación de sus criterios de apreciación.

24. Dicho órgano jurisdiccional señaló que la decisión de la Ciudad de Helsinki de dar preferencia a los autobuses poco contaminantes forma parte de la política ecológica, cuyo objetivo consiste en reducir los perjuicios que para el medio ambiente supone la circulación de los autobuses. Considera que ello no constituye un vicio de procedi-

miento. Si se aplicara dicho criterio de forma no equitativa contra un licitador, sería posible una intervención. No obstante, el Kilpailuneuvosto afirmó que, si lo deseaban, todos los licitadores podían adquirir autobuses que funcionaran con gas natural. Por lo tanto, llegó a la conclusión de que no se había demostrado que el criterio de que se trata fuera discriminatorio para la demandante.

25. Concordia interpuso un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente con el objeto de que se anulara la decisión del Kilpailuneuvosto. Según Concordia, la asignación de puntos adicionales a los autobuses menos contaminantes y menos ruidosos favorecía a HKL, única empresa licitadora que, en la práctica, podía utilizar unos vehículos capaces de obtener esos puntos. Además, alegó que, a efectos de la apreciación global de las ofertas, no procedía tener en cuenta dichos factores ecológicos, que carecen de toda relación directa con el objeto de la licitación.

26. En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente señala, en primer lugar, que, para determinar si es aplicable al caso de autos el Decreto 243/1995 o el Decreto 567/1994, debe analizarse si el contrato público controvertido en el asunto principal está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 o en el de la Directiva 93/38. A este respecto observa que el anexo VII de la Directiva 93/38, con respecto a la República de Finlandia, menciona tanto las entidades públicas o privadas que gestionan los servicios de autobuses con arreglo a la laki luvanvaraisesta henkilöliikentestä tiellä (Ley sobre los transportes de personas por carretera sujetos a autorización) como la empresa de transportes de la Ciudad de Helsinki que gestiona el metro y la red de tranvías.

27. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que el examen del asunto exige asimismo la interpretación de disposiciones de Derecho comunitario, a fin de determinar si un ayuntamiento, cuando adjudica un contrato público como el controvertido en el asunto principal, puede tener en cuenta consideraciones ecológicas relativas al material propuesto. En efecto, si se admitiera la argumentación de Concordia en cuanto a los puntos asignados en virtud de criterios relativos al medio ambiente y a otros motivos, ello significaría que los puntos obtenidos por su oferta B superarían los obtenidos por HKL.

28. El órgano jurisdiccional remitente observa al respecto que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 y el artículo 34, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/38 no se refieren a los aspectos medioambientales en la lista de los criterios para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa. Ahora bien, como indica dicho órgano jurisdiccional, en sus sentencias Beentjes, Evans Medical y Macfarlan Smith,[4] el Tribunal de Justicia decidió que, para determinar la oferta

4 — Sentencias de 20 de septiembre de 1988 (31/87, Rec. p. 4635), y de 28 de marzo de 1995 (C-324/93, Rec. p. I-563).

económicamente más ventajosa, la entidad adjudicadora podía elegir los criterios de adjudicación del contrato público. No obstante, dicha posibilidad de elección sólo podía recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente.

29. Por último, el órgano jurisdiccional remitente se refiere a la Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998, titulada «Los contratos públicos en la Unión Europea» [COM(1998) 143 final], en la que la Comisión sostuvo que es lícito tener en cuenta consideraciones medioambientales con el fin de elegir la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico global, en la medida en que para el propio organizador de la licitación se deriva una ventaja directa de las propiedades ecológicas del producto.

III. Las cuestiones prejudiciales

30. En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Deben interpretarse las disposiciones relativas al ámbito de aplicación 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 (DO L 199, de 9 de agosto de 1993, p. 84) y, en particular, su artículo 2, apartados 1, letra a), 2, letra c), y 4, en el sentido de que dicha Directiva es de aplicación al procedimiento seguido por un ayuntamiento, en calidad de entidad adjudicadora, para la adjudicación de un contrato relativo a la explotación de un servicio de autobuses urbanos, en el supuesto de que:

— el ayuntamiento sea competente, en su territorio, para la planificación, el desarrollo, la ejecución y la organización en general, así como para el control de los transportes colectivos,

— el ayuntamiento disponga, para realizar las citadas tareas, de una comisión de transportes colectivos y de una empresa municipal de transportes subordinada a dicha comisión,

— la empresa municipal de transportes posea una unidad de planificación, que actúa como comitente, que prepare para la comisión de transportes colectivos propuestas sobre las líneas que deben ser objeto de concurso y sobre el nivel de calidad del servicio que debe exigirse, y

— la empresa municipal de transportes disponga de unidades de producción que, desde el punto de vista económico, sean distintas del resto de la empresa y, entre otras, de una unidad especializada en el transporte en autobús, que participe en licitaciones relacionadas con tal actividad?

2) ¿Debe interpretarse la normativa comunitaria relativa a los contratos públicos y, en particular, el artículo 36, apartado 1, de 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 (DO L 209, de 24 de julio de 1992, p. 1) o la disposición semejante (artículo 34, apartado 1) de la Directiva 93/38/CEE, en el sentido de que un ayuntamiento que, como entidad adjudicadora, organiza una licitación sobre la explotación de un servicio de autobuses urbanos, puede incluir, entre los criterios para adjudicar el contrato público que debe celebrarse sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, además del precio propuesto, la gestión ecológica y cualitativa del explotador u otras características de los vehículos, así como la reducción de las emisiones de óxidos de nitrógeno o de ruidos, según las modalidades que figuran en la licitación, de forma que, si las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de ciertos vehículos son inferiores a un determinado límite, pueden asignarse puntos adicionales a efectos de la comparación de las ofertas?

3) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿deben interpretarse las normas de Derecho comunitario en materia de contratos públicos en el sentido de que, no obstante, está prohibida la asignación de puntos adicionales en razón de las propiedades mencionadas de los vehículos, en lo que atañe a emisiones de óxidos de nitrógeno o al nivel de ruido, siempre que conste de antemano que la propia empresa de transportes de la ciudad organizadora de la licitación, que gestiona la red de autobuses, puede proponer unos vehículos que cumplan los requisitos establecidos, posibilidad que, por lo demás, dadas las circunstancias, sólo tienen unas cuantas empresas del sector?»

IV. Análisis

La primera cuestión prejudicial

31. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal de Justicia, esencialmente, que dilucide si la Directiva 93/38 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a un contexto fáctico como el descrito en la resolución de remisión. La respuesta que dé el Tribunal de Justicia a esta cuestión debería permitir a dicho órgano determinar cuál de las Directivas 93/38 o 92/50 se aplica en el marco del litigio principal.

Observación preliminar

32. Sin proponer una excepción de inadmisibilidad propiamente dicha, algunas partes que intervienen en el procedimiento, entre las que se encuentran Concordia y el Gobierno neerlandés, consideran que la primera cuestión no influye en la respuesta que debe darse a las cuestiones segunda y tercera. A juicio de estas partes, las disposiciones sobre las que recaen las preguntas segunda y tercera que el órgano jurisdiccional remitente plantea al Tribunal de Justicia son casi idénticas en ambas Directivas. Por lo tanto, no es necesario determinar por anticipado cuál de las dos Directivas resulta de aplicación.

33. Pues bien, considero útil recordar que, en principio, corresponde exclusivamente al Juez nacional apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también 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. [5]

5 — Sentencia de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartados 38 y 39.

34. En el caso de autos no se dan tales circunstancias excepcionales. Por el contrario, el órgano jurisdiccional remitente demuestra claramente la relación entre su primera cuestión y el litigio principal al indicar que «para determinar si los Decretos 243 o 567 son aplicables al caso de autos, procede pedir asimismo al Tribunal de Justicia que dilucide si el contrato de que se trata está comprendido en el ámbito de aplicación de las Directivas 92/50 o 93/38 [...]». Por lo tanto, considero que el Tribunal de Justicia debe responder a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

Posición de las partes que intervienen en el procedimiento

35. La *Ciudad de Helsinki, los Gobiernos finlandés, helénico y austriaco* estiman que la Directiva 93/38 es aplicable. Esencialmente, su argumentación estriba en afirmar que la empresa de transportes forma parte del «sistema» de la Ciudad de Helsinki. Señalan que, dado que la Ciudad de Helsinki, incluida su empresa de transportes, es el «órgano público» a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/38, que ejerce la actividad contemplada en el apartado 2, letra c), del mismo artículo, dicha Directiva es de aplicación.

36. Agregan que el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 93/38 no contradice dicha conclusión. En efecto, a su juicio, esta disposición no es de aplicación porque no

se desprende de la resolución de remisión que otras entidades pudieran prestar libremente el servicio de transporte en autobús en las mismas condiciones que la entidad adjudicadora.

37. En cambio, *Concordia* y la *Comisión* consideran que la Directiva 92/50 es de aplicación. La Comisión señala que de la resolución de remisión se deduce que la Ciudad de Helsinki, sus comisiones o su oficina de abastecimiento no explotan redes destinadas a prestar al público servicios de transporte, sino que son las unidades de producción de la empresa de transportes las que explotan redes destinadas a prestar al público dichos servicios. Ahora bien, las referidas partes señalan que dichas unidades, distintas del resto de la empresa de transportes, no son entidades adjudicadoras a efectos del contrato público controvertido en el asunto principal.

38. Los *Gobiernos neerlandés y sueco* no se definen con respecto a la primera cuestión.

39. El *Gobierno del Reino Unido* estima que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, teniendo en cuenta el artículo 2 de la Directiva 93/38, cuál de las dos Directivas es aplicable.

Apreciación

40. La primera cuestión nos lleva a examinar el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38.

41. El artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/38 establece que ésta se aplica a las entidades adjudicadoras «que [...] sean poderes públicos o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2».

42. En el caso de autos, resulta de la resolución de remisión que correspondía a la comisión de servicios comerciales de la Ciudad de Helsinki resolver sobre la adjudicación de los servicios urbanos de transporte colectivo. Por lo tanto, no cabe duda de que la entidad adjudicadora en el asunto principal es un «poder público» con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/38.

43. Además, para que se aplique la Directiva 93/38 es necesario que ese poder público realice «alguna de las actividades contempladas en el apartado 2». La actividad que nos interesa en el presente asunto es la expresada en el artículo 2, apartado 2, letra c), a saber, «la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por [...] autobús [...]». A

renglón seguido, la disposición define en su párrafo segundo el concepto de red de la siguiente forma: «En cuanto a los servicios de transporte, se considera que existe una red cuando el servicio se presta con arreglo a las condiciones establecidas por una autoridad competente de un Estado miembro, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible y a la frecuencia del servicio.»

44. A mi juicio, de ello se deduce que la Directiva 93/38 se aplica al poder público que explota una red y que, en este ámbito, tiene previsto celebrar un contrato público. En cambio, estimo que la Directiva 93/38 no se aplica si una entidad adjudicadora organiza una licitación cuyo objeto sea confiar a otros la explotación misma de esa red.

45. Entiendo que el Gobierno austriaco, que considera que la Directiva 93/38 se aplica porque «la explotación de una red pública de autobuses constituye sin lugar a dudas la prestación de un servicio en el ámbito del transporte, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva [93/38]» y que señala que «según la resolución de remisión [...], la explotación de una red de este tipo es objeto del procedimiento de licitación», sostiene la tesis según la cual la Directiva 93/38 se aplica porque la explotación de la red ha sido objeto de la licitación controvertida.

46. Sin embargo, según mi parecer, tal interpretación del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38 no se sustenta en el texto de ésta.

47. En efecto, del artículo 2, apartado 1, se desprende que la Directiva 93/38 sólo se aplica si la entidad adjudicadora *realiza una actividad,* en nuestro caso, la de «la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por [...] autobús [...]». Como resulta del artículo 2, apartado 4, dicha actividad equivale, siempre en nuestro caso, al «suministro al público de un servicio de transporte en autobús».

48. Pues bien, los términos «explotación» y «prestación» indican que la propia entidad adjudicadora debe ofrecer el servicio por autobús. Por lo tanto, para que pueda considerarse que explota una red, no basta que la entidad adjudicadora defina, por ejemplo, el itinerario que debe seguirse o la frecuencia del servicio. En efecto, del artículo 2, apartado 2, letra c), párrafo segundo, se desprende que fijar las condiciones relativas a los itinerarios que deben seguirse, etc. no equivale a explotar una red, sino únicamente a constituirla o definirla. En otros términos, *explotar* la red significa hacerla funcionar por sí misma con ayuda, en principio, de su propio personal y de sus propios autobuses.

49. Por consiguiente, de ello se deduce que la Directiva se aplica si la entidad adjudi-

cadora explota por sí misma una red de autobuses y convoca, en ejercicio de esta actividad, una licitación, por ejemplo, para la compra de autobuses. [6] En cambio, si una entidad adjudicadora convoca una licitación cuyo objeto sea *atribuir a un tercero la explotación* de una red, no actúa en ejercicio de una actividad consistente en explotar una red.

50. Confirma esta interpretación no sólo el artículo 2 de la Directiva 93/38, sino también la lista de los servicios que pueden ser objeto de una licitación regulada por esta misma Directiva. A este respecto, los artículos 15 y 16 de la Directiva se refieren a los anexos XVI A y XVI B. Los servicios que en ellos se enumeran pormenorizadamente son servicios claramente destinados a sostener la actividad realizada por la entidad adjudicadora, según la define el artículo 2, apartado 2, de la Directiva. En cambio, se buscaría en vano en dichos anexos un servicio que se asemejase al que es objeto de la licitación controvertida, a saber, la propia explotación de una red de autobuses.

51. Además, considero que no puede interpretarse la Directiva 93/38 en sentido amplio con el fin de incluir, en su ámbito de aplicación, una licitación cuyo objeto sea la actividad descrita en el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva.

52. En efecto, la Directiva 93/38 constituye una excepción a las reglas generales que, para los contratos públicos de servicio, establece la Directiva 92/50. Confirma esta aseveración la sentencia Telaustria y Telefonadress, [7] en la que el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 33, que «cuando un contrato está contemplado en la Directiva 93/38, que regula un sector específico de los servicios, las disposiciones de la Directiva 92/50, destinadas a aplicarse a los servicios en general, no son aplicables».

53. Ahora bien, según reiterada jurisprudencia, una excepción exige una interpretación en sentido estricto, [8] lo que significa, en el caso de autos, que no puede interpretarse en sentido amplio el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38.

54. Por consiguiente, una licitación cuyo objeto sea confiar a un tercero la explotación de una red de autobuses comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38. En cambio, le es aplicable la Directiva 92/50, si se cumplen todos los requisitos que ésta establece.

6 — Véase, a este respecto, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica (C-87/94, Rec. p. I-2043). En este asunto, la Société régionale wallonne du transport, en su calidad de empresa pública que explota una red destinada a prestar un servicio público en el ámbito del transporte en autobús, sobre la base de la Directiva 90/531, que fue posteriormente sustituida por la Directiva 93/38, había convocado una licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios relativo a 307 vehículos normalizados.

7 — Sentencia de 7 de diciembre de 2000 (C-324/98, Rec. p. I-10745).

8 — Sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citada, apartado 48.

55. Sin embargo, esta precisión no brinda aún la respuesta a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, como he indicado anteriormente, varias partes que han intervenido en este procedimiento se refieren, no al objeto de la licitación, sino al hecho de que la empresa de transportes (de la que HKL constituye una unidad) forme parte del «sistema» de la Ciudad de Helsinki. De ello deducen que, en la medida en que se adjudica una línea a HKL, la Ciudad de Helsinki realiza una actividad de explotación de una red de autobuses, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38 y que, por lo tanto, es de aplicación dicha Directiva.

56. Pues bien, tampoco puede acogerse esta argumentación.

57. Debe señalarse, en primer lugar, que el órgano jurisdiccional remitente plantea un interrogante al Tribunal de Justicia sobre la Directiva aplicable a un contrato público de servicios determinado. Por lo tanto, parte manifiestamente del presupuesto de que se está ante un contrato público y no debemos poner en duda esta apreciación.

58. Ahora bien, la esencia misma de un contrato público de servicios, tanto si se rige por la Directiva 92/50 como por la Directiva 93/38, consiste en que se trata de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre una entidad adjudicadora (o un órgano de contratación), por una parte, y un prestador de servicios, por otra. [9]

59. En consecuencia, so pena de pasar indebidamente por alto esta característica esencial de un contrato público, debo considerar que HKL constituye una entidad distinta de la Ciudad de Helsinki. Sería, en efecto, la negación misma de un contrato público considerar que la Ciudad de Helsinki era al mismo tiempo la entidad adjudicadora y el prestador de servicios.

60. Por consiguiente, si, a través de su comisión de servicios comerciales, la Ciudad de Helsinki es la entidad adjudicadora, por definición, HKL no puede serlo. Del mismo modo, si HKL es el prestador de servicios que explota la red de autobuses, por definición, la Ciudad de Helsinki no puede hacerlo por sí misma. Al no realizar la Ciudad de Helsinki, por lo tanto, la actividad consistente en explotar una red de autobuses, como exige el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38, debe llegarse a la conclusión de que no es de aplicación esta Directiva.

61. En consecuencia, propongo que se responda a la primera cuestión que las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de la Directiva 93/38 y, en particular,

9 — Véanse los artículos 1, letra a), de la Directiva 92/50 y 1, apartado 4, de la Directiva 93/38.

su artículo 2, apartados 1, letra a), 2, letra c), y 4, no pueden interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica al procedimiento seguido por un ayuntamiento, como entidad adjudicadora, en el marco de un contrato relativo a la explotación de un servicio de autobuses urbanos, siempre y cuando:

— el ayuntamiento sea competente, en su territorio, para la planificación, el desarrollo, la ejecución y la organización en general, así como el control, de los transportes colectivos,

— el ayuntamiento disponga, al objeto de efectuar las citadas funciones, de una comisión de transportes colectivos y de una empresa municipal de transportes subordinada a dicha comisión,

— la empresa municipal de transportes posea una unidad de planificación, que actúe como comitente, que prepare para la comisión de transportes colectivos propuestas sobre las líneas que deben ser objeto de concursos y sobre el nivel de calidad del servicio que debe exigirse, y

— la empresa municipal de transportes disponga de unidades de producción distintas, desde el punto de vista económico, del resto de la empresa y, entre otras, de una unidad especializada en el transporte en autobús y participe en las licitaciones relativas a este tipo de transporte.

La segunda cuestión prejudicial

62. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 o el artículo 34, apartado 1, de la Directiva 93/38 permiten englobar, entre los criterios del contrato público que debe celebrarse sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, la reducción de las emisiones de óxidos de nitrógeno o del ruido, de tal forma que, si las emisiones de óxidos de nitrógeno o el ruido de determinados vehículos son inferiores a un cierto límite, se pueden asignar puntos adicionales a efectos de la comparación de las ofertas.

Posición de las partes que intervienen en este procedimiento

63. *Concordia* considera que, en un procedimiento de contratación pública, los criterios de decisión siempre deben ser económicos por naturaleza, según el tenor de la Directiva 92/50. Si el objetivo de la entidad

adjudicadora fuera ajustarse a consideraciones de orden ecológico o de otro tipo, procedería utilizar un procedimiento distinto del de licitación pública.

64. En cambio, *todas las demás partes que han intervenido en este procedimiento* sostienen que pueden incluirse criterios de orden ecológico entre los criterios de adjudicación de un contrato público. Se refieren, en particular, al hecho de que el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y el artículo 34, apartado 1, de la Directiva 93/38 sólo enumeran a modo de ejemplo los elementos que la entidad adjudicadora puede tomar en consideración cuando adjudica un contrato público, al artículo 6 CE que, según alegan, exige la integración de la política ecológica en las demás políticas de la Comunidad y a las sentencias Beentjes y Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citadas, que, según indican, permiten elegir los criterios que la entidad adjudicadora considere pertinentes a la hora de apreciar las ofertas presentadas.

65. Sin embargo, no todas las definiciones de posición hacen hincapié en las mismas consideraciones.

66. Así, la *Ciudad de Helsinki,* apoyada por el *Gobierno finlandés,* señala que redunda en su propio interés y en el de sus habitantes que las emanaciones nocivas se limiten lo más posible. En efecto, para la propia Ciudad de Helsinki, a la que compete la protección del medio ambiente en su territorio, de ello resultan economías directas, en particular, en el sector medicosocial, que, según indica, representa alrededor del 50 % de su presupuesto global. Considera que los factores que contribuyen, aunque sea modestamente, a mejorar la salud general de la población, permiten reducir dichos costes rápidamente y en proporciones considerables.

67. El *Gobierno helénico* agrega que la facultad de apreciación conferida a las autoridades nacionales, en cuanto a la elección de los criterios de adjudicación de contratos públicos, supone que esa elección no sea arbitraria y que los criterios que se tomen en consideración no infrinjan disposiciones del Tratado y, en particular, no violen los principios fundamentales que lo informan, como el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad.

68. El *Gobierno neerlandés* puntualiza que los criterios de adjudicación aplicados por la entidad adjudicadora siempre deben tener una dimensión económica. Considera, no obstante, que en el caso de autos concurre este requisito, dado que la Ciudad de Helsinki es a la vez la entidad adjudicadora y el organismo que se ocupa de los aspectos financieros relacionados con la política medioambiental.

69. El *Gobierno austriaco* considera que las Directivas relativas a la adjudicación de

contratos públicos establecen dos restricciones esenciales a la elección de criterios de apreciación. Por una parte, los criterios elegidos por la entidad adjudicadora deben tener relación con el contrato que debe adjudicarse y permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa para la entidad adjudicadora. Por otra parte, los criterios establecidos deben permitir orientar la facultad de apreciación reconocida a la entidad adjudicadora de manera objetiva y no deben contener elementos de elección arbitraria.

70. Además, según el Gobierno austriaco, los criterios de adjudicación deben estar directamente relacionados con el objeto del contrato público, tener efectos que puedan medirse objetivamente y ser económicamente cuantificables.

71. En el mismo sentido, el *Gobierno sueco* sostiene que la libertad de elección de que dispone la entidad adjudicadora es limitada, en la medida en que los criterios de adjudicación deben estar en relación con el contrato público que debe adjudicarse y ser apropiados para determinar la oferta más favorable desde el punto de vista económico. Agrega que dichos criterios deben atenerse asimismo a las normas del Tratado sobre la libre circulación de mercancías y de servicios.

72. Según el *Gobierno del Reino Unido,* el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y el artículo 34, apartado 1, de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que, en la organización de un procedimiento de adjudicación para la explotación de servicios de transporte en autobús, una autoridad o una entidad adjudicadora puede, entre otros criterios de adjudicación del contrato, tomar en consideración criterios medioambientales para apreciar la oferta más favorable desde el punto de vista económico, siempre que tales criterios permitan comparar todas las ofertas y tengan relación con los servicios solicitados y hayan sido publicados con antelación.

73. Por último, la *Comisión* considera que los criterios de adjudicación que pueden tomarse en consideración para apreciar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. Dichos criterios deben ser:

— objetivos,

— aplicables a todas las ofertas,

— estrictamente relacionados con el objeto del contrato público, y

— suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora.

Apreciación

74. Para responder a la segunda cuestión, debe examinarse, en primer lugar, el texto de la Directiva 92/50, que considero aplicable al caso de autos.

75. En virtud del artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, «[...] los criterios en que se basarán las entidades adjudicadoras para la adjudicación de los contratos podrán ser [...], cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que variarán en función del contrato: *por ejemplo,* [10] la calidad, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, la asistencia y el servicio técnico, la fecha de entrega, el plazo de entrega o de ejecución, el precio».

76. La Ciudad de Helsinki alega que los criterios relativos a las emisiones de óxidos de nitrógeno o a los ruidos están comprendidas en las categorías «calidad» y «perfección técnica» expresamente mencionadas en las disposiciones citadas. En el propio texto de la respuesta que propone para la segunda cuestión, la Comisión se refiere a «determinadas características de los vehículos».

10 — El subrayado es mío.

77. A mi juicio, es completamente correcto enjuiciar el problema desde este prisma. Los criterios de emisión se hallan indisolublemente vinculados a la configuración de los vehículos con los que la Ciudad de Helsinki desea que se preste el servicio de autobuses. No se puede prohibir a una entidad adjudicadora que prescriba la utilización del material que corresponda a las mejores técnicas disponibles («state of the art»), aun cuando conceda importancia sobre todo a una de las cualidades de dicho material, a saber, sus características referentes a la emisión de gases y al ruido de los motores.

78. Con carácter más general, procede hacer resaltar que si la Ciudad de Helsinki hubiera precisado directamente en la licitación que la explotación de la red debía efectuarse exclusivamente mediante autobuses que funcionaran con gas, se habría tratado de una «prescripción técnica» relativa a las «características de los servicios objeto del contrato público», en el sentido del Libro Verde de la Comisión de 1996, citado por ésta. [11]

79. La Comisión cita igualmente su Comunicación sobre «Los contratos públicos en la Unión Europea», [12] en la que puntualizó que:

«Con carácter general, al definir los productos o los servicios que pretende com-

11 — Los contratos públicos en la Unión Europea: pistas para la reflexión de cara al futuro [COM(96) 583 final] de 27 de noviembre de 1996, apartado 5.49.

12 — [COM(98) 143 final] de 11 de marzo de 1998.

prar, toda administración que lo desee puede elegir los productos y servicios que correspondan a sus preocupaciones medioambientales. Es evidente que las medidas adoptadas deben ser acordes con las normas y principios del Tratado, en particular, con el principio de no discriminación.»

80. Pues bien, quien puede lo más puede lo menos. Si la entidad adjudicadora puede establecer de oficio que los autobuses deben funcionar con gas, también puede, por lo que a los criterios de adjudicación se refiere, otorgar un cierto número de puntos a las empresas que puedan prestar el servicio con autobuses que respeten normas de contaminación especialmente rigurosas, y que sólo los autobuses de este tipo pueden cumplir.

81. Por consiguiente, considero que el debate podría ya zanjarse atendiendo exclusivamente a las consideraciones que preceden.

82. No obstante, si el Tribunal de Justicia considerase que procede examinar los criterios controvertidos, por decirlo de alguna manera, de forma abstracta, es decir, independientemente de su base técnica, entonces, considero que del artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 y, sobre todo, de la enumeración indicativa de los criterios, puede deducirse que las Directivas no excluyen *a priori* toda posibilidad de recurrir a un criterio de carácter ecológico, como el del caso de autos, para adjudicar un contrato público. Sin embargo, para determinar en qué medida puede, en su caso, tenerse en cuenta tal criterio, debe examinarse, en segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a dichas disposiciones o a disposiciones similares.

83. Las dos sentencias que las partes han invocado más a menudo son las sentencias Beentjes y Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citadas.

84. En la sentencia Beentjes, antes citada, al analizar 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, [13] el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la exclusión de un licitador por no poder emplear a trabajadores en paro prolongado. A este respecto declaró, en primer lugar, «que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva». [14]

85. No obstante, el Tribunal de Justicia consideró que el requisito era incompatible

13 — DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9.

14 — Sentencia Beentjes, antes citada, apartado 28.

con la Directiva 71/305. En efecto, continuó indicando que «resulta [...] de la sentencia de 9 de julio de 1987 [CEI y Bellini [15]) [que], para que sea compatible con la Directiva, tal condición debe respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en lo relativo al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios». [16]

86. Además, según el Tribunal de Justicia, «aun en el caso de que los criterios anteriormente mencionados no sean en sí mismos incompatibles con la Directiva, deberán aplicarse respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene». [17]

87. Posteriormente, en la sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citada, remitiéndose a la sentencia Beentjes, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que «la elección de la oferta más ventajosa económicamente atribuye a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente». [18] De ello dedujo que «la seguridad del abastecimiento puede formar parte de los criterios que deben tenerse en cuenta con arreglo al artículo 25 de la Directiva [77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, [19] en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988] [20] para determinar la oferta más ventajosa económicamente [...]» [21]

88. Además de estas dos sentencias, debe tenerse en cuenta en el análisis que se efectúa la reciente sentencia de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Francia. [22] En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«Debe recordarse que, de conformidad con el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37, los criterios en que ha de basarse la entidad adjudicadora para la adjudicación de los contratos son bien únicamente el precio más bajo, bien, en el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que varían en función del contrato, como el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico.

No obstante, esta disposición no excluye toda posibilidad de que las entidades adjudicadoras utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el

15 — Asuntos acumulados 27/86 a 29/86, Rec. p. 3347.
16 — Sentencia Beentjes, antes citada, apartado 29.
17 — Sentencia Beentjes, antes citada, apartado 31.
18 — Sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citada, apartado 42.
19 — DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29.
20 — DO L 127, p. 1.
21 — Sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citada, apartado 44.
22 — C-225/98, Rec. p. I-7445.

desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 29).

Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 31, por lo que respecta a la Directiva 71/305). Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación, para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 36).» [23]

89. Aunque dichas sentencias versan sobre las Directivas en materia de contratos públicos de obras (sentencias Beentjes y Comisión/Francia, antes citadas) y de suministros (sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citada), el razonamiento que en ellas efectúa el Tribunal de Justicia resulta de aplicación, indiscutiblemente, a las Directivas en materia de contratos públicos de servicios.

90. En efecto, como ya había declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citada «[la jurisprudencia Beentjes], relativa a contratos públicos de obras, también se aplica a los contratos públicos de suministro, en la medida en que no existen diferencias, sobre este extremo, entre ambos tipos de contrato». [24] No cabe sino afirmar la misma falta de diferencias en lo que a los contratos públicos de servicios se refiere.

91. En cuanto a la aplicación de dicha jurisprudencia al problema que nos ocupa, considero que puede sin lugar a dudas deducirse de las citadas sentencias que un criterio de carácter ecológico puede figurar entre los criterios de adjudicación de un contrato público de servicios. En efecto, el punto común de las sentencias Beentjes y Comisión/Francia, antes citadas, radica, a mi juicio, en que el Tribunal de Justicia reconoció en ellas que era lícito englobar un criterio de interés general entre los criterios de adjudicación de un contrato público. En la sentencia Beentjes, antes citada, se trataba de una obligación del licitador de contratar a trabajadores en paro prolongado mientras que, en la sentencia Comisión/Francia, antes citada, se examinó una condición relacionada con una acción local de lucha contra el desempleo.

92. Pues bien, no cabe duda de que la protección del medio ambiente es asimismo un criterio de interés general. Basta referirse, a este respecto, al artículo 6 CE, según el

23 — Sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartados 49 a 51.

24 — Sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citada, apartado 43.

cual, «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

93. Por lo demás, considero que la idea según la cual los criterios de interés general pueden figuran entre los criterios de adjudicación de un contrato público responde a una cierta lógica, a una lógica segura, incluso. En efecto, dado que las autoridades públicas esencialmente deben atender al interés general, éste debe poder inspirarlas también cuando celebran un contrato público.

94. Dicho lo anterior, existen, claro está, límites a la posibilidad de integrar un criterio de interés general, como un criterio de carácter ecológico, entre los criterios de adjudicación de un contrato público.

95. De las sentencias Beentjes y Comisión/Francia, antes citadas, deduzco dos límites.

96. En primer lugar, el criterio debe observar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación, tal como se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios. [25]

97. En segundo lugar, la aplicación del criterio debe tener lugar respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva pertinente y, especialmente, las normas sobre publicidad que contiene. [26] Como declaró el Tribunal de Justicia en las sentencias Beentjes [27] y Comisión/Francia, [28] antes citadas, de ello se deduce que el criterio de adjudicación ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación, para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición.

98. Estimo que estas dos restricciones son igualmente posibles para la integración de un criterio de carácter ecológico entre los criterios de adjudicación de un contrato público. En efecto, la necesidad de dichas restricciones es indiscutible en tanto en cuanto la primera evita que, en aras del interés general, no se respeten los principios fundamentales de Derecho comunitario, mientras que la segunda garantiza la igualdad de trato entre todos los licitadores, en la que se fundamenta la normativa en materia de contratos públicos. [29] No obs-

25 — Sentencias Beentjes, antes citada, apartado 29, y Comisión/Francia, antes citada, apartado 50.

26 — Sentencias Beentjes, antes citada, apartado 31, y Comisión/Francia, antes citada, apartado 51.

27 — Apartado 36.

28 — Apartado 51.

29 — Sentencias de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, denominada «Storebaelt» (C-243/89, Rec. p. I-3353), apartado 33, y Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 51.

tante, con estas dos salvedades, nada se opone, a mi juicio, a la consideración de un criterio de interés general, como un criterio de carácter ecológico.

99. No obstante, varias partes que han intervenido en el presente procedimiento se han referido también a otros requisitos que, a su juicio, deberían cumplirse para que un criterio de carácter ecológico pueda integrarse entre los criterios de adjudicación de un contrato público.

100. Algunas partes que han intervenido en el presente procedimiento han señalado que el criterio ecológico debería revestir un carácter económico. Así, según el Gobierno neerlandés, para ser útil, el criterio debe tener una dimensión económica. El Gobierno austriaco considera que el criterio debe presentar ventajas económicas que puedan calibrarse objetivamente. En cuanto a la Comisión, sostiene que el criterio debe suponer una ventaja económica que favorezca directamente a la entidad adjudicadora.

101. Ahora bien, aunque puedo compartir la tesis, defendida por varias partes que han intervenido en el presente procedimiento, según la cual, en el caso de autos, el criterio ecológico tenía una ventaja económica para la Ciudad de Helsinki, a mi juicio, un criterio de carácter ecológico puede integrarse entre los criterios de adjudicación sin que necesariamente se demuestre que posee una dimensión económica o que implica una ventaja económica, directa o no, para la entidad adjudicadora.

102. Debe admitirse, ciertamente, que en la sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que «la elección de la oferta más ventajosa económicamente atribuye a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa *económicamente* [30]». [31]

103. A mi juicio, no obstante, no puede deducirse del hecho de que corresponda a la entidad adjudicadora identificar la oferta *económicamente* más ventajosa que cada criterio deba obligatoriamente ser de carácter económico o tener tal dimensión.

104. En efecto, si nos remitimos al artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50, se observa, por ejemplo, que la entidad adjudicadora puede incluir entre los criterios «las características estéticas» de un producto. A menos que se interprete el concepto de «económico» en un sentido extremadamente amplio, considero que un criterio estético difícilmente puede revestir un carácter económico. *A fortiori,* no entiendo en qué sentido podría suponer una ventaja económica directa para la entidad adjudicadora.

105. Por lo demás, al menos desde que tuvieron lugar las discusiones sobre el

30 — El subrayado es mío.
31 — Apartado 42.

Protocolo de Kyoto, somos todos conscientes de que la protección del medio ambiente constituye un importante reto que afecta a todo el planeta. Por lo tanto, no me parece justificado que se admita un criterio de carácter ecológico únicamente si éste supone una ventaja económica para la entidad adjudicadora de que se trate. Tal criterio se justifica asimismo si supone una ventaja para otros que no sean la entidad adjudicadora o para el medio ambiente en general.

106. Por último, el carácter inadecuado de este requisito, tal como lo exige, en particular, la Comisión, resulta confirmado igualmente, a mi juicio, por una respuesta que ésta dio a una pregunta formulada en la vista. A la pregunta de por qué el hecho de conceder, como ocurrió, puntos adicionales a los licitadores que pueden proponer el servicio mediante autobuses de plataforma baja, supone una ventaja económica directa para la Ciudad de Helsinki, la Comisión respondió que ello aumentaría los ingresos de la entidad adjudicadora, en la medida en que mejorarían las condiciones de acceso a los autobuses de las personas discapacitadas y los ancianos.

107. Pues bien, dejando aparte el hecho de que tal ventaja sería, a lo sumo, indirecta, me parece más apropiado entrever en la promoción de la utilización de autobuses de plataforma baja un servicio prestado a determinados sectores de población y no un medio para aumentar los ingresos de la entidad adjudicadora.

108. Los Gobiernos austriaco y sueco, así como la Comisión, sostienen asimismo que el criterio debe tener una vinculación con el objeto del contrato público. Para el Gobierno austriaco ello significa que el criterio debe guardar relación con el servicio que debe prestarse o con las formas en que se realice. Según la Comisión, el criterio debe incluso estar estrictamente relacionado con el objeto del contrato público.

109. En el caso de autos, es evidente que se observa dicho criterio.

110. No obstante, cabe preguntarse si está justificado establecer tal requisito. En efecto, en la sentencia Comisión/Francia, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que un criterio de adjudicación relativo al empleo, relacionado con una acción local de lucha contra el desempleo, constituía un criterio útil, sin perjuicio de las dos restricciones a las que me he referido anteriormente. Lo mismo cabe afirmar de la sentencia Beentjes, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia consideró aceptable una condición vinculada al empleo de trabajadores en paro prolongado.

111. Ahora bien, en ambos casos se trataba de un contrato público de obras. Tales obras habrían podido ejecutarlas asimismo trabajadores que no hubieran estado en situación de desempleo. Por lo tanto, la condición establecida no estaba relacionada con el objeto del contrato público, es decir, con las características de las obras que debían ejecutarse.

112. De ello deduzco que no puede exigirse que un criterio de carácter ecológico, contrariamente a un criterio relativo al empleo, deba estar relacionado, o incluso estrictamente relacionado, con el objeto del contrato público.

113. Por último, la Comisión señala asimismo que el criterio debe ser objetivo y aplicable a todas las ofertas.

114. Aunque sea posible preguntarse de qué forma un criterio relativo al carácter estético de una oferta, permitido por el artículo 36 de la Directiva 92/50, puede definirse de una manera objetiva, baste señalar que, en el caso de autos, concurre este requisito en los criterios relativos a las emisiones de óxidos de nitrógeno y al ruido.

115. Es posible cuantificarlos o medirlos y no dejan margen alguno de apreciación subjetiva a la entidad adjudicadora.

116. En cuanto al requisito de que el criterio debe poder aplicarse a todas las ofertas, el mismo se confunde con la primera restricción considerada por el Tribunal de Justicia y según la cual el criterio de adjudicación debe respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario *y, en particular, el principio de no discriminación,* según se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios. [32]

117. De todo cuanto precede se desprende que un criterio relacionado con la protección del medio ambiente puede figurar entre los criterios de adjudicación de un contrato público, siempre que dicho criterio respete los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación y las cuatro libertades, y que se aplique respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva y, en particular, las normas de publicidad que contiene.

118. Antes de concluir por lo que respecta a esta cuestión, procede detenerse a examinar brevemente un análisis común de los Gobiernos neerlandés y austriaco y de la Comisión sobre si pueden tenerse en cuenta criterios relativos a «programas de calidad y de medio ambiente» de los empresarios a efectos de la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa.

119. A mi juicio, esta cuestión se sitúa extramuros de la presente remisión prejudicial.

32 — Sentencias Beentjes, antes citada, apartado 29, y Comisión/Francia, antes citada, apartado 50.

120. A este respecto, es obligado remitirse a la cuestión tal como fue formulada por el órgano jurisdiccional remitente. Éste pregunta si la Ciudad de Helsinki «[...] puede englobar, entre los criterios de adjudicación del contrato público que debe celebrarse sobre la base de la oferta más ventajosa económicamente, *además* [33] del precio propuesto, la gestión ecológica y cualitativa del explotador u otras cualidades de los vehículos, *así como* [34] la reducción de las emisiones de óxidos de nitrógeno o de los ruidos [...]»

121. Por consiguiente, es manifiesto que el órgano jurisdiccional remitente no plantea al Tribunal de Justicia un interrogante sobre la procedencia, como criterio de adjudicación, «[del] precio propuesto, [de] la gestión ecológica y cualitativa del explotador [o de] otras cualidades de los vehículos», sino únicamente sobre la procedencia del criterio de «la reducción de las emisiones de óxidos de nitrógeno o de los ruidos».

122. Por lo demás, el órgano jurisdiccional remitente indica al Tribunal de Justicia que HKL y Concordia recibieron idéntico número de puntos por el criterio de la «gestión ecológica y cualitativa del explotador». Por lo tanto, la cuestión de si este criterio es procedente no es pertinente para la resolución del litigio principal y, por ende, propongo que no sea objeto de examen.

33 — El subrayado es mío.

34 — El subrayado es mío.

123. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, propongo que se responda al órgano jurisdiccional remitente que la normativa comunitaria relativa a los contratos públicos y, en particular, el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que un ayuntamiento que, como entidad adjudicadora, organiza una licitación sobre la explotación de un servicio de autobuses urbanos, puede incluir, entre los criterios de adjudicación del contrato público que debe celebrarse sobre la base de la oferta más ventajosa económicamente, un criterio, como el del caso de autos, relativo a la limitación de las emisiones de óxidos de nitrógeno o de los ruidos. Este criterio debe aplicarse respetando los principios fundamentales del Derecho comunitario, en especial el principio de no discriminación y las cuatro libertades, así como todas las normas de procedimiento de la Directiva aplicable y, en particular, las normas sobre publicidad que contiene.

La tercera cuestión prejudicial

124. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional pide que se dilucide si está prohibido, no obstante, el criterio relacionado con la protección del medio ambiente si resulta, en principio, que la propia empresa de transportes de la Ciudad organizadora de la licitación puede proponer unos vehículos que se ajusten a los requisitos establecidos, posibilidad que, por lo demás, debido a las circunstancias, sólo tienen unas cuantas empresas del sector.

Posición de las partes que han intervenido en el presente procedimiento

125. *Concordia* alega que era muy reducida la posibilidad de utilizar autobuses que funcionaran con gas natural, que, en la práctica, eran los únicos que respondían al criterio adicional de reducción de emisiones de óxidos de nitrógeno y de ruido. En efecto, señala que en el momento de la licitación en todo el territorio de Finlandia sólo existía una estación de servicio que suministrara gas natural. La capacidad de dicha estación, que era de carácter provisional, permitía abastecer a unos quince autobuses que funcionan con gas. Ahora bien, señala que justo antes de la licitación controvertida, HKL encargó once autobuses que funcionan con gas nuevos, lo que, a su juicio, significa que se utilizaba plenamente la capacidad de la estación y que no era posible que en ella repostaran otros vehículos. Además, indica que la única estación existente tenía un carácter meramente provisional. Según Concordia, hubiera sido absurdo suponer que algunos explotadores invirtieran millones en la adquisición de vehículos nuevos que no habrían podido utilizar o cuya utilización, como mínimo, era muy incierta.

126. Concordia infiere de ello que HKL era la única licitadora que realmente podía proponer autobuses que funcionan con gas. Sostiene que de ello se deriva que, al establecer límites más estrictos que la norma Euro 2, el único objetivo de la licitación controvertida era favorecer a la unidad de producción que pertenece a la entidad adjudicadora. Por lo tanto, propone que se responda a la tercera cuestión que no puede admitirse la asignación de puntos en función de las emisiones de óxidos de nitrógeno y de la reducción del ruido, al menos en el caso de que no todos los operadores del sector afectado tengan la posibilidad, siquiera teórica, de proponer servicios que dan derecho a dicha asignación.

127. En primer lugar, la *Ciudad de Helsinki* alega que no tenía ninguna obligación de someter a adjudicación sus propios transportes en autobús, ni con arreglo a la normativa comunitaria ni a la legislación finlandesa. En efecto, habida cuenta de que una adjudicación entraña siempre actividades y costes adicionales, no habría tenido ningún motivo razonable para organizar dicha adjudicación si le hubiera constado que únicamente la empresa de la que es propietaria podía proponer unos vehículos en los que concurrieran los requisitos establecidos, o si realmente hubiera querido reservarse la explotación de dichos transportes.

128. La Ciudad de Helsinki señala, en segundo lugar, que HKL es proporcionalmente, en este momento, la gran perdedora de las adjudicaciones y que Concordia es la que en mayor medida ha aumentado su cuota de mercado en Helsinki. La Ciudad de Helsinki alega, asimismo, que en la primavera de 1999 Concordia ganó la licitación relativa a la línea nº 15 de la red,

que exigía la utilización de autobuses que funcionaran con gas. Concordia confirmó este extremo en el acto de la vista. A juicio de la Ciudad de Helsinki, la propia Concordia demuestra así que, si lo deseaban, todos los participantes podían adquirir en cualquier momento autobuses que funcionaran con gas natural.

129. El *Gobierno finlandés* considera que la apreciación de la objetividad de los criterios fijados en la licitación controvertida compete, en definitiva, al órgano jurisdiccional nacional.

130. El *Gobierno helénico* considera que debe responderse a la tercera cuestión prejudicial en sentido afirmativo.

131. El *Gobierno neerlandés* alega que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [35] se desprende que los criterios de adjudicación deben ser objetivos y que no puede producirse ninguna discriminación entre los licitadores.

132. No obstante, en los apartados 32 y 33 de su sentencia Fracasso y Leitschutz, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró efectivamente que cuando al término de un procedimiento de adjudicación solamente queda una oferta, la entidad adjudicadora no está obligada a adjudicar el contrato al único licitador que haya sido considerado apto para participar. Sin embargo, de ello no se deriva que en el caso de que sólo quedase un licitador a causa de los criterios de adjudicación aplicados, dichos criterios serían ilícitos.

133. Según el Gobierno neerlandés, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si en el asunto principal se puso en peligro la competencia efectiva.

134. El *Gobierno austriaco* considera que la utilización de los criterios de adjudicación de que se trata en el asunto principal, en principio, no plantea ningún problema, ni siquiera en el caso de que, como sucede en el de autos, sólo un número relativamente restringido de licitadores pueda ajustarse a ellos.

135. No obstante, el Gobierno austriaco hace hincapié en el décimo considerando de la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los con-

35 — Sentencias de 16 de septiembre de 1999, Fracasso y Leitschutz (C-27/98, Rec. p. I-5697), apartados 30 y 31, y Comisión/Dinamarca, antes citada.

tratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente,[36] en virtud del cual, los poderes adjudicadores podrán solicitar o aceptar asesoramiento que pueda ser utilizado para el establecimiento de las especificaciones correspondientes a un contrato determinado, siempre que dicho asesoramiento no impida la competencia.

136. Según el Gobierno austriaco, puede deducirse de dicho considerando, así como de los principios que informan las Directivas en materia de contratos públicos, que las empresas implicadas directa o indirectamente en la preparación de una licitación, así como las empresas vinculadas a éstas, cuando existe entre ellas una relación de dominio, deben quedar excluidas del concurso en la medida en que su participación impediría la competencia.

137. En efecto, la salvaguarda del principio de la libre y leal competencia y de la igualdad de trato entre todos los solicitantes y licitadores, en el sentido de las Directivas en materia de contratos públicos, podría resultar comprometida en el supuesto de que uno de los participantes en una licitación estuviera implicado directa o indirectamente en la preparación de ésta.

138. El Gobierno austriaco deduce de ello que, en el asunto principal, si los vínculos organizativos establecidos entre la Ciudad de Helsinki y HKL dieron lugar a que ésta, de cualquier manera, hubiera influido en la definición del proyecto en el que se basó la licitación, y en la medida en que la implicación de HKL en la elaboración de la licitación impidiera la competencia, debería prohibírsele participar en el concurso.

139. El *Gobierno sueco* alega que el hecho de tener en cuenta el criterio de las emisiones de la manera pertinente en el asunto principal implicó recompensar al licitador que dispusiera de autobuses que funcionan con gas o con alcohol. Según el Gobierno sueco, no obstante, nada impidió a los demás licitadores adquirir tales autobuses. Afirma que dichos vehículos están disponibles en el mercado desde hace muchos años.

140. El Gobierno sueco estima que el hecho de conceder puntos adicionales por emisiones reducidas de óxidos de nitrógeno y por ruidos poco fuertes no constituye una discriminación directa, sino que se aplica de manera indistinta. Además, a juicio de dicho Gobierno, no parece que la referida bonificación sea indirectamente discriminatoria en el sentido de que haya favorecido necesariamente a HKL. Por ello, el Gobierno sueco afirma que dicha bonificación tampoco impide la libre circulación de mercancías y de servicios ni la libertad de establecimiento.

36 — DO L 328, p. 1.

141. Según el *Gobierno del Reino Unido*, la Directiva no prohíbe la asignación de puntos adicionales en la evaluación de las ofertas cuando se sabe de antemano que existen pocas empresas que potencialmente puedan obtener dichos puntos adicionales, en la medida en que la autoridad adjudicadora haya hecho constar tal posibilidad de obtener dichos puntos adicionales en la fase del anuncio de adjudicación.

142. La *Comisión* recuerda que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [37] el respeto del principio de igualdad de trato pertenece a la esencia misma de las Directivas relativas a contratos públicos, lo cual implica que no deban falsearse las condiciones de competencia entre los licitadores.

143. Habida cuenta, no obstante, de los puntos de vista divergentes de las partes del litigio principal, la Comisión considera que no puede determinar si los criterios aplicados en el caso de autos violan el principio de igualdad de trato. Por lo tanto, a su juicio, corresponde al órgano jurisdiccional remitente pronunciarse sobre esta cuestión y determinar, sobre la base de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, si se aplicaron dichos criterios con el fin exclusivo de elegir la empresa admitida o si fueron establecidos a tal fin.

37 — Véanse las sentencias Comisión/Bélgica y Comisión/Dinamarca, antes citadas.

Apreciación

144. El órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si la asignación de puntos por las propiedades de los vehículos en cuanto a emisiones de óxidos de nitrógeno o al nivel de ruidos está «prohibida [...] siempre que conste de antemano que la propia empresa de transportes de la Ciudad organizadora de la licitación [...] puede proponer unos vehículos que cumplan los requisitos establecidos, posibilidad que, por lo demás, dadas las circunstancias, sólo tienen una cuantas empresas del sector».

145. Esta cuestión equivale a preguntar si, en semejante circunstancia, se viola el principio de igualdad de trato. Procedo a examinar de forma consecutiva si se viola este principio:

— cuando una única empresa [38] puede cumplir el criterio de adjudicación controvertido;

— cuando, además, se trata de la empresa que pertenece a la entidad adjudicadora.

38 — Lo que pueda afirmarse respecto a una única empresa, podrá afirmarse *a fortiori* en el supuesto de que «unas cuantas empresas» puedan cumplir el criterio.

146. En cuanto al primer extremo, al igual que el Gobierno sueco, pienso que, en circunstancias como las del litigio principal, no hay ni discriminación directa ni discriminación indirecta entre los distintos licitadores potenciales.

147. El criterio controvertido era aplicable indistintamente a todas las ofertas y, según parece, fue objeto de publicación con arreglo a las exigencias de la Directiva.

148. Además, para determinar si el criterio de que se trata constituye una discriminación indirecta contra Concordia, no basta con comprobar que ésta fue tratada de distinta manera que HKL, al obtener esta última algunos puntos que Concordia no recibió.

149. Resulta, en efecto, de reiterada jurisprudencia que el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de forma idéntica situaciones diferentes, a menos que dicha diferencia de trato esté justificada objetivamente. [39]

150. Sin perjuicio de la apreciación que deberá realizar el órgano jurisdiccional remitente, considero que, en el caso de autos, las dos empresas solamente fueron tratadas de manera diferente porque no se encontraban en situaciones idénticas: una de ellas podía proponer los vehículos exigidos y la otra no.

151. Por último, el hecho de haber aplicado el criterio que dio lugar a una diferencia en la asignación de los puntos sólo podría considerarse que forma parte de una maniobra de carácter discriminatorio en el supuesto de que resultara que dicho criterio no estaba justificado objetivamente, habida cuenta de la naturaleza del contrato y de las necesidades de la entidad adjudicadora.

152. Ahora bien, como hemos visto anteriormente, no puede negarse a una entidad adjudicadora el derecho a exigir que se preste el servicio de que se trata utilizando vehículos que incorporen las mejores técnicas disponibles.

153. Admitir lo contrario equivaldría a obligar a la entidad adjudicadora a fijar los criterios en función de los licitadores potenciales. Pues bien, como cada licitación incluye toda una serie de criterios, [40] la entidad adjudicadora debería entonces

39 — Véanse, a modo de ejemplo, las sentencias de 17 de julio de 1963, Italia/Comisión (13/63, Rec. p. 335), apartado III, 4a; de 13 de diciembre de 1984, Sermide (106/83, Rec. p. 4209), apartado 28; de 20 de septiembre de 1988, España/Consejo (203/86, Rec. p. 4563), apartado 25, y de 13 de diciembre de 1994, SMW Winzersekt (C-306/93, Rec. p. I-5555), apartado 30.

40 — En el caso de autos, por ejemplo, algunos puntos adicionales fueron también asignados a los licitadores que proponían autobuses de plataforma baja en la parte delantera o de plataforma baja integral.

determinar cuáles son aquellos que únicamente pueden aplicarse a uno solo y retirarlos de su proyecto de licitación. Es posible, en efecto, que un licitador no pueda cumplir un criterio, y que otro no pueda cumplir un criterio distinto.

154. Pues bien, no sólo tal planteamiento abocaría a una especie de «nivelación a la baja» de los criterios de adjudicación descartando todos los criterios verdaderamente selectivos. Vaciaría también de todo contenido el derecho reconocido por el Tribunal de Justicia a la entidad adjudicadora de optar por los criterios de adjudicación del contrato público [41] que elija. Además, pensándolo bien, el hecho de establecer criterios en función de los licitadores equivaldría, a mi juicio, a la negación misma del principio de igualdad de trato. En efecto, si una entidad adjudicadora suprimiera un criterio de la licitación porque uno o varios licitadores no pueden ajustarse al mismo, por este mismo hecho discriminaría al licitador que pudiera cumplir ese criterio al neutralizar la ventaja que hubiera podido explotar.

155. Por consiguiente, llego a la conclusión, por lo que respecta a este primer punto, de que el mero hecho de incluir en una licitación un criterio que únicamente puede cumplir un solo licitador no viola el principio de igualdad.

41 — Sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citada, apartado 42.

156. ¿Es la situación distinta cuando ese licitador es, como HKL, una empresa que pertenece a la entidad adjudicadora?

157. En este supuesto, una de dos:

— o bien HKL no posee una facultad de decisión y de gestión económica y financiera autónoma con respecto a la entidad adjudicadora; en este caso, nos encontraríamos en una situación que no debería regirse por la Directiva, ya que HKL no sería entonces un tercero con el cual habría contratado la Ciudad de Helsinki;

— o bien HKL es efectivamente independiente de la Ciudad de Helsinki, lo que he presumido en relación con la respuesta a la primera cuestión; en este caso, el hecho en sí de que HKL sea «la propia empresa de transportes de la Ciudad organizadora de la licitación», no puede plantear ningún problema con respecto al principio de igualdad de trato, a no ser que se demuestre que la inclusión del criterio controvertido en la licitación no tenía más razón de ser que favorecer a HKL. [42]

42 — Parto, por supuesto, de la hipótesis de que el órgano de contratación asignó los puntos de manera objetiva y neutra.

158. Se trata de una cuestión meramente fáctica que debe resolver el órgano jurisdiccional remitente.

159. En este contexto, debemos detenernos aún a analizar la exposición del Gobierno austriaco en relación con la participación de un licitador en la preparación de la licitación.

160. No puedo sino suscribir íntegramente la tesis de dicho Gobierno, según la cual, tal participación sería ilegal por cuanto constituiría la negación misma del principio de igualdad de trato de todos los licitadores. A este respecto, es posible remitirse a la sentencia Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas,[43] en la que el Tribunal de Justicia calificó el hecho de que se adjudique «un contrato a una persona que participa en la evaluación y selección de las ofertas en su licitación» como una «confusión de intereses», añadiendo que semejante hecho es «característico de una disfunción grave en la institución o en el organismo afectado» (apartado 47).

161. Pues bien, desde el punto de vista de la igualdad de trato entre todos los licitadores, me parece que una participación real en la preparación de una licitación por parte del licitador a quien se adjudique el contrato es casi tan grave como la participación de ese licitador en la evaluación y en la selección de las ofertas.

162. No obstante, no se encuentra en la resolución de remisión indicio alguno de que HKL haya participado efectivamente en la preparación de la licitación controvertida. La Ciudad de Helsinki señaló incluso en el acto de la vista que tal participación no tuvo lugar. Además, el órgano jurisdiccional remitente no plantea cuestión alguna al Tribunal de Justicia sobre el particular. Por lo tanto, considero que no resulta apropiado dar una respuesta sobre este extremo.

163. En consecuencia, propongo que se responda a la tercera cuestión que no cuestiona el derecho de una entidad adjudicadora a introducir en una licitación, entre los criterios de adjudicación de un contrato público sobre la explotación de un servicio de autobuses urbanos, cualidades relativas a emisiones de óxidos de nitrógeno y a los ruidos de los vehículos utilizados, como las controvertidas en el litigio principal, la comprobación de que la propia empresa de transportes de esa entidad tiene la posibilidad, que sólo tienen unas cuantas empresas del sector, de proponer unos vehículos que reúnan los requisitos establecidos, a menos que se demuestre que el referido criterio sólo se introdujo con el fin de favorecer a dicha empresa.

43 — Sentencia de 10 de julio de 2001 (C-315/99 P, Rec. p. I-5281).

V. Conclusión

164. Sobre la base de todas las consideraciones que preceden, propongo que se responda de la siguiente forma a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente:

«1) Las disposiciones relativas al ámbito de aplicación 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 y, en particular, su artículo 2, apartados 1, letra a), 2, letra c) y 4, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva no es de aplicación a un procedimiento como el controvertido en el litigio principal.

2) La normativa comunitaria relativa a los contratos públicos y, en particular, el artículo 36, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que un ayuntamiento que, como entidad adjudicadora, organiza una licitación sobre la explotación de un servicio de autobuses urbanos, puede incluir, entre los criterios de adjudicación del contrato público que debe celebrarse sobre la base de la oferta más ventajosa económicamente, un criterio, como el del caso de autos, relativo a la limitación de las emisiones de óxidos de nitrógeno o de los ruidos. Este criterio debe aplicarse respetando los principios fundamentales del Derecho comunitario, en especial el principio de no discriminación y las cuatro libertades, así como todas las normas de procedimiento de la Directiva aplicable y, en particular, las normas sobre publicidad que contiene.

3) No cuestiona el derecho de una entidad adjudicadora a introducir en una licitación, entre los criterios de adjudicación de un contrato público sobre la explotación de un servicio de autobuses urbanos, cualidades relativas a las emisiones de óxidos de nitrógeno y a los ruidos de los vehículos utilizados, como las controvertidas en el litigio principal, la comprobación de que la propia empresa de transportes de esa entidad tiene la posibilidad, que sólo tienen unas cuantas empresas del sector, de proponer unos vehículos que reúnan los requisitos establecidos, a menos que se demuestre que el referido criterio sólo se introdujo con el fin de favorecer a dicha empresa.»