CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. YVES BOT
presentadas el 27 de octubre de 2009 [1]

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania) se plantea, fundamentalmente, un interrogante sobre el alcance de la obligación de transparencia y las consecuencias que deben extraerse de su incumplimiento en el marco de un procedimiento de adjudicación de una concesión de servicios.

2. Esta petición se presenta en el marco de un litigio entre la empresa Wall AG, [2] por una parte, y la Stadt Frankfurt am Main (ciudad de Fráncfort del Meno) y la empresa Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, [3] por otra, en relación con la ejecución de una concesión para la explotación, el mantenimiento y la limpieza de aseos públicos en el término municipal de dicha ciudad.

3. Este asunto permitirá al Tribunal de Justicia precisar las condiciones en las que la entidad adjudicadora puede autorizar una modificación del contrato de concesión durante su ejecución sin pasar indebidamente por alto el alcance de la obligación de transparencia.

4. También ofrecerá al Tribunal de Justicia la posibilidad de precisar las condiciones en las que se impone el cumplimiento de esta obligación a una entidad de capital mixto constituida en el marco de una colaboración público-privada.

5. Por último, las cuestiones planteadas por el Landgericht Frankfurt am Main permitirán al Tribunal de Justicia precisar los mecanismos de control jurisdiccional de las decisiones adoptadas en el marco de las concesiones de servicios. En particular, el Tribunal de Justicia deberá analizar si, en el caso de que el órgano jurisdiccional nacional competente constate un incumplimiento de la obligación de transparencia en el marco de un procedimiento de adjudicación de una concesión de servicios, el Derecho comunitario exige a los Estados miembros que reconozcan, a favor de sus órganos jurisdiccionales nacionales, la facultad de dictar órdenes conminatorias con respecto a las partes del contrato.

1 — Lengua original: francés.
2 — En lo sucesivo, «demandante».
3 — En lo sucesivo, «FES».

I. Marco jurídico comunitario

A. *Derecho originario*

6. El Tratado CE no limita la libertad de los Estados miembros para celebrar contratos de concesión de servicios, siempre que los métodos relativos a su adjudicación sean compatibles con las disposiciones que establecen y garantizan el buen funcionamiento del mercado único.

7. De este modo, al igual que cualquier acto del Estado mediante el que se fijan las condiciones que debe cumplir una prestación de actividades económicas, la adjudicación de una concesión debe respetar los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento (artículo 43 CE) y de libre prestación de servicios (artículo 49 CE), y debe ajustarse a las normas que prohíben cualquier discriminación por razón de nacionalidad (artículo 12 CE, párrafo primero).

8. La adjudicación de una concesión debe, igualmente, respetar los principios definidos por el Tribunal de Justicia a partir de estas disposiciones y, en particular, los principios de igualdad de trato y de transparencia, cuyo alcance expondré más adelante. Si bien esta jurisprudencia se refiere en particular a controversias sobre contratos públicos, no es menos cierto que el alcance de los principios que de la misma se desprenden supera el simple marco de estos contratos. Partiré de la premisa de que estos principios resultan igualmente de aplicación a otras situaciones, en particular a las concesiones.

B. *Derecho derivado*

9. En el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios no se encuentran regulados por ninguna norma de Derecho derivado. [4] No obstante, las disposiciones aprobadas en el marco de las directivas sobre adjudicación de contratos públicos permiten apreciar que existen determinados mecanismos de adjudicación de este tipo de contratos.

1. Normativa relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios

10. El concepto de «entidad adjudicadora» fue definido por vez primera en el artículo 1,

4 — Actualmente, el Derecho comunitario derivado solo cuenta con normas aplicables a las concesiones de obras adjudicadas en los sectores clásicos.

letra b), de la Directiva 92/50/CEE. [5] Según su octavo considerando, ésta se aplica a «contratos públicos de servicios», [6] quedando, de este modo, fuera de su ámbito de aplicación las concesiones de servicios. La Directiva 92/50 tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y pretende proteger los intereses de los operadores económicos que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro. [7]

11. El artículo 1, letra b), de esta Directiva contiene la siguiente definición del concepto de «entidad adjudicadora»:

«[se entenderá por] *entidad adjudicadora:* el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

Se entenderá por organismo de Derecho público todo organismo:

— creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil,

— dotado de personalidad jurídica,

y

— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

5 — Directiva del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001 (DO L 285, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 92/50»).

6 — Según el artículo 1, letra a), de esta Directiva, se trata de «contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora». Con arreglo a dicha Directiva, un contrato público de servicios conlleva una contrapartida que la entidad adjudicadora paga directamente al prestador de servicios.

7 — Sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia (C-237/99, Rec. p. I-939), apartados 41 y 42 y jurisprudencia citada.

[…]»

12. El concepto de concesión de servicios fue posteriormente definido por el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18/CE, [8] mediante la que se refunde el conjunto de disposiciones relativas a la adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministro y obras. [9]

13. Con arreglo a esta disposición, una concesión de servicios es «un contrato que present[a] las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consist[e], o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

14. Por otra parte, esta Directiva retoma en idénticos términos, en su artículo 1, apartado 9, la definición del concepto de «organismo de Derecho público» contenida en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50.

2. Directiva 89/665/CEE

15. Mediante la Directiva 89/665/CEE [10] se refuerzan sustancialmente las garantías de transparencia y de no discriminación en el marco de la apertura de los contratos públicos a la competencia al obligar a los Estados miembros a establecer procedimientos de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción de las disposiciones de las Directivas de contratos públicos. [11] Con arreglo al artículo 1 de esta Directiva, estos procedimientos deben ser accesibles, con arreglo a las modalidades que los Estados miembros puedan determinar, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

8 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114).

9 — Contenidas, en relación con los contratos públicos de servicios, en la Directiva 92/50; en relación con los contratos públicos de suministro, en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976 (DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29), y, en relación con los contratos públicos de obras, en la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971 (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9); en lo sucesivo, designadas conjuntamente como «Directivas de contratos públicos».

10 — Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, 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 suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50 (en lo sucesivo, «Directiva 89/655»). Esta Directiva ha sido modificada por última vez por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO L 335, p. 31).

11 — Mientras que el artículo 1 de la Directiva 89/665 se refería únicamente a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y de suministro, la Directiva 2007/66 extiende su ámbito de aplicación a los contratos públicos de servicios.

16. Habida cuenta de la sumariedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, estos procedimientos deben, con arreglo al artículo 2 de la Directiva 89/665, permitir no sólo una tramitación urgente de las presuntas infracciones y la adopción de medidas provisionales, sino también la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas. Esta disposición es del siguiente tenor:

«1. Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores;

b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales […];

c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

[…]

6. Los efectos del ejercicio de los poderes contemplados en el apartado 1 en el contrato consecutivo a la adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional.

[…]»

17. Como he señalado, la Directiva 89/665 fue modificada por la Directiva 2007/66. El objeto de esta última es reforzar la eficacia de los procedimientos de recurso nacionales. Establece los supuestos en los que debe declararse la ineficacia de un contrato celebrado con infracción de las normas del procedimiento de adjudicación de contratos públicos.

3. Directiva 80/723/CEE

18. El artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE [12] es del siguiente tenor:

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

[…]

b) "empresas públicas", cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen;

[…]

2. Se presumirá que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente:

a) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa; o

b) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o

c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.»

II. Hechos y procedimiento principal

19. Resumiré como sigue los hechos que parecen pertinentes para mi razonamiento.

12 — Directiva de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 195, p. 35; EE 08/02, p. 75), en su versión modificada por la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000 (DO L 193, p. 75) (en lo sucesivo, «Directiva 80/723»).

20. El contrato sobre el que versa el presente asunto es un contrato de concesión de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18. Este contrato fue celebrado entre la Stadt Frankfurt am Main, que tiene la consideración, en calidad de ente territorial, de «entidad adjudicadora» a efectos del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, y la empresa FES. El objeto de este contrato es la explotación, el mantenimiento y la limpieza de once aseos públicos situados en el término municipal de la Stadt Frankfurt am Main e implica la reconstrucción de dos aseos públicos ubicados en las estaciones de Rödelheim y de Galluswarte, actividades que tienen el carácter de servicios en el sentido del artículo 8 y del anexo I A de dicha Directiva.

21. El contrato en cuestión se celebró por un plazo de dieciséis años. FES, que es el empresario principal, no recibe ninguna remuneración de la Stadt Frankfurt am Main, sino que percibe una tasa que pagan los usuarios y ostenta el derecho a explotar, con carácter exclusivo, los soportes de los aseos con fines publicitarios. Este modo de retribución implica que FES asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trata.

22. Esta concesión fue atribuida a FES sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa. Las ofertas presentadas por las empresas, entre las que se encontraban las de FES y de la demandante, fueron evaluadas a la luz de diferentes criterios de adjudicación que se mencionaban en la licitación. Como se desprende de la resolución de remisión, cada uno de estos criterios estaba ponderado y figura en orden decreciente según la importancia que le atribuía la Stadt Frankfurt am Main. [13]

23. En su oferta, FES presentó a la demandante como su subcontratista en lo referente a las prestaciones de publicidad y al suministro de los módulos de aseos necesarios para la prestación de los servicios objeto de concesión. FES invocó, en particular, la reputación mundial y la competencia técnica de la demandante en estos sectores. La Stadt Frankfurt am Main seleccionó la oferta de FES.

24. Tras la celebración del contrato de concesión el 20 y el 22 de julio de 2004, FES exhortó a la demandante y a la parte coadyuvante, la Deutsche Städte Medien GmbH, [14] a que presentaran ofertas el 5 de enero, para la ejecución de prestaciones publicitarias, y el

13 — Con el siguiente orden: pretensiones limitadas en materia publicitaria (30 %), pertinencia del proyecto del operador (aseos públicos) (15 %), viabilidad del proyecto publicitario (10 %), pertinencia del proyecto en materia de seguridad (10 %), facilidad de uso de los aseos públicos (10 %), utilidad de los aseos públicos (10 %), integración de los aseos públicos en el entorno urbano (5 %), estética de los aseos públicos (5 %) e incidencia de los aseos públicos sobre el medio ambiente (5 %).

14 — Esta empresa no es sino la Ströer City-Marketing GmbH, su principal competidora para la obtención de la concesión (en lo sucesivo, «DSM»).

28 de julio de 2005, para el suministro de módulos de aseos. Las ofertas de la demandante fueron rechazadas.

25. En aplicación del artículo 30, IV, del contrato de concesión, FES solicitó a la Stadt Frankfurt am Main que autorizara la sustitución del subcontratista. Este ente territorial no formuló ninguna objeción y precisó, además, que a pesar de este cambio se respetarían los criterios descritos en el pliego de condiciones.

26. La demandante imputa a la Stadt Frankfurt am Main, ante el órgano jurisdiccional nacional, haber incumplido la obligación de transparencia al autorizar esta sustitución, introduciendo, de este modo, una modificación esencial en el contrato de concesión celebrado con FES.

III. Cuestión prejudicial

27. El Landgericht Frankfurt am Main decidió suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Deben interpretarse el principio de igualdad de trato y el principio de Derecho comunitario de prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 12 [CE], 43 [CE] y 49 [CE], en el sentido de que las obligaciones de transparencia que de ellos se derivan para las autoridades públicas, que consisten en convocar licitaciones con una grado de publicidad adecuada para la adjudicación de las concesiones de servicios y permitir el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación, [15] exigen que el Derecho nacional conceda al licitador cuya oferta no haya sido aceptada el derecho a obtener una orden conminatoria con el fin de evitar un incumplimiento inminente de dichas obligaciones o de hacer que cese tal incumplimiento?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿están comprendidas las [mencionadas] obligaciones de transparencia en el Derecho consuetudinario de las Comunidades Europeas en el sentido de que ya se aplican de forma duradera y constante, uniforme y general y son reconocidas como normas vinculantes por los sujetos de Derecho afectados?

3) En caso de que se prevea modificar un contrato de concesión de servicios

15 — El órgano jurisdiccional remitente hace referencia a las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartados 60 a 62; de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartados 17 a 22; de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartados 46 a 50; de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartado 21, y de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia (C-260/04, Rec. p. I-7083), apartado 24.

—incluido el cambio de un subcontratista concreto, sobre el que se hizo hincapié en la licitación—, ¿exigen las obligaciones de transparencia mencionadas en la primera cuestión prejudicial convocar una nueva licitación en relación con las negociaciones relativas a tal modificación, garantizando una grado de publicidad adecuada, y, en su caso, de acuerdo con qué criterios debería realizarse tal licitación?

4) ¿Deben interpretarse los principios y las obligaciones de transparencia mencionados en la primera cuestión en el sentido de que, en caso de incumplimiento de obligaciones en las concesiones de servicios, debe resolverse el contrato celebrado a raíz de tal incumplimiento, cuyo objeto es establecer o modificar obligaciones de duración indeterminada?

5) ¿Deben interpretarse los principios y las obligaciones de transparencia mencionados en la primera cuestión prejudicial, en relación con el artículo 86 CE, apartado 1, y, en su caso, con el artículo 2, apartados 1, letra b), y 2, de la Directiva 80/723/CEE […] y el artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18/CE […], en el sentido de que una empresa, en su condición de empresa pública o de entidad adjudicadora, está sujeta a estas obligaciones de transparencia, si

— ha sido constituida por un ente territorial para desarrollar actividades de eliminación de residuos y limpieza urbana, pero opera asimismo en el libre mercado,

— pertenece en un 51 % a dicho ente territorial, pero los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos,

— dicho ente nombra únicamente a una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia de la empresa, incluido el presidente de este órgano, y

— obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y limpieza urbana en el territorio del citado ente, de tal forma que éste los refinancia a tal fin mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados?»

28. Presentaron observaciones escritas y orales las partes del litigio principal, la Comisión de las Comunidades Europeas, el Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y seis Estados miembros. [16]

IV. Objeto de las cuestiones prejudiciales

29. Comenzaré el estudio de la presente remisión prejudicial analizando la tercera y la quinta cuestiones prejudiciales, relativas al alcance de la obligación de transparencia.

30. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal de Justicia que dilucide si esta obligación constriñe a la entidad adjudicadora a abrir un nuevo procedimiento de licitación en el supuesto de que el empresario principal, al que se ha adjudicado la concesión, desee, para la ejecución de ésta, recurrir a los servicios de un subcontratista diferente de aquel con el que contaba al presentar su oferta. Por otra parte, mediante su quinta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si un empresario principal como FES, constituido con la forma de entidad de capital mixto, puede también calificarse como «entidad adjudicadora» en el sentido de la Directiva 92/50 y quedar sujeto, como tal, al cumplimiento de la obligación de transparencia.

31. Tras analizar estas dos primeras cuestiones, pasaré a examinar las cuestiones prejudiciales primera, segunda y cuarta, las cuales se refieren, fundamentalmente, a los mecanismos del control jurisdiccional de las decisiones adoptadas en relación con las concesiones de servicios.

32. Estas tres últimas cuestiones solo son pertinentes en caso de que el juez nacional considere que la Stadt Frankfurt am Main o FES han enturbiado la transparencia del procedimiento al sustituir a un subcontratista durante la ejecución del contrato de concesión objeto de estudio.

V. Análisis

33. Antes de iniciar mi análisis, considero importante recordar las líneas maestras de la jurisprudencia relativa a la obligación de transparencia. Aunque esta jurisprudencia se refiera en parte a los contratos públicos, ha

16 — El Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, el Reino de los Países bajos, la República de Austria, la República de Finlandia y, por último, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

sido elaborada a partir de los principios del Tratado y, en consecuencia, la considero pertinente para la aplicación del Derecho comunitario a las concesiones de servicios.

A. *Líneas maestras de la jurisprudencia relativa a la obligación de transparencia*

34. Según reiterada jurisprudencia, la obligación de transparencia constituye una expresión concreta y específica del principio de igualdad de trato.

35. El Tribunal de Justicia estima desde hace tiempo que este principio forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario [17] que los Estados miembros deben observar cuando actúen dentro del ámbito del Derecho comunitario. Dicho principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato distinto, a no ser que una diferenciación se justifique objetivamente. [18] Este principio figura entre los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia. [19]

36. Como principio general del Derecho comunitario, el respeto del principio de igualdad de trato vincula a los Estados miembros cuando aplican normas de Derecho comunitario. Por consiguiente, éstos están obligados, en lo posible, a aplicar tales normas de modo que no se vaya en contra de las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. [20]

37. El Tribunal de Justicia tuvo ocasión de precisar el alcance del principio de igualdad de trato en relación con la contratación pública en las sentencias Comisión/Dinamarca y Comisión/Bélgica, [21] jurisprudencia que fue posteriormente aplicada a las concesiones de servicios. [22]

38. El principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas candidatas. El respeto de este principio debe permitir garantizar una

17 — Sentencia de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros (117/76 y 16/77, Rec. p. 1753), apartado 7.

18 — Véanse, en particular, las sentencias de 25 de noviembre de 1986, Klensch y otros. (201/85 y 202/85, Rec. p. 3477), apartado 9, y de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec. p. I-11915), apartado 32 y jurisprudencia citada.

19 — Sentencia Rodríguez Caballero, antes citada, apartado 32.

20 — *Ibidem*, apartado 30 y jurisprudencia citada.

21 — Véanse, respectivamente, las sentencias de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca (C-243/89, Rec. p. I-3353), apartados 37 a 39, y de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica (C-87/94, Rec. p. I-2043), en particular los apartados 51 a 56. Véase, igualmente, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Rec. p. I-3801), apartado 108 y jurisprudencia citada.

22 — Véase la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 48.

comparación objetiva de las ofertas y rige en todas las fases del procedimiento. Todos los licitadores, independientemente de su nacionalidad, deben disponer de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas. [23] En otras palabras, las reglas del juego deben ser conocidas por todos los licitadores potenciales y aplicadas a todos de la misma manera.

39. Según el juez comunitario, el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores implica la no discriminación por razón de nacionalidad y una obligación de transparencia que debe permitir a la autoridad pública concedente asegurarse de que este principio es respetado. [24]

40. El Tribunal de Justicia precisó el alcance de la obligación de transparencia en la sentencia Telaustria y Telefonadress y en la sentencia Parking Brixen, antes citadas. Según el juez comunitario, esta obligación tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Dicha obligación consiste en garantizar, en beneficio de todos los licitadores potenciales, una publicidad adecuada del procedimiento de adjudicación que permita, de este modo, la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento. Esta obligación implica, igualmente, que todas las condiciones y criterios relativos al procedimiento de licitación estén formulados de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Ello debe permitir que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes comprendan su alcance exacto y los interpreten de la misma forma. Debe, igualmente, permitir que la entidad adjudicadora compruebe si las ofertas presentadas por los licitadores responden efectivamente a los criterios que rigen el contrato de que se trate. [25]

41. Un examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pone de manifiesto el estrecho vínculo que existe entre la obligación de transparencia y el principio de igualdad de trato. La primera tiene por objeto garantizar la eficacia del segundo estableciendo las condiciones de una competencia sana. Puesto que el principio de igualdad de trato constituye, como tal, un principio general del Derecho comunitario, el respeto de la obligación de transparencia, la cual constituye una expresión concreta y específica del mismo, se impone a los Estados miembros en la misma medida.

23 — Véase la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartados 54 a 56. En este asunto, el Tribunal de Justicia reconoció, igualmente, que es contrario a dicho principio el hecho de que una entidad adjudicadora tome en consideración una modificación introducida en las ofertas iniciales de un solo licitador, ya que éste goza de una ventaja sobre sus competidores.

24 — Véanse las sentencias, antes citadas, Comisión/CAS Succhi di Frutta, apartado 109 y jurisprudencia citada, y Parking Brixen, apartado 49 y jurisprudencia citada.

25 — Sentencias Telaustria y Telefonadress, apartados 61 y 62, y Comisión/CAS Succhi di Frutta, apartado 111, antes citadas.

B. *Sobre el alcance de la obligación de transparencia*

1. Sobre el alcance *ratione materiae* de la obligación de transparencia

42. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal de Justicia que dilucide si la obligación de transparencia exige que la entidad adjudicadora inicie un nuevo procedimiento de licitación en el supuesto de que el empresario principal, al que se ha adjudicado la concesión, desee, para la ejecución de ésta, no recurrir a los servicios del subcontratista con el que contó al presentar su oferta.

43. Para responder a esta cuestión, considero importante analizar la manera en que la obligación de transparencia debe aplicarse habida cuenta de las características específicas de la concesión de servicios. En efecto, tal concesión presenta algunas diferencias esenciales con respecto a los contratos públicos de servicios tanto en lo tocante a su finalidad como a su modo de ejecución.

44. Con independencia de su mayor o menor complejidad o sofisticación, un contrato público de servicios puede definirse, con carácter general, como la obtención por parte de una persona pública de un servicio y su objeto es una prestación concreta realizada por una empresa. Por el contrario, la concesión de servicios consiste en un modo de gestión delegada de un servicio público mediante la cual la persona pública confía a un prestador ajeno a la administración, durante un período de tiempo significativo, la gestión de una actividad de interés general y la responsabilidad de esta gestión ante los usuarios. La entidad adjudicadora, ya sea un ente público o un organismo de Derecho público, deja de gestionar el servicio y transfiere la responsabilidad de su organización al concesionario. [26] Éste explota el servicio corriendo con los gastos y asume los riesgos de explotación del mismo, y a cambio obtiene una remuneración a través del cobro de una tasa que cobra de los usuarios del servicio.

45. La aplicación del Derecho comunitario a esta forma de gestión contractual de un servicio de interés general debe tener en cuenta diferentes imperativos.

46. En la fase de celebración del contrato, es necesario conciliar la obligación de transparencia con el amplio margen de libertad del que dispone la entidad adjudicadora para valorar las ofertas y para determinar cuál es la más ventajosa económicamente. La oferta más ventajosa económicamente es aquella que ofrezca la mejor respuesta económica, en el sentido global de la palabra, a las

26 — Sentencia de 26 de abril de 1994, Comisión/Italia (C-272/91, Rec. p. I-1409).

necesidades expresadas por el ente público, habida cuenta de los criterios seleccionados y de su ponderación. La entidad adjudicadora debe poder elegir el prestador de servicios que considere que, por sus referencias, la calidad de su oferta, el conocimiento que tiene del sector y la confianza que inspira, puede aportarle las máximas garantías de una buena ejecución del servicio. Así pues, las particularidades de la concesión de servicios justifican que la selección del prestador se realice a partir de una amplia gama de criterios, entre los que predominan las consideraciones *intuitu personae*. Esta libertad de elección no significa, sin embargo, que la adjudicación de la concesión deba hacerse de forma arbitraria y discriminatoria. Para evitar la corrupción y garantizar una mayor transparencia de la actividad económica y los procedimientos públicos, el juez ha establecido límites a esta libertad basándose en los principios que rigen los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. De este modo, se mantiene la libertad de negociación y de decisión, si bien ésta debe ejercerse respetando una obligación anterior de publicidad y de convocatoria de licitación que permita una selección transparente del candidato y garantice la igualdad de trato de los licitadores. [27]

47. Posteriormente, en la fase de ejecución del contrato, es necesario conciliar la obligación de transparencia con el interés del servicio público, el cual exige, en determinadas circunstancias, adaptar y modificar el contrato.

48. Como he señalado, el concesionario asume la organización del servicio y los riesgos de explotación asociados a la misma. Habida cuenta de la complejidad y la larga duración de la concesión de servicios, el concesionario debe disponer de un margen de maniobra suficiente para adaptarse a las condiciones del mercado y a los cambios que puede sufrir el entorno económico, técnico o jurídico de la concesión. De este modo, las partes deben dar muestra de una especial flexibilidad y de espíritu de cooperación para afrontar las dificultades imprevisibles y las incidencias en la ejecución, inevitables en las inversiones a largo plazo. Así pues, son múltiples las causas de renegociación de los contratos. No obstante, algunas pueden dar lugar a abusos si ocasionan una alteración del sistema del contrato, convirtiendo en ilusorias la transparencia del procedimiento y la convocatoria de licitación previa de los licitadores. Por lo tanto, es necesario dilucidar si la modificación que se pretende introducir constituye un mero acuerdo adicional al contrato, justificado por motivos legítimos, o si ésta supone en última instancia la celebración de un nuevo contrato que, con arreglo a los principios fundamentales del Derecho comunitario, debe ser objeto de una publicidad adecuada y someterse a un nuevo procedimiento de licitación.

27 — Tal como señaló el Parlamento Europeo, el cumplimiento de estas reglas «puede constituir un instrumento eficaz para evitar las trabas indebidas de la competencia que, al mismo tiempo, permita a las autoridades públicas definir y controlar las condiciones relativas a la calidad, la disponibilidad, las normas sociales y a la protección del medioambiente» [resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde sobre los servicios de interés general, P5_TA (2004)0018, apartado 32].

49. En una sentencia Comisión/Francia, [28] el Tribunal de Justicia estimó que las modificaciones introducidas en un contrato público durante su vigencia suponen una nueva adjudicación del contrato si éstas «revisten características sustancialmente diferentes [de las negociaciones] anteriormente desarrolladas y si, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato». [29]

50. El Tribunal de Justicia precisó el alcance de esta justificación en la sentencia pressetext Nachrichtenagentur [30] al contemplar cuatro hipótesis en las cuales este tipo de modificaciones podía considerarse sustancial.

51. La primera hipótesis se refiere al supuesto de que la modificación introduzca condiciones en el contrato que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente elegida.

52. La segunda hipótesis se refiere a toda aquella modificación que amplíe el contrato, en gran medida, a servicios que inicialmente no estaban previstos.

28 — Sentencia de 5 de octubre de 2000, (C-337/98, Rec. p. I-8377).

29 — Apartados 44 y 46.

30 — Sentencia de 19 de junio de 2008, (C-454/06, Rec. p. I-4401), apartados 35 a 37 y 40.

53. La tercera contempla el supuesto de que la modificación altere el equilibrio económico del contrato a favor de su adjudicatario de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

54. Por último, la cuarta hipótesis consiste en la subrogación de una nueva parte contratante en el lugar de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato. Esta modificación constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público, a menos, según el Tribunal de Justicia, que esta subrogación «estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata».

55. Como he indicado anteriormente, el contrato de concesión de servicios celebrado entre la Stadt Frankfurt am Main y FES permite, en su artículo 30, IV, la sustitución de subcontratista siempre que la entidad adjudicadora lo autorice. Este procedimiento fue seguido en el caso de autos.

56. En consecuencia, en el presente asunto debe dilucidarse si, a pesar de la existencia de esta cláusula y de seguirse el procedimiento establecido en la misma, la sustitución de

subcontratista constituye, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, una modificación de uno de los términos esenciales de la correspondiente concesión de servicios.

57. Esta apreciación es delicada, ya que la propia Stadt Frankfurt am Main autorizó esta modificación por considerar que se respetarían los criterios que constan en el pliego de condiciones. No obstante, habida cuenta de las circunstancias concretas en las que se ha producido este cambio, considero que el órgano jurisdiccional nacional debe comprobar que el acto mediante el cual este ente autorizó dicha modificación no revierte en un incumplimiento del principio de igualdad de trato de los licitadores y de la obligación de transparencia que se deriva de este principio.

58. A efectos de este examen, considero importante recordar las condiciones en las que el concesionario puede recurrir a la subcontratación.

59. Teniendo en cuenta la complejidad y la duración de los contratos de concesión, el concesionario puede decidir subcontratar, en todo o en parte, la ejecución del contrato celebrado con el comitente. Se admite que la elección del subcontratista es un acto discrecional comprendido entre las facultades del empresario. Esta libertad de elección es el corolario de la regla según la cual el concesionario sigue siendo enteramente responsable de la ejecución de la concesión, ya que el contrato que le vincula con el subcontratista es de Derecho privado al haberse celebrado entre dos personas privadas.

60. No obstante, para realizarse de forma regular, la subcontratación debe ser aceptada por la entidad adjudicadora, ya sea en la celebración del contrato o durante su ejecución. En el momento de la aceptación la entidad adjudicadora comprueba las capacidades técnicas y económicas del subcontratista. [31]

61. Cuando el subcontratista figura en la oferta que se presenta, la notificación de la concesión conlleva la aceptación de éste. Por regla general, la entidad adjudicadora puede negarse a admitir a una empresa como subcontratista cuando ésta, por ejemplo, no se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales o de seguridad social o no dispone de la capacidad suficiente para ejecutar correctamente las prestaciones que se le confían.

31 — Véase la sentencia de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE Telekom (C-314/01, Rec. p. I-2549), apartados 45 y 46, relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

62. La subcontratación no se limita a la que se anuncia en la presentación de la oferta. Durante la ejecución del contrato, el contratista principal puede recurrir a otros subcontratistas o sustituir a subcontratistas por motivos legítimos relacionados, por ejemplo, con la calidad efectiva de sus prestaciones o con su situación financiera. Esto le permite adaptar sus prestaciones o desvincularse, conforme a las disposiciones del contrato que le une con el subcontratista, de una empresa que no le resulta satisfactoria.

63. Cuando la sustitución de subcontratista está contemplada en los términos del contrato y la entidad adjudicadora da su visto bueno a esta modificación es difícil, en principio, sostener que esta sustitución modifique, por sí misma, un término esencial de la concesión y haga necesario un nuevo procedimiento de licitación.

64. En efecto, al dar su autorización, la entidad adjudicadora considera que la identidad del subcontratista no es esencial atendido el objeto de la concesión y que las prestaciones encomendadas al empresario principal serán realizadas de conformidad con el pliego de condiciones, independientemente de esta modificación. Puede producirse esta situación cuando existan, en el mercado de referencia, múltiples empresas que ofrecen servicios de naturaleza y calidad equivalentes.

65. Por otra parte, cuando la entidad adjudicadora prevé que determinadas condiciones de la adjudicación del contrato pueden ajustarse tras la selección del concesionario y se refiere expresamente en el pliego de condiciones a esta posibilidad de adaptación, así como la forma en que puede hacerse efectiva, todas las empresas interesadas en participar en la concesión tienen conocimiento de estas circunstancias desde el primer momento y se encuentran, de este modo, en condiciones de igualdad en el momento de formular sus ofertas.

66. No obstante, esta modificación del contrato de concesión puede parecer criticable en una situación como la que se plantea en el procedimiento principal.

67. En efecto, la sustitución del subcontratista se produce sin motivo legítimo, tras la celebración del contrato y antes de la ejecución de las primeras prestaciones, a pesar de que el concesionario hubiera aludido a la reputación y la competencia técnica del subcontratista en la presentación de su oferta.

68. A mi juicio, esta práctica, si bien la admite la entidad adjudicadora, infringe la

obligación de transparencia y el principio de igualdad de trato de los licitadores. Al actuar de este modo, la entidad adjudicadora sustrae la oferta de FES, tal como queda modificada, de un examen serio y transparente de las diferentes candidaturas, lo cual puede deparar a la empresa una ventaja injustificada para obtener el contrato.

69. En primer lugar, no cabe descartar que la Stadt Frankfurt am Main hubiera preferido una oferta diferente de la inicialmente presentada por FES si ésta no hubiera invocado, en relación con la subcontratación de las prestaciones de publicidad, las múltiples cualidades de la demandante, un «socio [...] competente y con experiencia», una «especialista en el sector de la publicidad con experiencia y presencia en todo el mundo», cuyos «productos [son] modernos y estéticos». [32]

70. De la resolución de remisión se desprende claramente que la presentación de la demandante como subcontratista permitió que FES obtuviera el contrato de concesión de que se trata. En efecto, la elección de FES se realizó teniendo en cuenta sus pretensiones en materia de publicidad, ya que obtuvo, por este criterio de adjudicación, 27,3 puntos, mientras que su principal competidora, la cual interviene como coadyuvante en el presente asunto, obtuvo 20,1 puntos. Por lo que se refiere a los demás criterios, la Stadt Frankfurt am Main concedió a la parte coadyuvante los mismos o más puntos. Así pues, de la documentación que obra en nuestro poder se deduce que la presencia de la demandante en la oferta global de FES fue determinante en la adjudicación de la concesión.

71. En segundo lugar, el comportamiento de FES, la cual, tras obtener el contrato de concesión, continuó las negociaciones relativas a la subcontratación de las prestaciones de publicidad y de suministro de los módulos de aseos [33] para, en última instancia, dejar fuera a la demandante sin ningún motivo legítimo, [34] hace que su oferta inicial, tal como fue aceptada por la Stadt Frankfurt am Main, se revele como una oferta de fachada cuyo entramado global no perseguía otro fin que el consistente en que los competidores serios quedaran descartados para así obtener la concesión, pero con el propósito, que se manifestó inmediatamente, de ejecutarla en condiciones económicas y técnicas diferentes de las expuestas en la oferta y que fueron las únicas que quedaron sometidas a la competencia.

72. Por consiguiente, a la vista del conjunto de estos elementos, tal como han sido

32 — Resolución de remisión, pp. 5 y 6.

33 — Aunque el contrato de concesión fue celebrado con la Stadt Frankfurt am Main el 20 y el 22 de julio de 2004, FES invitó a la demandante y a la parte coadyuvante a que presentaran ofertas para las prestaciones de publicidad y para el suministro de módulos de aseos el 5 de enero y el 28 de julio de 2005, respectivamente. En esta fase la demandante fue descartada como subcontratista.

34 — En este caso, no aprecio en los autos ningún elemento que permita suponer que FES podía alegar un motivo legítimo para no recurrir a los servicios del subcontratista que incluyó en la presentación de su oferta. Como ha señalado el órgano jurisdiccional remitente, esta sustitución es incomprensible en la medida en que la demandante ofreció a FES una remuneración anual muy superior a la ofrecida por la parte coadyuvante.

presentados en la resolución de remisión, considero que esta sustitución de subcontratista, producida incluso antes de la ejecución de las primeras prestaciones y sin alegar la menor dificultad de índole técnica o financiera, debía necesariamente haber estado precedida de un nuevo procedimiento de licitación. Por lo tanto, al autorizar esta sustitución de subcontratista sin ajustarse a las exigencias de publicidad y de convocatoria de licitación establecidas por el Derecho comunitario, la Stadt Frankfurt am Main ha incumplido, a mi juicio, la obligación de transparencia.

73. En efecto, aun cuando las concesiones exijan un menor gasto de fondos públicos que otros contratos públicos, no cabe negar por ello que el procedimiento de adjudicación de una concesión de servicios debe garantizar tanto a las colectividades públicas como a los usuarios la mejor calidad de servicio sobre la base de una valoración seria y transparente de las diferentes candidaturas que respete el principio de igualdad de trato de los licitadores.

74. En el caso de que, a la luz del conjunto de los elementos que obran en autos, el órgano jurisdiccional remitente confirme este análisis de los hechos, considero que dicho órgano jurisdiccional debería extraer todas las consecuencias que hayan de derivarse de tal incumplimiento.

75. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda al órgano jurisdiccional remitente que, en el supuesto de que, en un procedimiento de adjudicación de una concesión de servicios, la identidad del subcontratista sea un elemento esencial en el que la entidad adjudicadora se haya basado para adjudicar la concesión, la obligación de transparencia exige a los Estados miembros que organicen un nuevo procedimiento de licitación en caso de que el concesionario desee sustituir al subcontratista antes incluso de la ejecución de las primeras prestaciones y sin que se hayan alegado razones legítimas. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente apreciar si el nombre, la reputación y la competencia técnica del subcontratista que FES incluyó en la presentación de su oferta han constituido un elemento esencial en el que la Stadt Frankfurt am Main se ha basado para adjudicar la concesión a esta empresa.

2. Sobre el alcance *ratione personae* de la obligación de transparencia

76. Mediante su quinta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si una empresa como FES, habida cuenta de sus características expuestas en la resolución de remisión, debe ser considerada una «entidad adjudicadora» en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50 o como una «empresa pública» en el sentido del artículo 2 de la Directiva 80/723 sujeta, como tal, a la obligación de transparencia en la adjudicación de una concesión de servicios.

77. El órgano jurisdiccional remitente se refiere a las Directivas mencionadas ya que, en lo tocante a las concesiones de servicios, ninguna norma de Derecho derivado ha definido con precisión las entidades sobre las que recae la obligación de transparencia.

78. Considero que la ausencia de esta normativa no representa un elemento decisivo, ya que los principios que, en relación con esta cuestión, se han definido en relación con los contratos públicos pueden, a mi juicio, aplicarse analógicamente a las concesiones de servicios.

79. En efecto, considero importante partir de una definición uniforme del concepto de entidad adjudicadora, en la medida en que se supone que este concepto debe abarcar al conjunto de personas públicas capaces de confiar, con independencia del tipo de contrato que se celebre, la prestación de actividades económicas a un tercero, tanto en el ámbito de los contratos públicos como en el de las concesiones de servicios públicos. A este respecto conviene recordar que el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 se determina no en atención a la naturaleza de la operación de que se trate, sino al carácter de la persona que la propone, ya que todos los contratos que celebre una entidad adjudicadora deben adjudicarse de conformidad con los principios establecidos en dicha Directiva.

80. Por el contrario, la referencia al concepto de «empresa pública» empleado en el artículo 2 de la Directiva 80/723, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, me parece mucho menos pertinente. A la luz de los elementos que más adelante expondré al analizar el concepto de organismo de Derecho público, el órgano jurisdiccional nacional podrá, no obstante, apreciar, si lo considera necesario, si una empresa como FES puede calificarse como «empresa pública». [35]

a) Sobre el concepto de «organismo de Derecho público» en el sentido de la Directiva 92/50

81. Antes de recordar los diferentes requisitos establecidos en la Directiva 92/50 para que un ente reciba la calificación de «entidad adjudicadora», interesa señalar, con carácter preliminar, que FES es una empresa de capital mixto creada en el marco de una colaboración pública-privada. [36] La Stadt Frankfurt am Main es titular del 51 % del capital social de esta empresa.

35 — Los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Directiva 80/723 para que un ente sea calificado como «empresa pública» coinciden con los establecidos en el artículo 1 de la Directiva 92/50 para que un ente reciba la calificación de «entidad adjudicadora».

36 — Véase, a este respecto, el sitio de internet de la empresa: www.fes-frankfurt.de/profil (apartados «profil» y «chronik»).

82. En consecuencia, el presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar si una entidad de estas características puede ser un «organismo de Derecho público» en el sentido de la Directiva 92/50 y estar sujeto, como tal, al cumplimiento de los principios fundamentales del Tratado.

83. Antes de iniciar este análisis, es necesario precisar el alcance del concepto de colaboración pública-privada.

84. Esta colaboración es un mecanismo mediante el cual se integra un capital público, normalmente mayoritario, y un capital privado minoritario en una estructura jurídica sujeta, en principio, a las normas comunes del Derecho mercantil. Los socios públicos y privados constituyen, de este modo, una entidad de capital mixto que puede revestir la forma de una sociedad de economía mixta capaz de ejecutar contratos públicos o asumir, en el marco de una concesión, un servicio público local. Tal como señaló la Comisión en una comunicación reciente, [37] la característica de esta cooperación, en general a largo plazo, es la función asignada al socio privado, que participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación), soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuye con frecuencia a la financiación del proyecto. [38]

85. No es menos cierto que dicha entidad de capital mixto no constituye, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una estructura de gestión «interna» de un servicio de la colectividad pública. De este modo, cuando adjudica un contrato público o una concesión a una entidad de este tipo, la entidad adjudicadora debe atenerse a todas las normas aplicables a la contratación pública y a las concesiones, ya estén establecidas en el Tratado o en el Derecho derivado. [39]

86. Conviene analizar en este momento las diferentes condiciones establecidas en el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50 para que una entidad sea calificada como «organismo de Derecho público».

87. Con arreglo al artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50, un organismo de Derecho público es un organismo que ha de estar dotado de personalidad jurídica, haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general y que no tenga carácter industrial o mercantil, y cuya actividad o financiación, o cuyos órganos de dirección se encuentren bajo la estrecha

37 — Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), de 5 de febrero de 2008 [C(2007) 6661].

38 — Página 2.

39 — A partir de su sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1), relativa a la adjudicación de un contrato público de servicios a una sociedad de economía mixta, el Tribunal de Justicia ha considerado que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora en cuestión excluye que esa entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (apartado 49). Véase, igualmente, la sentencia ANAV, antes citada, apartados 30 a 32 y jurisprudencia citada.

dependencia del Estado, un ente territorial u otro organismo de Derecho público.

88. Tal como el Tribunal de Justicia ha sostenido reiteradamente, estas tres condiciones son acumulativas, de forma que, cuando no concurra cualquiera de ellas, un organismo no podrá ser calificado como «organismo de Derecho público» y, por lo tanto, como «entidad adjudicadora» en el sentido de la Directiva 92/50. [40]

89. Además, habida cuenta del objetivo de las directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, el Tribunal de Justicia considera que el concepto de organismo de Derecho público debe recibir una interpretación funcional. [41]

b) Sobre el análisis de los elementos definitorios de un organismo de Derecho público

90. En el caso de autos, no se cuestiona la personalidad jurídica de FES. Las dudas se plantean respecto de las otras dos exigencias establecidas en la Directiva 92/50.

40 — Véase la sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Rec. p. I-4779), apartado 48 y jurisprudencia citada.

41 — Sentencia de 10 de abril de 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Rec. p. I-2339), apartado 37 y jurisprudencia citada.

i) Sobre la capacitación de FES para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

91. No resulta controvertido, en primer lugar, que FES fue constituida efectivamente para satisfacer específicamente necesidades de interés general [42] ya que tiene encomendada, desde su origen, la gestión y la eliminación de residuos y la limpieza urbana en el término de la Stadt Frankfurt am Main. [43] No cabe duda de que estas actividades son de interés general. Tal como ya afirmó el Tribunal de Justicia en la sentencia BFI Holding, [44] estas necesidades forman parte de aquellas que no pueden ser completamente satisfechas por empresas privadas en la medida en que se consideran necesarias por razones de salud pública y protección de medio ambiente, motivo por el cual el Estado puede decidir conservar una influencia determinante respecto de las mismas. [45]

92. Debemos ahora pasar a analizar si tales necesidades de interés general tienen o no

42 — Según reiterada jurisprudencia, debe tratarse de necesidades que, por razones de interés general, el Estado o un ente territorial deciden satisfacer por sí mismos o respecto de las cuales quieren conservar una influencia determinante (sentencia Ing. Aigner, antes citada, apartado 40 y jurisprudencia citada). El Tribunal de Justicia ha así reconocido que encajaba en tal supuesto la fabricación de impresos oficiales como pasaportes, permisos de conducir o documentos de identidad (sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73), el cuidado de los bosques nacionales (sentencia de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda, C-353/96, Rec. p. I-8565), la gestión de una universidad (sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035) o incluso la gestión de una red pública de telecomunicaciones (sentencia Telaustria y Telefonadress, antes citada).

43 — En la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros (C-470/99, Rec. p. I-11617), el Tribunal de Justicia reconoció que el organismo no debía necesariamente tener encomendada esta misión desde el principio.

44 — Sentencia de 10 de noviembre de 1998 (C-360/96, Rec. p. I-6821).

45 — Apartados 51 a 53.

carácter industrial o mercantil. Esta cuestión es, a diferencia de la anterior, más delicada.

93. Existe una abundante jurisprudencia acerca de cómo debe apreciarse la naturaleza de estas necesidades. [46] Según el Tribunal de Justicia, es necesario tener en cuenta la totalidad de los elementos jurídicos y fácticos que pueden revelarse pertinentes, como las circunstancias que pudieron haber rodeado la creación del organismo de que se trate, o las condiciones en las que ejerce su actividad. A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que es preciso comprobar si ese organismo ejerce sus actividades en condiciones normales de mercado. [47] Para ello, el Tribunal de Justicia examina la situación de la competencia en el mercado de los productos y servicios para los cuales dicho organismo fue creado. Si bien la existencia de competencia puede constituir un indicio de que una necesidad de interés general reviste carácter industrial o mercantil, este indicio no es suficiente. [48] Es necesario analizar también si el organismo tiene ánimo de lucro, si asume las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, y si obtiene financiación pública para el ejercicio de la actividad de que se trate. [49]

46 — Me refiero, en particular, a las sentencias de 10 de mayo de 2001, Agorà y Excelsior (C-223/99 y C-260/99, Rec. p. I-3605); de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931); de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros (C-18/01, Rec. p. I-5321), y a las sentencias, antes citadas, BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, e Ing. Aigner.

47 — Sentencia Ing. Aigner, antes citada, apartado 41 y jurisprudencia citada.

48 — En la sentencia Adolf Truley, antes citada, el Tribunal de Justicia estimó que la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil (apartado 61).

49 — Sentencia Korhonen y otros, antes citada, apartados 55 a 59.

94. Los elementos que obran en autos no son suficientes para poder apreciar con precisión el conjunto de estas circunstancias. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, el cual es el único que tiene un conocimiento profundo de tales elementos, examinar estas circunstancias. No obstante, indicaré algunos elementos útiles.

95. En lo que se refiere a las circunstancias que rodearon la creación de este organismo, considero importante tener en cuenta las particularidades del mercado de la recogida y el tratamiento de residuos; actividades, entre otras, que motivaron la creación de FES.

96. El mercado de la recogida y el tratamiento de residuos ha experimentado un crecimiento considerable, en particular como consecuencia del endurecimiento del marco normativo en materia de gestión y aprovechamiento de los residuos y de prevención de perjuicios para el medio ambiente. Este endurecimiento ha tenido como consecuencia directa el aumento de los costes de la recogida y el tratamiento de los residuos, haciendo, al mismo tiempo, que esta actividad sea más compleja y técnica. Ante estos imperativos, una amplia mayoría de entes locales ha optado por delegar esta actividad en empresas especializadas que han podido aprovecharse plenamente del desarrollo de este mercado.

97. Estas circunstancias me llevan a creer que, por lo tanto, la creación de dicha entidad no responde a la voluntad de obtener beneficios. Si bien es cierto que dicha actividad genera, en realidad, importantes beneficios, no es menos cierto que la obtención de estos beneficios no constituía, en cualquier caso, el objetivo principal de la creación de FES. Estas circunstancias son predicables, *a fortiori,* de las actividades de limpieza urbana, las cuales, a diferencia de las actividades de recogida y tratamiento de residuos, permiten un menor aprovechamiento.

98. Por lo que se refiere a las condiciones en las que FES ejerce su actividad y, en particular, al estado de la competencia en los sectores de recogida y tratamiento de residuos y de limpieza urbana, el órgano jurisdiccional remitente debería analizar si FES actúa en un mercado competitivo en el que operan auténticos competidores o si, por el contrario, se encuentra en una posición de cuasi-monopolio de hecho derivada, por ejemplo, de su condición de «operador tradicional» [50] o de la existencia de barreras para la entrada en el mercado. La ausencia de competencia real no es una condición indispensable para calificar a FES como organismo de Derecho público, si bien podría constituir un indicio que apoyara la tesis de que FES participa en la satisfacción de una necesidad de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil.

99. Además, el hecho de que FES realice, además de su misión de interés general, otras actividades lucrativas carece de relevancia para la resolución del litigio principal. En efecto, según el Tribunal de Justicia, la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa que, respecto de la actividad del organismo de que se trate, se atribuya a la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Si la empresa sigue encargándose de estas necesidades, el Tribunal de Justicia ha considerado carente de relevancia el hecho de que la empresa realice otras actividades lucrativas, sea cual sea el peso de estas actividades en el volumen de negocios total de la empresa. [51]

100. Por otra parte, si bien FES presenta, desde un punto de vista jurídico, pocas diferencias con una sociedad anónima en manos de operadores privados en la medida en que asume los riesgos económicos asociados a su actividad y puede, igualmente, ser declarada en concurso de acreedores, de la resolución de remisión se desprende que la Stadt Frankfurt am Main no permitiría que se produjera tal situación. Debo señalar, además, que este ente percibe de sus administrados una tasa municipal destinada a financiar los pagos que se abonan a FES por la eliminación de los residuos y la limpieza de la vía pública.

50 — Debo precisar que, según el sitio de Internet de FES, los orígenes de esta empresa se encuentran en la Oficina Municipal de Gestión de Residuos y de Limpieza Urbana.

51 — Sentencias, antes citadas, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, apartados 25, 26 y 31; BFI Holding, apartados 55 y 56, e Ing. Aigner, apartado 47 y jurisprudencia citada.

101. Así pues, teniendo en cuenta estos elementos me inclino por considerar que FES fue creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil.

102. No obstante, para definir la naturaleza exacta de las necesidades asumidas por este empresa, incumbe al órgano jurisdiccional remitente, el cual es el único que dispone de los elementos pertinentes, pronunciarse sobre las condiciones en las que FES ejerce su actividad y, en particular, sobre el estado de la competencia en los sectores que fueron tenidos en cuenta para la creación de esta empresa.

ii) Sobre el requisito relativo a la estrecha dependencia del organismo con respecto al Estado, de un ente territorial o de otros organismos de Derecho público

103. Procede recordar que, con arreglo al artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva 92/50, este requisito contempla los tres criterios alternativos siguientes:

— bien su actividad está mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público,

— bien su gestión está sujeta a la supervisión de éstos,

— bien tiene un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad son designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

104. Consta que la Stadt Frankfurt am Main es titular del 51 % del capital de FES; esto es, la mayoría de éste. Si bien de esta participación puede, efectivamente, presumirse una influencia dominante del ente público sobre la empresa, no resulta patente que esta influencia se proyecte sobre el funcionamiento y la gestión de ésta.

105. Analizaré, en primer lugar, las normas de gestión de esta empresa, en la medida en que Stadt Frankfurt am Main ostenta un derecho de veto en la junta general; el cual, según la forma en que se ejerza, puede otorgar al ente un control de hecho de la gestión de la empresa.

— Sobre el criterio relativo al control de la gestión del organismo en cuestión

106. Según reiterada jurisprudencia, este criterio se refiere al supuesto en el que un organismo se encuentra en una situación de dependencia con respecto a los poderes públicos equivalente a la que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos. Esta dependencia debe permitir a los poderes públicos influir en las decisiones de dicho organismo en materia de contratos públicos [52] o, por analogía, en materia de concesiones.

107. La sentencia Adolf Truley, antes citada, expone supuestos en los que el Tribunal de Justicia ha estimado que se cumple este criterio. En dicho asunto, la oficina de control del ente público estaba habilitada para revisar no sólo el balance anual del correspondiente organismo, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad. Esta oficina estaba, igualmente, facultada para visitar los locales e instalaciones de ese organismo y podía informar de los resultados de tales controles a los órganos competentes, a los accionistas de la sociedad y al ente público. Según el Tribunal de Justicia, tales prerrogativas permitían, por ende, un control activo del ente público sobre la gestión de dicho organismo.

108. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta la totalidad de los elementos jurídicos y fácticos que podrían permitir a la Stadt Frankfurt am Main ejercer una influencia determinante en la actividad de FES. En este caso, considero que dicho órgano jurisdiccional debería interesarse por la forma cómo el referido ente público ejerce en la junta general de la empresa aludida el derecho de veto que su participación mayoritaria lleva aparejado. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente debe analizar la importancia de este derecho tomando en consideración las resoluciones a las que éste puede aplicarse y examinando las posibles condiciones que limitan su ejercicio.

109. En efecto, si bien el ente público no puede imponer acuerdos, [53] no es menos cierto que puede ejercer un control exclusivo de FES si se encuentra en condiciones de oponerse a las decisiones estratégicas de la empresa relativas a su política comercial, al nombramiento de los administradores, al presupuesto o al plan de empresa. Si el órgano jurisdiccional remitente demuestra que la Stadt Frankfurt am Main puede, ejerciendo su derecho de veto, oponerse a acuerdos esenciales para la estrategia comercial de FES y crear una situación de bloqueo del proceso de toma de decisiones de esta empresa, la Stadt Frankfurt am Main tiene entonces una influencia determinante sobre la gestión de FES y, por consiguiente, un control de hecho.

52 — Véase la sentencia Adolf Truley, antes citada, apartado 69 y jurisprudencia citada.

53 — Cabe precisar que la junta general de FES únicamente adopta acuerdos por mayoría de tres cuartos. Si la Stadt Frankfurt am Main tiene el 51 % del capital de esta empresa, esta participación no es, pues, suficiente para que pueda adoptar por sí sola acuerdos en dicha junta.

110. En estas circunstancias, para precisar la medida exacta en la que la gestión de FES está controlada por la Stadt Frankfurt am Main, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la colectividad pública puede ejercer una influencia determinante sobre la gestión de la empresa a través del derecho de veto que tiene reconocido por ser el accionista mayoritario.

111. En caso de que el órgano jurisdiccional remitente estime que este derecho de veto no permite a la Stadt Frankfurt am Main controlar la gestión de la referida empresa, deberá analizar los otros dos criterios.

— Sobre el criterio relativo a la financiación procedente mayoritariamente del ente territorial

112. El Tribunal de Justicia precisó el alcance de este requisito en la sentencia University of Cambridge, antes citada. Según dicho Tribunal, únicamente cabrá calificar de «financiación pública» aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica. Por el contrario, no encajan en esta categoría las cantidades abonadas por una entidad adjudicadora como contrapartida de prestaciones contractuales. [54]

113. El Tribunal de Justicia indicó, igualmente, que debía interpretarse que el término «mayoritariamente» significaba «más de la mitad», y que la determinación de este porcentaje de financiación pública debía tener en cuenta todos los ingresos que el organismo en cuestión obtenga, incluidos los procedentes de una actividad mercantil, calculados sobre una base anual.

114. En el asunto que nos ocupa, de la resolución de remisión se desprende que más de la mitad del volumen de negocios anual de FES procede de contratos sinalagmáticos celebrados con la Stadt Frankfurt am Main para la recogida y tratamiento de residuos y para la limpieza urbana. Así pues, las cantidades que abona este ente público son la contrapartida de las prestaciones contractuales realizadas por FES y está fuera de duda que dicho ente tiene un interés económico en la ejecución de éstas. Si bien una relación contractual de este tipo puede efectivamente tener como consecuencia una dependencia de FES con respecto al ente público, la naturaleza de esa dependencia, según el Tribunal de Justicia, es

54 — Apartados 21 y 24. En dicho asunto, la financiación pública consistía en becas para estudiantes y en subvenciones concedidas para fomentar la labor investigadora de la universidad, y no en sumas abonadas por el Estado como contrapartida de la prestación de servicios por parte de la universidad.

distinta de la que resulta de una mera medida de apoyo y debe equipararse a la que existe en las relaciones comerciales normales. [55]

115. Teniendo en cuenta estas circunstancias, considero que las cantidades abonadas por la Stadt Frankfurt am Main a FES no constituyen una financiación pública en el sentido de la jurisprudencia citada.

— Sobre el criterio relativo a la composición del órgano de administración, de dirección o de control

116. La resolución de remisión no precisa ni la composición ni el modo de designación de los miembros del consejo de administración y de los miembros de la dirección de FES. El órgano jurisdiccional remitente indica solamente que la Stadt Frankfurt am Main nombra a una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia y al presidente del mismo, cuyo voto tiene carácter dirimente en caso de empate. [56] Así pues, esta circunstancia no basta para que pueda cumplirse el referido criterio.

117. Atendidos todos estos elementos, considero que una entidad de capital mixto como FES, creada en el marco de una colaboración con la Stadt Frankfurt am Main, constituye un «organismo de Derecho público» en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50, en caso de que se demuestre, por una parte, que esta entidad satisface necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, y, por otra parte, que su gestión y su dirección se encuentran bajo la estrecha dependencia del ente público.

118. Dicha entidad satisface necesidades de interés general en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva 92/50, en caso de que se encargue de la recogida y el tratamiento de los residuos

55 — Sentencia University of Cambridge, antes citada, apartado 25.

56 — Este consejo, como su nombre indica, tiene encomendado el control y la vigilancia de la gestión de la sociedad. Muy frecuentemente, el consejo de vigilancia puede ejercer un control tanto de oportunidad como de legalidad realizando, en particular, las comprobaciones que estime oportunas o presentando a la junta general observaciones sobre las cuentas anuales de la sociedad. Puede, igualmente, ostentar facultades específicas que le permitan, por ejemplo, nombrar a miembros del órgano de dirección o a su presidente, o autorizar la cesión de participaciones. El presidente del consejo de vigilancia asume normalmente dos tipos de funciones relacionadas, generalmente, con la convocatoria del consejo y la supervisión de los debates. El papel y las funciones del consejo de vigilancia están especificados por la ley y regulados en los estatutos de la sociedad, los cuales no están a nuestra disposición (véase Cozian, M., Viandier, A., y Deboissy, F.: *Droit des sociétés,* 17ª ed. Litec, París, 2004, pp. 286 y 287).

y de la limpieza urbana en el territorio de la colectividad pública. Para apreciar si estas necesidades tienen o no carácter industrial o mercantil, el órgano jurisdiccional nacional deberá valorar las condiciones en las que FES ejerce su actividad y, en particular, el estado de la competencia en esos sectores.

119. Una entidad de este tipo se encuentra bajo la estrecha dependencia del ente público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva 92/50, en caso de que su gestión y sus órganos de dirección, de administración o de vigilancia estén controlados por ese ente. Para identificar la medida exacta en la que la gestión de FES está controlada por la Stadt Frankfurt am Main, el órgano jurisdiccional nacional competente deberá valorar si el ente público puede, mediante el derecho de veto del que dispone en la junta general o mediante la composición de dichos órganos de la empresa, ejercer un control activo de la gestión de la referida entidad e influir, del mismo modo, en sus decisiones en materia de adjudicación de concesiones de servicios.

C. *Sobre las facultades del juez nacional para dictar órdenes conminatorias en caso de incumplimiento de la obligación de transparencia*

120. Mediante sus cuestiones primera y cuarta, el Landgericht Frankfurt am Main plantea al Tribunal de Justicia un interrogante sobre la forma en cómo puede ejercerse el control jurisdiccional de las decisiones adoptadas en el marco de las concesiones de servicios. En particular, el órgano jurisdiccional nacional remitente pide que se dilucide si, en circunstancias como las que concurren en el litigio principal, el Derecho comunitario exige a los Estados miembros que reconozcan, a favor de sus órganos jurisdiccionales nacionales, la facultad de dictar órdenes conminatorias con respecto a las partes que hayan celebrado un contrato de concesión incumpliendo la obligación de transparencia.

121. En el presente asunto, la demandante no impugna la decisión por la que la Stadt Frankfurt am Main adjudicó a FES la concesión de servicios. Por el contrario, sí impugna la resolución por la que, con arreglo al artículo 30, IV, del contrato de concesión, la Administración autorizó la sustitución de subcontratista durante la ejecución de este contrato. Según la demandante, al actuar de este modo, la Stadt Frankfurt am Main incumplió la obligación de transparencia introduciendo una modificación sustancial en dicho contrato sin satisfacer las exigencias de publicidad y de convocatoria de licitación del Derecho comunitario.

122. Así pues, el presente litigio no se refiere a la formación del contrato de concesión sino a su ejecución. Mediante su demanda, la demandante solicita al juez nacional que evite un nuevo incumplimiento de la obligación de transparencia, requiriendo a la Administración para que no autorice la sustitución de

subcontratista respecto del suministro y de la limpieza de los aseos públicos que habrán de instalarse en las estaciones de Kornmarkt, Galluswarte y Rödelheim. Igualmente, solicita que se requiera a FES para que no celebre un nuevo contrato de subcontratación referido a las prestaciones antes mencionadas. A fin de regularizar las condiciones de ejecución de la concesión de servicios la demandante solicita igualmente al juez nacional que requiera a la administración y, en su caso, a FES para que resuelvan los contratos celebrados incumpliendo la obligación de transparencia.

123. Para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, es necesario recordar los términos en los que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a garantizar la protección de los derechos que el ordenamiento comunitario confiere a los justiciables.

1. Observaciones preliminares

124. En su estado actual de desarrollo, el Derecho comunitario no regula la forma en que los Estados miembros deben garantizar la ejecución de las resoluciones judiciales y sancionar los incumplimientos de la obligación de transparencia cometidos en el marco de la ejecución de una concesión de servicios. Para apreciar la medida en que los Estados miembros están obligados a reconocer la facultad de dictar órdenes conminatorias a sus jueces nacionales, es necesario remitirse a los principios rectores del ordenamiento jurídico comunitario, y en particular a los principios de primacía del Derecho comunitario y de autonomía procesal de los Estados miembros.

125. Según el principio de primacía del Derecho comunitario, los Estados miembros deben sancionar de manera efectiva los incumplimientos de la obligación de transparencia cometidos en un procedimiento de adjudicación de una concesión de servicios.

126. En efecto, debo recordar que la obligación de transparencia constituye una expresión concreta y específica de un principio general del Derecho que los Estados miembros deben observar cuando actúen dentro del ámbito del Derecho comunitario. Tal obligación crea, a favor de los justiciables, derechos que deben poder ser objeto de una tutela judicial efectiva por parte del juez nacional. Por lo tanto, éste debe estar en condiciones de garantizar la ejecución plena de su resolución judicial y debe poder adoptar sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias para garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario.

127. Este será mi punto de partida.

128. Por el contrario, ante la inexistencia de normas comunitarias, considero que es conforme con el principio de autonomía procesal de los Estados miembros el hecho de que se les permita establecer las facultades que debe ostentar el juez nacional para garantizar la ejecución de sus resoluciones judiciales y sancionar los incumplimientos de la obligación de transparencia en la adjudicación de un contrato de concesión. Considero que tal remisión a las normas procesales nacionales de los Estados miembros —normas que, por supuesto, deberían respetar los principios de equivalencia y efectividad— es más coherente con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, respetuosa con la autonomía procesal de los Estados miembros.

129. Según esta jurisprudencia, ante la inexistencia de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, debiéndose entender que esta regulación no puede ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). [57]

57 — Sentencia de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, Rec. p. I-2483), apartados 44 y 46 a 48 y jurisprudencia citada.

130. Procede responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente teniendo en cuenta estas consideraciones.

2. Apreciación

131. Mediante sus cuestiones primera, segunda y cuarta el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente al Tribunal de Justicia que dilucide si la obligación de transparencia debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados en reconocer, a favor del juez nacional, la facultad de dictar órdenes conminatorias con respecto a las partes de un litigio, con el fin de garantizar el cumplimiento de dicha obligación. El órgano judicial remitente plantea asimismo un interrogante al Tribunal de Justicia sobre si el juez nacional está obligado a requerir a las partes para que resuelvan el contrato celebrado con infracción de tal obligación. [58]

58 — Los términos en que se encuentra redactada esta cuarta cuestión prejudicial no me permiten saber si el contrato al que se refiere el juez remitente es el contrato de concesión de servicios celebrado entre la Stadt Frankfurt am Main y FES o el subcontrato celebrado posteriormente entre el concesionario y FES. En efecto, de la resolución de remisión se desprende que la demandante no se opone a la decisión por la cual la Stadt Frankfurt am Main adjudicó la concesión de serviciós a FES. Por lo tanto, no pide la resolución del contrato de concesión celebrado con esta última empresa. En cambio, la demandante se opone a la decisión por la cual, sobre la base del artículo 30, IV del contrato de concesión, la Stadt Frankfurt am Main autorizó el cambio de subcontratista. Mediante su acción ante el juez nacional, la demandante pretende, en síntesis, que se prive de eficacia al subcontrato celebrado entre FES y DSM. En cuanto al órgano jurisdiccional remitente, sostiene en su resolución que la la Stadt Frankfurt am Main estaba obligada a resolver el contrato de concesión de servicios cuya modificación aprobó. Ante la duda, considero que esta cuestión se refiere a los dos supuestos.

132. La facultad de dictar órdenes conminatorias supone la posibilidad, reconocida al juez, de requerir a una parte para que proceda a hacer o no hacer el acto que el propio juez determina, en su caso, so pena de una multa conminatoria. Así, el juez que conoce de un litigio puede ordenar a un particular o a la Administración que adopte alguna medida en un sentido determinado cuando la sentencia implique necesariamente que una de las partes del litigio debe adoptar tal medida. Dicha facultad constituye un instrumento útil para la ejecución de las resoluciones judiciales y para hacer frente a las dificultades y a la negativa a la ejecución de la cosa juzgada.

133. En el momento actual, el principio según el cual el juez nacional puede dictar órdenes conminatorias no es objeto de ninguna normativa comunitaria. Además, tal principio no se aplica de manera uniforme en los Estados miembros, en particular cuando la orden conminatoria se dirige a la Administración.

134. En Alemania, al igual que en el Reino Unido, se da por sentado dicha facultad de dictar órdenes conminatorias del juez con respecto a la Administración. El juez alemán ostenta, con carácter general, la facultad de dictar órdenes conminatorias para la Administración. Del mismo modo, el juez británico puede dictar órdenes conminatorias de hacer o no hacer a todas las administraciones, a excepción del Gobierno y de sus colaboradores inmediatos. La cuestión ha sido más tiempo debatida por el juez administrativo francés debido a una concepción tradicional de la separación de poderes. Actualmente esa concepción es objeto de numerosas excepciones desde que se adoptó la Ley de o de febrero de 1995. [59]

135. Como he señalado, en el estado actual del Derecho comunitario los Estados miembros deben determinar la necesidad y, en su caso, las condiciones en las que debe reconocerse la facultad de dictar órdenes conminatorias en el marco de su ordenamiento jurídico interno y con arreglo a los principios de efectividad y de equivalencia. Por esta razón, los Estados miembros deben basarse en los principios que subyacen a su sistema judicial nacional. Deben examinar en qué medida dicha facultad se inserta en el conjunto de cauces jurídicos existentes y deben tener en cuenta las facultades ya conferidas al juez nacional. En relación con tal apreciación, los Estados miembros deben preocuparse por garantizar la total ejecución de las resoluciones judiciales que se han dictado en cuanto a la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho comunitario. Al perseguir este objetivo, los Estados miembros deben aspirar a garantizar la plena efectividad del Derecho comunitario y la protección de los derechos que el mismo confiere a los justiciables.

59 — Ley nº 95-125 relativa a la ordenación de la jurisdicción ordinaria y de los procedimientos civil, penal y administrativo (JORF de 9 de febrero de 1995). Véanse los artículos L-911-1 a L-911-3 del code de justice administrative.

136. A este respecto, es posible que ordenar la resolución del contrato, en el supuesto de que no la exija el Derecho comunitario, resulte ser la sanción que mejor puede garantizar la eficacia del Derecho comunitario y la protección de los derechos de los justiciables. Ello puede ser así, en particular, cuando se trata de una infracción especialmente grave de normas de Derecho comunitario, como las que exigen una publicidad adecuada o una convocatoria de licitación previa. A este respecto, puedo inspirarme en lo dispuesto por el legislador comunitario sobre el particular en el artículo 2 quinquies incorporado por la Directiva 2007/66. [60]

137. En su resolución de remisión, el Landgericht Frankfurt am Main sostiene que la Stadt Frankfurt am Main estaba obligada a resolver el contrato de concesión de servicios a cuya modificación había dado su aprobación.

138. En apoyo de su punto de vista, el órgano jurisdiccional remitente alega que los principios establecidos por el legislador comunitario en el artículo 2 de la Directiva 89/665 y confirmados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/Alemania [61] son aplicables por analogía a los procedimientos de adjudicación de las concesiones de servicios.

139. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia, llamado a pronunciarse sobre un recurso con arreglo al artículo 228 CE, condenó a la República Federal de Alemania por no haber resuelto un contrato relativo a la eliminación de los residuos de la ciudad de Brunswick (Alemania), celebrado contraviniendo la Directiva 92/50. La República Federal de Alemania se basó en lo dispuesto en el artículo 2, apartado 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665 para sostener que la reparación que las empresas perjudicadas podían obtener bastaba para sancionar el incumplimiento de la entidad adjudicadora. El Tribunal de Justicia no compartió este punto de vista. A juicio del Tribunal de Justicia, esta disposición regula la relación entre un Estado miembro y sus nacionales, pero no la relación entre un Estado miembro y la Comunidad y, en consecuencia, no le permite eludir su propia responsabilidad en Derecho comunitario. Al mantener los efectos del contrato en cuestión, se mantuvo el incumplimiento de la República Federal de Alemania y existía el riesgo de que la restricción impuesta a la libre prestación de servicios subsistiera mientras durara la ejecución de este contrato. Así pues, según el Tribunal de Justicia, la resolución del

60 — En virtud de esta disposición, puede declararse que un contrato carece de efectos en su totalidad o en parte cuando se haya celebrado sin que previamente se haya publicado un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, o cuando el licitador perjudicado no haya tenido la posibilidad de promover un recurso precontractual o en el caso muy concreto de los contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición a que se refiere la Directiva 2004/18. No obstante, el artículo 2 *sexies,* insertado por la Directiva 2007/66, permite a los Estados miembros prever sanciones alternativas, teniendo en cuenta, en particular, la gravedad de la infracción, el comportamiento de la entidad adjudicadora y, en su caso, el alcance de la anulación de las obligaciones contractuales. Puede tratarse de multas o de una reducción de la duración del contrato.

61 — Sentencia de 18 de julio de 2007, (C-503/04, Rec. p. I-6153), apartados 29 a 36.

contrato se imponía no solo para garantizar la ejecución plena de una sentencia en la que se declaraba un incumplimiento, sino también para garantizar el respeto del Derecho comunitario.

140. A diferencia del órgano jurisdiccional remitente, no considero que los principios establecidos en relación con los litigios relativos a la contratación pública sean mera y simplemente extrapolables a los litigios en materia de concesiones de servicios. Estimo que hay dos razones que lo impiden.

141. En primer lugar, debo recordar que los Estados miembros no han expresado su voluntad de legislar en materia de procedimiento de adjudicación de las concesiones de servicios; hecho que contrasta con las numerosas normas que han sido aprobadas en relación con la celebración de otros contratos públicos. Así pues, no podemos negar relevancia a la inexistencia de normativa comunitaria en la materia y aplicar por analogía las reglas precisas y vinculantes establecidas en la Directiva 89/665.

142. En segundo lugar, considero arriesgado apreciar del mismo modo las consecuencias que deben extraerse de un incumplimiento de la obligación de transparencia según se trate de un contrato público o de una concesión de servicios públicos. En efecto, en el caso de esta última, las sanciones no deben tener únicamente por objeto garantizar el respeto de la legalidad o sancionar un comportamiento incorrecto de la entidad adjudicadora. Estas sanciones persiguen igualmente, y quizá especialmente, garantizar el buen funcionamiento de los servicios públicos y proteger el interés general a cuya satisfacción contribuye el contrato.

143. Por consiguiente, la orden conminatoria, si bien debe, en particular, garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario, tendría que poder ser apreciada puntualmente por el juez comunitario. Debería poder apreciarse el objeto de aquélla teniendo en cuenta todos los aspectos pertinentes de un asunto, tales como el comportamiento de la entidad adjudicadora, la naturaleza de la ilegalidad cometida y todos los intereses que pueden resultar perjudicados, especialmente el interés general.

144. En el presente asunto, el principio según el cual el juez nacional puede dictar una orden conminatoria se da por sentado en Alemania. De la resolución de remisión se deduce que el juez nacional puede ejercer dicha facultad en virtud del artículo 1004, apartado 1, del Bürgerliches Gesetzbuch (código

civil alemán; en lo sucesivo, «BGB»), [62] en dos tipos de situaciones:

— cuando una persona sufre un perjuicio derivado de un ataque a intereses protegidos por la ley, como la vida, la integridad física, la personalidad, la salud, la libertad y la propiedad, o

— cuando una persona sufre un perjuicio derivado de la infracción de una «ley dirigida a proteger a otras personas» en el sentido del artículo 823, apartado 2, del BGB.

145. En el marco del presente litigio, incumbirá al juez remitente comprobar si el Derecho procesal nacional, y concretamente el artículo 823, apartado 2, del BGB, permite al órgano jurisdiccional competente dictar una orden conminatoria dirigida a la Administración, cuando ésta incumpla la obligación de transparencia, y requerirla para resuelva el contrato celebrado con FES y no acepte el cambio de subcontratista. [63]

146. Para ello, deberá, en primer lugar, apreciar si esta obligación constituye una «ley dirigida a proteger a otras personas» en el sentido de dicha disposición. Como ha expuesto el juez remitente en la motivación de su segunda cuestión prejudicial, éste sería el caso si dicha obligación constituyera un principio del Derecho consuetudinario.

147. Debo recordar al órgano jurisdiccional remitente que la obligación de transparencia es una expresión del principio general de igualdad de trato. Este último forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario y se fundamenta directamente en las disposiciones del Tratado. [64] Este principio crea derechos a favor de los particulares y se impone a todas las autoridades de los Estados miembros cuando aplican el Derecho comunitario. Por consiguiente, éstas están obligadas, en lo posible, a aplicar este Derecho de forma coherente con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

62 — Esta disposición es del siguiente tenor literal: «En el supuesto de que "Si el derecho de propiedad es perturbado de cualquier otra forma que no sea la privación o retención de la posesión, el propietario puede exigir al causante el cese de la perturbación. Si es de temer la producción de ulteriores perturbaciones, el propietario puede solicitar la adopción de medidas cautelares." De la resolución de remisión se desprende que esta disposición se aplicó por analogía a otras perturbaciones (en particular, a los atentados contra la vida, la integridad física, la personalidad, la salud y la libertad) y a determinados comportamientos ilegales.»

63 — Véanse, en particular, las sentencias Rodríguez Caballero, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada; de 27 de febrero de 2003, Santex (C-327/00, Rec. p. I-1877), apartados 62 y 63, y de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271), apartado 44.

64 — Véase la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartados 48 y 49.

Así pues, en el marco del presente asunto, el órgano jurisdiccional nacional estará obligado a interpretar en lo posible, las normas nacionales que reconocen al juez la facultad de dictar órdenes ejecutivas de forma que se garantice la plena eficacia del Derecho comunitario y la tutela de los derechos que el Derecho comunitario confiere a la demandante.

148. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente considere que la obligación de transparencia constituye efectivamente una «ley dirigida a proteger a otras personas» en el sentido del artículo 823, apartado 2, del BGB, dicho órgano deberá asegurarse de que las condiciones en las que el juez nacional puede dictar una orden conminatoria en caso de incumplimiento de la obligación de transparencia son equivalentes a las establecidas en relación con un litigio fundado en una infracción del Derecho interno. A este órgano le corresponderá, igualmente, asegurarse de que estas reglas no hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

149. En el presente litigio, el objetivo consiste en garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario, sancionando de forma efectiva los incumplimientos de la obligación de transparencia y evitando un incumplimiento inminente de ésta que se derivaría de una nueva aplicación abusiva de la cláusula de subcontratación que figura en el artículo 30, IV, del contrato de concesión.

150. Teniendo en cuenta este objetivo corresponderá al juez remitente apreciar si procede requerir a la Stadt Frankfurt am Main y, en su caso, a FES para que resuelvan los contratos celebrados con infracción del Derecho comunitario. A este respecto, como se desprende de la resolución de remisión, el Landgericht Frankfurt am Main sostiene que el incumplimiento de la obligación de transparencia puede constituir un motivo grave de resolución del contrato de concesión, en el sentido del artículo 314 del BGB. [65]

151. Habida cuenta asimismo de dicho objetivo le corresponderá apreciar si procede dictar órdenes conminatorias destinadas a la Administración y al FES para que, en circunstancias como las del litigio principal, no cambien de subcontratista en lo tocante al suministro y limpieza de los aseos públicos que deberán instalarse en las estaciones de Kornmarkt, Galluswarte y Rödelheim.

152. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda al órgano jurisdiccional remitente que, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional nacional competente

65 — A tenor de esta norma, «podrá cada una de las partes, por motivos graves, resolver un contrato celebrado por tiempo indeterminado, sin estar obligada a respetar un plazo de preaviso. Existirá motivo grave en el caso de que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos y tras ponderar los intereses de ambas partes, no pueda esperarse razonablemente de la parte que resuelve que mantenga la relación contractual hasta el término convenido o hasta que expire un plazo de preaviso.»

constate un incumplimiento de la obligación de transparencia en un procedimiento de adjudicación de una concesión de servicios, el Derecho comunitario, en su estado actual, no exige a los Estados miembros que reconozcan a favor de este órgano jurisdiccional la facultad de dictar órdenes conminatorias dirigidas a las partes del litigio. El ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados miembros deberá definir, de conformidad con los principios comunitarios de equivalencia y efectividad, las normas procesales que permitan al juez nacional competente garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario y la plena ejecución de la resolución judicial que se haya dictado en relación con la existencia de derechos invocados sobre la base de ese Derecho.

VI. Conclusión

153. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, propongo que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Landgericht Frankfurt am Main de la forma siguiente:

«1) En el supuesto de que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de una concesión de servicios, la identidad del subcontratista sea un elemento esencial en el que la entidad adjudicadora se ha basado para adjudicar la concesión, la obligación de transparencia exige a los Estados miembros que organicen un nuevo procedimiento de licitación para el caso de que el concesionario desee sustituir al subcontratista antes incluso de la ejecución de las primeras prestaciones y sin que se hayan alegado razones legítimas. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente apreciar si el nombre, la reputación y la competencia técnica del subcontratista que la Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH incluyó en la presentación de su oferta consistieron en un elemento esencial en el que se basó la Stadt Frankfurt am Main para adjudicar la concesión a esta empresa.

2) Una entidad de capital mixto como Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, creada en el marco de una colaboración con la Stadt Frankfurt am Main, constituye un "organismo de Derecho público" en el sentido del artículo 1, letra b), 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, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, en caso de que se demuestre, por una parte, que esta entidad satisface necesidades de interés general, que no tienen carácter industrial o mercantil, y, por otra parte, que su gestión y su dirección se encuentran bajo la estrecha dependencia de la colectividad pública.

Dicha entidad satisface necesidades de interés general en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, segundo guión, de la Directiva 92/50, en su versión modificada, cuando se encarga de la recogida y del tratamiento de los residuos y de la limpieza urbana en el territorio del ente público. Para apreciar si estas necesidades carecen de carácter industrial o mercantil, el órgano jurisdiccional nacional competente deberá valorar las condiciones en las que la Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH ejerce su actividad y, en particular, el estado de la competencia en estos sectores.

Una entidad de este tipo se encuentra bajo la estrecha dependencia del ente público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva 92/50, en su versión modificada, en caso de que su gestión y sus órganos de dirección, de administración o de vigilancia estén controlados por ese ente. Para identificar la medida exacta en la que la gestión de la Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH está controlada por la Stadt Frankfurt am Main, el órgano jurisdiccional nacional competente deberá valorar si el ente público puede, mediante el derecho de veto del que dispone en la junta general o mediante la composición de dichos órganos de la empresa, ejercer un control activo de la gestión de esta entidad e influir, del mismo modo, en sus decisiones en materia de adjudicación de concesiones de servicios.

3) En el supuesto de que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de una concesión de servicios, el órgano jurisdiccional nacional competente constate un incumplimiento de la obligación de transparencia, el Derecho comunitario, en su estado actual, no exige a los Estados miembros que reconozcan a favor de este órgano jurisdiccional la facultad de dictar órdenes conminatorias dirigidas a las partes del litigio. El ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados miembros deberá definir, de conformidad con los principios comunitarios de equivalencia y efectividad, las normas procesales que permitan al juez nacional competente garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario y la plena ejecución de la resolución judicial que se dicte en relación con la existencia de derechos invocados sobre la base de ese Derecho.»