CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. SIEGBERT ALBER

presentadas el 8 de julio de 1999 *

A. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial se refiere a dos cuestiones relativas al ámbito de los contratos públicos. Por una parte, se trata de determinar qué calidad jurídica debe atribuirse a una cláusula de no discriminación (prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad) recogida en una Directiva sobre el procedimiento de adjudicación de contratos públicos de suministro y, por otra parte, si tal regla de no discriminación obliga también a un organismo que no es una entidad adjudicadora a organizar un procedimiento de adjudicación correspondiente al de la Directiva con ocasión de la licitación de contratos (públicos) de suministro a terceros.

2. La disposición controvertida figura en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36/CEE, [1] que establece:

«Cuando un poder adjudicador de los contemplados en la letra b) [2] del artículo 1 otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a cualquier entidad diferente de dichos poderes adjudicadores, cualquiera que fuere su estatuto jurídico, el acto por el que dicho derecho se otorgue establecerá que la entidad interesada deberá respetar el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad al adjudicar contratos públicos de suministro a terceros en el marco de esa actividad.»

B. Hechos

3. El procedimiento principal trata de un procedimiento de adjudicación relativo a marcas auriculares para ganado porcino. Las demandantes en el procedimiento prin-

* Lengua original: alemán.

1 — 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).

2 — El artículo 1, letra b) de la Directiva 93/36 establece lo siguiente:
«Se entenderá por *poderes adjudicadores*: el Estado, los entes públicos territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.
Se entenderá por *organismo de Derecho público*, todo organismo:
— creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
— dotado de personalidad jurídica, y
— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público.»

cipal, Unitron Scandinavia A/S y 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab, (en lo sucesivo, «demandantes en el asunto principal») deseaban suministrar dichas marcas. La demandada en el asunto principal, el Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (Ministerio de Alimentación, Agricultura y Pesca; en lo sucesivo, «Ministerio») tiene la «responsabilidad primaria» respecto al régimen danés de marcado auricular de ganado porcino. El Veterinærdirektoratet (Dirección General de Veterinaria) —dependiente del Ministerio— y los Danske Slagterier (mataderos daneses), una entidad privada, organizaron el procedimiento de adjudicación impugnado por las demandantes en el asunto principal.

4. Con el fin de combatir las enfermedades que afectan a los animales, la Directiva 92/102/CEE del Consejo [3] introdujo regímenes de marcado de animales. A estos efectos, los Estados miembros deben crear una autoridad central competente encargada de efectuar los controles veterinarios. Dicha autoridad debe disponer de una lista que incluya todas las explotaciones que tengan animales contemplados en dicha Directiva. Por lo que respecta a la posesión de porcinos, se prevé que, antes de que abandonen la explotación donde han nacido, se les pondrá una marca auricular o tatuaje que permita después determinar la explotación de la que proceden. El reglamento danés [4] prevé que la Dirección General Veterinaria, dependiente del Ministerio, debe autorizar las marcas auriculares para el ganado porcino. Dichas marcas auriculares se venden a continuación a las explotaciones a través de los Danske Slagterier, una entidad privada vinculada a las organizaciones agrícolas danesas. La Dirección General Veterinaria fija el precio de las marcas auriculares y en el Registro central de animales domésticos del Ministerio de Agricultura se inscriben todas las entregas de dichas marcas.

5. Conforme a lo que expone la resolución de remisión, en Dinamarca se utilizan dos clases de marcas auriculares, unas para animales de abasto y otras para los demás animales. Las marcas auriculares utilizadas para estos últimos las encargan los ganaderos a los Danske Slagterier, que hacen llegar el pedido a los proveedores de marcas correspondientes, los cuales, a su vez, envían las marcas auriculares directamente a los ganaderos. Los ganaderos pagan las marcas a los Danske Slagterier. En cambio, las marcas auriculares destinadas a animales de abasto las solicitan directamente los ganaderos al proveedor, que se las envía e informa a este respecto a los Danske Slagterier. Los ganaderos también pagan estas marcas auriculares a los Danske Slagterier. El precio de ambas clases de marcas auriculares se compone del precio establecido por los proveedores incrementado en 0,5 DKK por marca. Son también los Danske Slagterier quienes se encargan de inscribir los porcinos en el Registro central de animales domésticos, por lo cual la Dirección General Veterinaria paga 400.000 DKK anuales a los Danske Slagterier.

3 — Directiva de 27 de noviembre de 1992, relativa a la identificación y al registro de animales (DO L 355, p. 32).

4 — En Dinamarca el Derecho interno fue adaptado a la Directiva 92/102, en primer lugar, mediante el Reglamento nº 80, de 18 de febrero de 1993, que a continuación fue sustituido por el Reglamento nº 1073, de 15 de diciembre de 1995, sobre el marcado y el registro de ganado bovino, porcino, ovino y caprino.

6. En 1993/1994 se organizó el primer procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de marcas auriculares. La Dirección General Veterinaria y los Danske Slagterier elaboraron conjuntamente el pliego de cláusulas administrativas particulares, encargándose estos últimos de dirigir el procedimiento de adjudicación. Dicho procedimiento tuvo lugar con arreglo a las disposiciones legales danesas. A finales de 1996 se organizó, a requerimiento del Ministerio, un nuevo procedimiento de adjudicación. Se volvió a designar como adjudicataria a una de las empresas a las que ya se había encomendado el suministro de las marcas auriculares. Se eligió como segunda empresa a un proveedor que aún no había obtenido ningún contrato de esta naturaleza. Con ambas empresas se celebraron contratos de una duración de tres años, a contar desde el 1 de abril de 1997. Este procedimiento también se efectuó con arreglo a las disposiciones legales danesas. Un tercer procedimiento de adjudicación, el primero que se organizó con arreglo al procedimiento previsto en la Directiva 93/36, tuvo lugar entre octubre de 1997 y abril de 1998.

7. Al no haber sido elegidas en el procedimiento de adjudicación 1996/1997, las demandantes en el asunto principal interpusieron un recurso contra el Ministerio ante la Klagenævnet for Udbud (en lo sucesivo, «Comisión de Recurso»). Durante el procedimiento alegaron que, con respecto a sus adquisiciones de marcas auriculares, los Danske Slagterier debían asimilarse a un poder adjudicador en el sentido del artículo 1 de la Directiva 93/36, por lo que debía procederse a una aplicación análoga la Directiva. Los Danske Slagterier gestionan el sistema de marcas auriculares en interés general e intervienen, en realidad, por cuenta del Ministerio. Por tanto, la adjudicación del contrato debería haber sido objeto de una licitación pública, con arreglo a la Directiva 93/36. Con carácter subsidiario, las demandantes alegaron que se debería haber aplicado el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 y que el Ministerio debería haber informado a los Danske Slagterier de que no estaba permitido tratar de modo distinto a los licitadores por razón de la nacionalidad, de manera que en este caso la licitación también hubiera debido ser objeto de publicación en el conjunto de la Unión Europea.

8. Durante el procedimiento, el Ministerio sostuvo que el caso de autos no se refiere a la adjudicación de contratos públicos de suministro, de modo que la Directiva 93/36 no era aplicable. En realidad, los proveedores venden las marcas auriculares a los ganaderos. La única misión de los Danske Slagterier es la de gestionar el sistema y el Ministerio simplemente autorizó las marcas auriculares y paga un determinado importe por la gestión del sistema. En consecuencia, la adquisición de las marcas auriculares no tuvo lugar por cuenta de una entidad pública.

9. La Comisión de Recurso parte de que los Danske Slagterier compran las marcas auriculares controvertidas. Esta situación resulta del hecho de que los Danske Slagterier organizaron el procedimiento de adjudicación, los ganaderos encargan las marcas auriculares a los Danske Slagterier y les

pagan ambas clases de marcas auriculares. Además, la Comisión de Recurso parte de que los Danske Slagterier no son un poder adjudicador en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36, pues su actividad no se financia en más del 50 % con fondos públicos.

10. La Comisión de Recurso expone también que al ceder el Ministerio la gestión del sistema de marcas auriculares así como la adquisición de dichas marcas a una empresa privada o un organismo privado —los Danske Slagterier—, dicho servicio debería haber sido adjudicado como tal mediante un procedimiento de licitación pública. Tal adjudicación debería haberse efectuado de acuerdo con la Directiva 93/36 sobre contratos públicos de suministro y no con arreglo a la Directiva 92/50/CEE [5] sobre contratos públicos de servicios, pues según la información de que dispone la Comisión de Recurso, el valor de las adquisiciones de las marcas auriculares supera el valor del referido servicio.

11. La Comisión de Recurso remitente se plantea, en el marco del litigio de que conoce, por un lado, la cuestión de si las disposiciones del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 tienen un significado autónomo. Dicha Comisión estima que es posible que esta disposición [6] haya perdido su significado autónomo, dado que ya se había adoptado una Directiva sobre la adjudicación de contratos de servicios, es decir, la Directiva 92/50 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. No obstante, también considera posible que siga existiendo este significado autónomo, pues a pesar de las modificaciones de la Directiva 93/36 se ha mantenido la disposición del artículo 2, apartado 2.

12. La Comisión de Recurso se plantea, en segundo lugar, en qué consiste dicho significado autónomo, dado que los intereses que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 (contratos de suministro) debe proteger son aquellos a los que se refiere la Directiva 92/50 (contratos de servicios). Por lo tanto, dicha Comisión desea saber en este contexto en qué medida debe respetarse el principio de no discriminación en la adjudicación de contratos públicos de suministro y si dicha disposición tiene como consecuencia que una institución que no es un poder adjudicador también debe organizar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos cuando el valor de los contratos supere el umbral previsto en la Directiva 93/36. Por tanto, no se trata de la cuestión de si es el propio Ministerio quien debe organizar el procedimiento con arreglo a la Directiva, sino si los Danske Slagterier deberían haber aplicado este procedimiento.

5 — 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, p. 1).

6 — El artículo 2, apartado 3, 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 (DO L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29) contenía esta disposición de forma casi literal.

13. En consecuencia, la Comisión de Recurso plantea al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

«1. ¿Tiene todavía un significado autónomo el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, después de la adopción de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (ambas modificadas por la Directiva 97/52/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo)?

2) Si la respuesta a la primera cuestión fuese afirmativa, ¿implica entonces dicha disposición que, en los casos en que un poder adjudicador encarga la administración de un régimen de marcado auricular de ganado porcino a una empresa privada, que no es un poder adjudicador, el poder adjudicador debe establecer, *por un lado,* que la empresa deberá respetar el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad en los contratos de suministro que celebre con terceros y, *por otro,* que la adquisición de las mercancías a las que se refiere el régimen debe realizarse mediante licitación pública si el valor de los suministros es superior al valor umbral establecido en la Directiva 93/36 del Consejo?»

14. El Ministerio demandado —que, por lo demás, considera que no ha lugar admitir las cuestiones prejudiciales— y la Comisión han participado en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia. Ambos presentaron un escrito y renunciaron a la fase oral. En la definición de postura me referiré a las alegaciones presentadas por ellos en la medida en que sea necesario.

C. Definición de postura

1. *Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial*

a) Sobre la cuestión de si la Comisión de Recurso es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE)

15. En primer lugar, surge la cuestión de si la Comisión de Recurso debe considerarse un «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 177 del Tratado CE, es decir, si procede declarar la admisibilidad de la cuestión prejudicial.

16. Tanto el Ministerio como la Comisión responden afirmativamente a esta cuestión. Con referencia a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, invocan la base legal de la Comisión de Recurso, su carácter permanente, el procedimiento contradictorio, la aplicación de normas de Derecho por la Comisión de Recurso, así como su independencia. De lo anterior se deriva que la Comisión de Recurso es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado CE.

17. Según sus propias indicaciones, la Comisión de Recurso fue creada mediante la Ley nº 344 de 6 de junio de 1991. Fue establecida, en particular, en el marco de la adaptación del Derecho nacional a la Directiva 89/665/CEE del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras. [7] El procedimiento ante la Comisión de Recurso se configura del mismo modo que el procedimiento civil. Hay un procedimiento contradictorio en el cual, en casi todos los supuestos, tiene lugar una fase oral. Los procedimientos terminan mediante resoluciones en forma de autos. Dichos autos adoptan la misma forma que las sentencias en asuntos civiles. La Comisión de Recurso no está sometida a ningún tipo de órdenes o instrucciones superiores y ejerce sus funciones como órgano independiente. Se compone de un Juez que ocupa la función de presidente y de varios miembros peritos. Las resoluciones de la Comisión de Recurso se refieren a la interpretación de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos de suministro y, en consecuencia, poseen un valor jurisprudencial. La Comisión de Recurso también es competente para declarar la nulidad de medidas administrativas. Además, es competente para pronunciarse en último lugar en Dinamarca sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. La Comisión de Recurso llega, por tanto, a la conclusión de que está comprendido en la expresión «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 177 del Tratado CE.

18. Debemos adherirnos a esta conclusión. El Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que, para apreciar si el organismo remitente tiene carácter de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado CE, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, deben tenerse en cuenta elementos como el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, la aplicación de normas jurídicas, la naturaleza obligatoria de sus resoluciones, la independencia de sus miembros y la aplicación de un procedimiento contradictorio. [8] Dado que la Comisión de Recurso cumple los requisitos enunciados por el Tribunal de Justicia en el marco de su jurisprudencia, es un «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 177 del Tratado CE. Al menos desde este ángulo, procede declarar la admisibilidad de su petición de decisión prejudicial.

7 — Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 (DO L 395, p. 33).

8 — Sentencias de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 377); de 27 de abril de 1994, Almelo y otros (C-393/92, Rec. p. I-1477), y de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961), apartado 23.

b) Sobre la pertinencia de la cuestión prejudicial

19. Sin embargo, el Ministerio demandado estima que procede declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial, pues la respuesta a las cuestiones no es necesaria para la resolución que debe adoptar la Comisión de Recurso. La respuesta no contribuirá a resolver el litigio en el procedimiento principal. Es cierto que corresponde al Juez nacional remitente decidir si una petición de decisión prejudicial es necesaria y pertinente, pero, al tener la respuesta en el caso de autos un carácter puramente hipotético, debe declararse la inadmisibilidad de la remisión prejudicial. La interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36, solicitada por la Comisión de Recurso no altera en nada la situación jurídica de las demandantes en el asunto principal. Según el Ministerio, en el caso de autos no hay ningún interés que deba protegerse jurídicamente. En opinión del referido Ministerio, en realidad nos encontramos ante cuestiones que podrían plantearse en un litigio ulterior. En cualquier caso, las empresas no obtendrían ningún beneficio de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a las cuestiones, pues entretanto ha sido subsanado un posible error de procedimiento en la adjudicación del contrato controvertido. El procedimiento de adjudicación organizado por última vez en el año 1997/98 tuvo lugar de conformidad con la Directiva 93/36 (contratos de suministro). Por ello, las demandantes en el procedimiento principal sólo podrían presentar una demanda de indemnización que, sin embargo, no es objeto del procedimiento principal ni, en todo caso, correspondería resolver a la Comisión de Recurso.

20. Del artículo 177 del Tratado CE resulta que son los órganos jurisdiccionales nacionales quienes deciden si es necesario plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. El artículo 177 del Tratado CE no otorga competencia al Tribunal de Justicia para negarse a responder a tal petición de decisión prejudicial. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia ha confirmado en jurisprudencia reiterada que corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y que deben asumir la responsabilidad de la decisión 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 planteadas al Tribunal de Justicia.[9] El hecho de que es el órgano jurisdiccional nacional quien mejor puede resolver dicha cuestión, pues tiene un conocimiento directo y preciso de las circunstancias fácticas, es un argumento a favor de esta solución. En consecuencia, si las cuestiones planteadas por un órgano jurisdiccional nacional se refieren a la interpretación del Derecho comunitario el Tribunal de Justicia está obligado, en principio, a pronunciarse.

21. Sin embargo, también ha ocurrido que, en determinados casos, el Tribunal de Justicia ha acogido excepciones a este principio y no ha respondido a algunas de las cuestiones que le habían sido planteadas. A este respecto se trata, en primer lugar, de casos en los que el órgano jurisdiccional remitente no había proporcionado al Tribunal de Justicia toda la información que éste necesitaba para pro-

9 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 3 de marzo de 1994, Eurico Italia y otros (C-332/92, C-333/92 y C-335/92, Rec. p. I-711), apartado 17.

nunciar una resolución con conocimiento de causa. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se ha negado en una serie de casos a responder a las cuestiones planteadas cuando éstas no tenían ninguna relación con el litigio del procedimiento principal. Deben señalarse, en tercer lugar, los casos en los que el Tribunal de Justicia ha desestimado la petición de decisión prejudicial por considerar que el Juez nacional abusaba del procedimiento del artículo 177 del Tratado CE. En estos casos, el Tribunal de Justicia ha estimado que las cuestiones prejudiciales eran generales o hipotéticas.

22. La argumentación desarrollada por el Ministerio se refiere a las dos últimas categorías citadas.

23. Sin embargo, de la resolución de reenvío se desprende que la Comisión de Recurso fue llevada a plantear las cuestiones prejudiciales por la argumentación desarrollada por las demandantes en el proceso principal. La Comisión de Recurso estima que es posible que los procedimientos de adjudicación organizados hayan adolecido de errores de procedimiento que podrían dar lugar a su nulidad. Si de las disposiciones invocadas por la Comisión de Recurso se desprendiese que se debería haber organizado un procedimiento público de adjudicación de conformidad con las disposiciones de la Directiva 93/36, la Comisión de Recurso debería anular el procedimiento realizado. Sin embargo, dado que, en particular, alberga dudas acerca de la interpretación del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36, la Comisión de Recurso ha planteado dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

24. De lo anterior resulta que la Comisión de Recurso ha considerado necesario plantear dichas cuestiones al Tribunal de Justicia para poder adoptar su resolución en el litigio del procedimiento principal. A diferencia de la concepción defendida por el Ministerio, la resolución de reenvío no permite llegar a la conclusión de que las cuestiones planteadas en el caso de autos sean puramente hipotéticas y que podrían referirse a un litigio ulterior. Dado que la Comisión de Recurso remitente ha afirmado y motivado de este modo la pertinencia de las cuestiones prejudiciales planteadas, procede declarar las admisibilidad de éstas.

2. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

25. Mediante su primera cuestión, la Comisión de Recurso desea saber si el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 (contratos de suministro) tiene un significado autónomo. Estima que esta cuestión podría tener una respuesta negativa. Esta disposición se ha recogido en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 77/62 y debe entenderse teniendo en cuenta el hecho de que, cuando se adoptó aún no existía ningún régimen comunitario sobre adjudicación de contratos de servicios. Por tanto, es posible que la disposición controvertida haya perdido su significado inicial tras la adopción de la Directiva 92/50 (contratos de servicios). No obstante, la Comisión de Recurso estima además que la disposición controvertida tiene un significado autónomo, junto con la Directiva 92/50, porque cuando se adoptó la Directiva 93/36, dicha disposición controvertida fue precisamente mantenida.

26. El Ministerio, que sólo ha adoptado una posición con carácter subsidiario respecto de las cuestiones prejudiciales, también sostiene que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 tiene un significado autónomo. En su opinión, una comparación con la primera Directiva 77/62 de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro demuestra que dicha disposición siempre se ha mantenido, a pesar de diversas modificaciones. Los trabajos preparatorios y las propuestas relativas a la Directiva 93/36 tampoco revelan que el artículo 2, apartado 2, haya perdido su significado autónomo por motivo de la adopción de la Directiva 92/50. Esta disposición no debe entenderse únicamente como «reminiscencia del pasado».

27. La Comisión observa en su escrito, en primer lugar, que, habida cuenta de los hechos descritos por la Comisión de Recurso, podían aplicarse tanto la Directiva 93/36 (contratos de suministro) como la Directiva 92/50 (contratos de servicios). En su opinión, de los trabajos preparatorios y de las propuestas relativas a la Directiva 93/36 se desprende que ésta no debía modificar sustancialmente la Directiva anterior. Su adopción fue necesaria para proceder a adaptaciones de la Directiva 92/50, que también repercutían en la Directiva 93/37/CEE. [10] Sin embargo, el artículo 2, apartado 2, no se vió afectado. A pesar de estas modificaciones, aún se encuentra en la Directiva 93/36 y garantiza el respeto de la prohibición de discriminación, aun cuando la Directiva 92/50 no fuese aplicable. En especial, éste sería el caso en el supuesto de contratos de concesión. Por tanto, debe partirse del principio de que el artículo 2, apartado 2, tiene un significado autónomo.

28. En conclusión, procede acoger las alegaciones del Ministerio y de la Comisión. La disposición del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 se encuentra ya expresada de modo similar en la Directiva 77/62, que fue adoptada como primera Directiva de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. El artículo 2, apartado 3, de la Directiva 77/62 también contiene la disposición controvertida. La única modificación que ha conocido esta disposición con el paso del tiempo tan sólo se refiere al concepto de poder adjudicador. Sin embargo, el contenido esencial de la disposición se ha mantenido. De este modo, en virtud de ambas disposiciones, un acto jurídico por el cual un poder adjudicador atribuye un derecho especial a una institución, que no es un poder adjudicador, debe respetar el principio de no discriminación con ocasión de la adjudicación de contratos públicos de suministro. Si bien es cierto que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50 (contratos de servicios) también incluye una cláusula que prohíbe cualquier discriminación, no obstante, ésta sólo precisa que el poder adjudicador velará «por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.» Como revela su título, esta Directiva se aplica, sin embargo, en particular, a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, mientras que la Directiva 93/36 regula los procedimientos

10 — 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).

de adjudicación de contratos públicos de suministro.

29. Sin embargo, es perfectamente posible que existan supuestos en los que, además de la Directiva 93/36 (contratos de suministro) también se pueda aplicar la Directiva 92/50 (contratos de servicios). Éste podría ser, especialmente, el caso de un contrato que implique a la vez servicios y suministros. Si lo esencial del contrato se refiere, sin embargo, al suministro de mercancías, la Directiva 92/50 ya no sería aplicable. Entonces, la cláusula de no discriminación de su artículo 3, apartado 2, no tendría ningún efecto. En tal caso, no obstante, nos encontramos ante el significado autónomo del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36. También se podría suponer un caso que se refiera a la adjudicación de contratos públicos de servicios, pero que puedan cederse en el marco de un contrato de concesión. En ese caso, tampoco serían aplicables la Directiva 92/50 y su cláusula de no discriminación, mientras que la aplicación de la Directiva 93/36 no se vería afectada. En consecuencia, la cláusula de no discriminación del artículo 2, apartado 2 volvería a desplegar sus efectos.

30. Al no revelar ni los trabajos preparatorios ni las propuestas relativas a la Directiva 93/36 que la disposición del artículo 2, apartado 2 no tiene significado autónomo debe partirse del principio de que dicha disposición debe seguir aplicándose, junto con la Directiva 92/50.

3. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

31. Mediante su segunda cuestión, la Comisión de Recurso pide al Tribunal de Justicia que interprete el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 en el supuesto de que tenga un significado autónomo. A este respecto se interroga, en particular, sobre el contenido de dicha disposición y desea saber, en primer lugar, si un poder adjudicador que cede derechos especiales a una empresa privada que no es un poder adjudicador debe obligarla a respetar la cláusula de no discriminación y si, en segundo lugar, del artículo 2, apartado 2, se deriva que esta empresa privada debe aplicar el procedimiento de adjudicación de contratos públicos.

32. El Ministerio estima que el contrato mediante el que se ceden derechos especiales debe incluir la cláusula de no discriminación del artículo 2, apartado 2. De este modo, también en el caso de que no fuera necesario aplicar el procedimiento de adjudicación previsto en la Directiva, al menos se garantizaría el respeto de la prohibición de discriminación. De esta forma quedaría claro que los particulares también deben respetar esta prohibición en el marco de la adjudicación de contratos públicos de suministro. Sin embargo, el artículo 2, apartado 2, no prevé que la empresa a la que se han cedido derechos especiales deba, en todo caso, organizar un procedimiento de adjudicación pública.

33. Según la Comisión, el artículo 2, apartado 2, obliga al poder adjudicador a advertir a una institución a la que se ceden derechos especiales a que preste atención a la cláusula de no discriminación y a velar

por que ésta se respete. El artículo 2, apartado 2, no permite deducir que esta institución tiene una obligación más amplia para organizar un procedimiento de adjudicación.

34. En el marco de nuestro análisis debe subrayarse, en primer lugar, que las disposiciones de la Directiva 93/36 relativas al procedimiento de adjudicación no son aplicables al presente caso en la medida en que afecten a Danske Slagterier. Ciertamente, el umbral señalado en el artículo 5 de la Directiva 93/36 ha quedado superado, de modo que, conforme al criterio del volumen del contrato, sería aplicable la Directiva. Sin embargo, los Danske Slagterier no son un poder adjudicador. La venta de las marcas auriculares tampoco se efectúa en nombre o por cuenta de las autoridades danesas. A este respecto no existe ningún vínculo financiero entre los suministradores de las marcas auriculares y las autoridades. Por tanto, por lo que atañe al procedimiento de adjudicación de contratos públicos de suministro, la Directiva no es aplicable a una situación como la del caso de autos.

35. No obstante, para garantizar también fuera del ámbito de aplicación de la Directiva propiamente dicho el principio fundamental de no discriminación en Derecho comunitario, el artículo 2, apartado 2, impone al poder adjudicador que vinculen la cesión de derechos especiales a otras instituciones al respeto de dicho principio. Del artículo 2, apartado 2, no cabe deducir una vinculación más amplia a las disposiciones relativas a la adjudicación de contratos públicos. Además, una comparación con las otras dos Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos muestra que no es posible interpretar la disposición controvertida de modo más extenso. Tanto la Directiva 93/37 como la Directiva 92/50 (sólo) obligan a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que los *poderes adjudicadores* cumplan las disposiciones de estas Directivas. Esto incluye la cláusula de no discriminación recogida en cada una de ellas.

36. En el caso que nos ocupa ya se infiere del tenor literal del artículo 2, apartado 2, que sólo el poder adjudicador tiene la obligación de velar por que la institución a la que ceden derechos especiales respete la cláusula de no discriminación. De este modo también debe evitarse en este ámbito que varios licitadores sean tratados de manera desigual por razón de su nacionalidad. La Directiva tiene como objetivo realizar la libre circulación de mercancías en el ámbito de los contratos públicos de suministro adjudicados en los Estados miembros por cuenta del Estado, de las entidades territoriales y de otros organismos de Derecho público. Para alcanzar este objetivo, la Directiva condiciona la adjudicación de contratos públicos de suministro

por un poder adjudicador a un procedimiento particular. Las disposiciones de la Directiva precisan todos los requisitos procesales. Sin embargo, del artículo 2, apartado 2, tomado aisladamente no se desprende que las instituciones a las que se ceden derechos especiales, pero que no son poderes adjudicadores, deban organizar procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, como prevé la Directiva 93/36, sino simplemente que deben respetar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

37. De lo anterior resulta que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 sólo obliga al poder adjudicador a vincular la cesión de derechos especiales a una institución al respeto por ésta de la cláusula de no discriminación.

D. Conclusión

38. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestiones planteadas:

« 1) El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, mantiene un significado autónomo con independencia de la entrada en vigor 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.

2) Cuando un poder adjudicador en el sentido de la Directiva 93/36/CEE otorga derechos especiales o exclusivos para ejercer una actividad de servicio público a una institución que no es un poder adjudicador, cualquiera que sea su estatuto jurídico, el acto por el cual este derecho se otorga debe estipular que la entidad de que se trata debe respetar, en la adjudicación de contratos públicos de suministro a terceros, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. El artículo 2, apartado 2, no incluye la obligación adicional del poder adjudicador de velar por que dicha institución, que no es un poder adjudicador, aplique el procedimiento de adjudicación de contratos públicos de suministro. »