CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. CHRISTINE STIX-HACKL presentadas el 12 de enero de 2006 [1]

I. Introducción

1. El presente procedimiento prejudicial versa sobre la cuestión de qué requisitos debe cumplir la adjudicación de un contrato público para ser considerada lo que se denomina adjudicación *cuasi* interna y, de este modo, no quedar comprendida en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro [2] (en lo sucesivo, «Directiva 93/36»). Se trata, pues, de un nuevo procedimiento relativo a la interpretación y aplicación de los criterios desarrollados en la sentencia dictada en el asunto Teckal [3] y precisados con más detalle –cuando menos parcialmente– en la sentencia dictada en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau. [4]

2. Por lo demás, el presente procedimiento se inserta en una serie de procedimientos –en parte ya resueltos– [5] que versan sobre adjudicaciones en el ámbito del suministro de energía o de la eliminación de residuos por municipios italianos.

II. Marco jurídico: Derecho comunitario

3. La *Directiva 93/36* establece en su artículo 1 las disposiciones básicas relativas a su ámbito de aplicación.

4. El artículo 1, párrafo primero, letra a), establece:

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

a) contratos públicos de suministro: los celebrados por escrito a título oneroso

1 — Lengua original: alemán.

2 — DO L 199, p. 1.

3 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121).

4 — Sentencia de 11 de enero de 2005 (C-26/03, Rec. p. I-1).

5 — Véanse, por ejemplo, el auto de 14 de noviembre de 2002, Comune di Udine y AMGA (C-310/01, DO 2003, C 55), y la sentencia de 9 de septiembre de 1999, RI.SAN. (C-108/98, Rec. p. I-5219).

que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos entre un proveedor (persona física o jurídica), por una parte, y uno de los poderes adjudicadores definidos en la letra b), por otra. La entrega de los productos podrá incluir, con carácter accesorio, trabajos de colocación e instalación».

5. En los apartados 49 y 50 de la sentencia dictada en el asunto Teckal, el Tribunal de Justicia estableció los principios para excluir determinadas operaciones de la aplicación de las Directivas:

«49. Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas.

50. A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.»

6. El Tribunal de Justicia ha precisado el primero de los dos requisitos mencionados en sus sentencias dictadas en los asuntos Stadt Halle y RPL Lochau [6] y Parking Brixen. [7]

7. La Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones [8] (en lo sucesivo, «Directiva 93/38»), contiene una disposición relativa a la adjudicación de contratos públicos a empresas que mantienen una determinada relación de proximidad con la entidad adjudicadora. Dicha disposición ha sido modificada actualmente por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. [9]

8. El artículo 13, apartado 1, de la Directiva 93/38 establece:

«1. La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios

a) que una entidad contratante celebre con una empresa asociada;

6 — Sentencia citada en la nota 4.

7 — Sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585).

8 — DO L 199, p. 84.

9 — DO L 134, p. 1.

b) que una empresa conjunta, constituida por varias entidades contratantes con el fin de desarrollar las actividades contempladas en el apartado 2 del artículo 2, celebre con una de dichas entidades contratantes o con una empresa asociada a una de estas entidades contratantes,

siempre que como mínimo el 80 % del promedio del volumen de negocios que tal empresa haya efectuado en la Comunidad en los últimos tres años en materia de servicios provenga de la prestación de estos servicios a las empresas con las que esté asociada.

Cuando más de una empresa afiliada a la entidad contratante preste el mismo servicio o servicios similares, deberá tenerse en cuenta el volumen de negocios total en la Comunidad resultante de la prestación de servicios por dichas empresas.»

III. Hechos y procedimiento principal

9. El 22 de septiembre de 2003, el municipio de Busto Arsizio convocó la licitación relativa al suministro de energía, así como a la gestión, mantenimiento, adecuación y modernización tecnológica de las instalaciones térmicas existentes en los edificios municipales (el importe básico de la licitación, que se elevaba a 8.450.000 euros más IVA, se componía de 5.700.000 euros para el suministro de combustible –4/5 partes de gasóleo y 1/5 de metano–, de 1.000.000 de euros para mantenimiento y de 1.750.000 euros para modernización tecnológica y adaptación normativa).

10. Mediante acuerdo nº 804, de 21 de noviembre de 2003, el municipio de Busto Arsizio (en lo sucesivo, «municipio») decidió suspender el procedimiento de licitación hasta el 10 de diciembre de 2003, a la espera de una eventual decisión de adjudicación directa del contrato. La demandante Carbotermo SpA (en lo sucesivo, «Carbotermo») presentó su propia oferta el 22 de noviembre de 2003. El Consorzio Alisei (en lo sucesivo, «Alisei») preparó la oferta técnica, pero no la presentó dentro del plazo original establecido, que finalizaba el 24 de noviembre de 2003, al haber recibido el 21 de noviembre de 2003 la notificación del municipio mediante la que se le informaba la suspensión del procedimiento de licitación hasta el 10 de diciembre de 2003 y, posteriormente, la notificación de la revocación de la propia licitación.

11. Mediante acuerdo nº 857, de 10 de diciembre de 2003, el municipio revocó la licitación, reservándose la facultad de proceder mediante un acto posterior a la adjudicación directa del contrato a AGESP SpA (en lo sucesivo, «AGESP»).

12. AGESP está controlada al 100 % por AGESP Holding SpA, [10] la cual, por su parte, es una sociedad anónima cuyo capital social es propiedad al 99,98 % del municipio. [11] Las participaciones restantes se hallan en poder de varios municipios colindantes de la misma provincia.

13. El 18 de diciembre de 2003, se produjo la adjudicación directa del contrato controvertido a AGESP.

14. Carbotermo y Alisei interpusieron un recurso contra estas resoluciones ante el Tribunale amministrativo regionale della Lombardia. Este órgano jurisdiccional acumuló los dos procedimientos y, mediante resolución de 27 de mayo de 2004, recibida el 9 de agosto de 2004, planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Resulta compatible con la Directiva 93/36/CEE la adjudicación directa del contrato relativo al suministro de combustible para las instalaciones de calefacción de edificios que son propiedad del municipio o sobre los que éste tiene competencia, así como a la gestión y mantenimiento de las mismas (siendo predominante el valor del suministro), a una sociedad anónima cuyo capital en la actualidad pertenece en su integridad a otra sociedad anónima, de la cual el municipio adjudicador es, a su vez, socio mayoritario (con el 99,98 %), es decir, a una sociedad (AGESP) que no está participada directamente por la entidad pública, sino por otra sociedad (AGESP Holding) cuyo capital posee actualmente la entidad pública en un 99,98 %?

2) ¿Para apreciar si se cumple el requisito de que la empresa a la que se haya adjudicado directamente el contrato de suministro realice lo esencial de su actividad con la entidad pública que la controla, procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE? ¿Puede considerarse cumplido dicho requisito en el supuesto de que la referida empresa obtenga la mayor parte de sus ingresos de la entidad pública que la controla o, alternativamente, en el territorio de dicha entidad?»

10 — Según el artículo 7 de los estatutos de AGESP, «con la excepción de la sociedad controladora AGESP Holding SpA, ningún socio podrá poseer una participación superior a la décima parte del capital total de la sociedad».

11 — En virtud del artículo 6 de los estatutos de AGESP Holding SpA, se reservarán la mayoría de las acciones al municipio. A tenor del artículo 7 de los estatutos de AGESP Holding SpA, «ningún socio privado podrá poseer una participación superior a la décima parte del capital total de la sociedad».

IV. Sobre las cuestiones prejudiciales

15. Ambas cuestiones prejudiciales versan en esencia sobre los dos requisitos acumulativos con arreglo a los cuales determinadas adjudicaciones *cuasi* internas no quedan comprendidas en la Directiva 93/36 (la denominada excepción Teckal o criterios Teckal): control análogo al ejercido sobre los propios servicios y realización de la parte esencial de la actividad con el ente que ejerce el control. De cumplirse tales requisitos, tampoco procedería aplicar las disposiciones de la Directiva, tales como la observancia de determinadas disposiciones procedimentales.

16. Ha de subrayarse, en aras de una mayor claridad, que en el presente procedimiento resulta pertinente la normativa anterior y no, pues, la nueva normativa del denominado paquete legislativo.

V. Observación preliminar

17. El presente procedimiento ha puesto de manifiesto, al igual que los procedimientos anteriores, que los criterios Teckal consisten en una serie de conceptos indeterminados y han suscitado una gran cantidad de cuestiones jurídicas y de dificultades de delimitación. A la luz de estas experiencias, se plantea la cuestión de cuál es el modo en que el Tribunal de Justicia puede establecer cuanto antes claridad jurídica y de este modo, crear seguridad jurídica para los interesados: una posibilidad consistiría en que afinase su jurisprudencia no sólo en el asunto concreto, sino que la precisase con un carácter más general que hasta ahora. Otra solución consistiría en eliminar las incertidumbres creadas con la excepción Teckal mediante una revisión a fondo de la jurisprudencia. En noviembre de 1999, el Tribunal de Justicia, mediante su sentencia dictada en el asunto Teckal, abrió las puertas a las excepciones de la Directiva. Ahora bien, sigue sin estar claro cuán amplia es esta grieta.

18. Justamente el presente procedimiento muestra que esta circunstancia afecta también a los órganos jurisdiccionales nacionales superiores, tales como el Consiglio di Stato italiano. Así, según la resolución de remisión, las directrices formuladas por el Consiglio di Stato en relación con la adjudicación *cuasi* interna se remontan a una decisión del Tribunal de Justicia.[12] En cambio, no es necesario pronunciarse aquí sobre si estas resoluciones judiciales se ajustan a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En cualquier caso, el procedimiento principal muestra, al igual que otros procedimientos en otros Estados miembros, que resulta evidente que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no contiene criterios claros para los sectores económicos y órganos jurisdiccionales interesados de los Estados miembros.

12 — Auto Comune di Udine y AMGA, citado en la nota 5.

19. Al objeto de permitir al Tribunal de Justicia optar entre diversas alternativas, a continuación procederé a precisar con carácter más general la excepción Teckal, a pesar de las objeciones que he formulado. El Tribunal de Justicia tendrá todavía abierta la otra opción.

VI. Primer criterio: control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios

20. El presente procedimiento reviste varias particularidades en virtud de las cuales se diferencia, en su conjunto, de otros procedimientos pendientes o ya resueltos relativos a las denominadas Public-Private-Partnerships (en lo sucesivo, «PPP»).

21. A diferencia de cuanto ocurre en la operación que debía examinarse en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau, falta aquí, como se desprende de los documentos obrantes en autos, una participación de empresas privadas. Por lo demás, en el presente asunto se está en presencia de una construcción jurídico-societaria distinta de la que se da en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau, en particular de una sociedad anónima. A su vez, a diferencia de los asuntos Parking Brixen [13] o Teckal, en el presente procedimiento la adjudicación no recayó en una filial, sino en una «subfilial» del ente territorial.

13 — Sentencia citada en la nota 7.

A. *La apreciación jurídica de las participaciones indirectas*

22. El primer elemento que caracteriza a la operación objeto de examen en el presente procedimiento versa, de forma similar a cuanto ocurre en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau, sobre la circunstancia de que el contrato público no se adjudica directamente a la entidad en que el ente territorial posee una participación directa.

23. En este contexto, se plantea la cuestión de si los criterios Teckal son en principio aplicables a supuestos en los que se da una participación indirecta, es decir, si están excluidas de las Directivas sobre contratos públicos las operaciones en las que el ente público al que se presta el servicio participa en la entidad de que se trate únicamente a través de otra sociedad.

24. La Comisión, al igual que el Gobierno polaco, deduce estrictamente tal interpretación de consideraciones de principio.

25. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no puede inferirse ningún indicio

claro a tal fin. Lo mismo cabe decir tras la sentencia dictada en el asunto Parking Brixen.

26. En favor de la admisibilidad en principio de la aplicación de los criterios Teckal a casos de participaciones indirectas aboga la circunstancia de que el Tribunal de Justicia, en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau, realizó un examen en tal sentido dirigido a saber si se cumplían los requisitos de los dos criterios Teckal. De ello podría derivarse un reconocimiento tácito de principio.

27. En cambio, el tenor de la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau parece apuntar más bien en la otra dirección. La formulación contenida en el apartado 49 tiene el siguiente tenor: «[...] realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o con las autoridades públicas que la controlan». De ello cabría deducir que el intercambio de prestaciones ha de producirse directamente entre la entidad adjudicadora, en su condición de titular de las participaciones, y la entidad en la que aquélla posee las participaciones.

28. Sin embargo, dado que esta expresión se refiere expresamente al segundo criterio, es decir, al carácter esencial de la actividad, cabría deducir fácilmente que la sentencia dictada en el asunto Teckal no contiene una declaración expresa sobre la posibilidad de que las participaciones indirectas puedan cumplir también el primer criterio.

29. Por el contrario, la circunstancia de que el asunto Teckal se basase en un supuesto de carácter mixto-público y que el Tribunal de Justicia reconociera implícitamente tales supuestos mediante la introducción de los denominados criterios Teckal, milita a favor de que en principio puedan quedar también comprendidas las participaciones indirectas. Ahora bien, habrá de observarse el requisito de que se cumpla el criterio de control en todos los niveles de participación.

30. Por lo que respecta a este criterio, el elemento esencial, con arreglo a la sentencia Parking Brixen, estriba en que exista la posibilidad de una «influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes». A tal fin, deberá tenerse en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. [14] Ahora bien, no parece necesario, a la vista de esta sentencia, que tal influencia se ejerza efectivamente.

B. *La apreciación jurídica de las sociedades públicas mixtas*

1. Cuestiones básicas

31. Los hechos del procedimiento principal revisten una ulterior particularidad que los diferencia de los hechos en que se basa el asunto Stadt Halle y RPL Lochau. En efecto, en el presente procedimiento no se está en presencia de una entidad pública mixta, sino

14 — Sentencia Parking Brixen, citada en la nota 7, apartado 65.

de una entidad, más exactamente de una sociedad matriz, en la que no participa ninguna empresa privada. Ciertamente, ello no se desprende de la resolución de remisión, sino de los demás documentos obrantes en autos. Por lo demás, la participación de otros afecta únicamente a un porcentaje del 0,02 %. Dado que el resto de las participaciones se halla en poder de otros municipios, es decir, de entidades públicas, se está en presencia de una sociedad pública mixta o de una denominada «Public-Public-Partnership».

32. Si se subsumen los hechos del presente procedimiento en la práctica jurisprudencial observada hasta ahora por el Tribunal de Justicia, la imagen que se genera es la siguiente: por un lado, se pone de manifiesto una diferencia sustancial respecto al asunto Stadt Halle y RPL Lochau, que trataba sobre una empresa privada mixta, y por otro lado se hace patente el paralelismo con el asunto Teckal, que versaba sobre una entidad pública mixta. En efecto, la entidad que debía ejecutar el contrato de suministros en este último asunto, la AGAC, poseía personalidad jurídica propia, pero tenía su origen en la iniciativa de varios municipios.

33. En favor de la aplicación de la excepción Teckal a entidades mixtas públicas aboga, además de la sentencia dictada en el asunto Teckal, como ya se ha señalado, la circunstancia de que para el Tribunal de Justicia resultó decisivo en la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau [15] el hecho de que las empresas privadas persiguen intereses distintos de los perseguidos por los entes territoriales.

34. Sin embargo, el presente procedimiento versa únicamente sobre la participación de municipios y no sobre intereses de particulares. Dado que los municipios persiguen objetivos de carácter público, podría considerarse pues, al menos a primera vista, que se ha cumplido el criterio de control incluso en una interpretación estricta del mismo. Ello se observará en cualquier caso si se entiende el requisito de la coincidencia de intereses [16] en el sentido de que concurre tal requisito en ausencia de intereses privados. Con todo, no queda excluido, y así viene confirmado por la actuación de los municipios como operadores económicos, que los municipios también puedan defender intereses distintos. En tal caso, ya no existe tal coincidencia de intereses.

35. A tal respecto, por último, no debe soslayarse que el asunto Teckal versaba sobre una denominada «azienda municipalizzata» y no, como en el presente asunto, sobre una sociedad anónima. Más tarde se abordará de nuevo el significado de la construcción societaria.

15 — Sentencia citada en la nota 4, apartado 50.

16 — Véase el planteamiento de la Abogado General Kokott en las conclusiones presentadas el 1 de marzo de 2005 en el asunto Parking Brixen, sentencia citada en la nota 7, puntos 74 y 75.

36. La respuesta a la cuestión de cómo deben ser tratadas las entidades mixtas públicas ha de formularse también a la luz del principio interpretativo expresamente confirmado en la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, según el cual cualquier excepción a la aplicación de la obligación de aplicación de las normas comunitarias debe interpretarse de manera estricta. [17]

37. Incluso en la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, que no trataba de la participación de varios socios, el Tribunal de Justicia confirmó la aplicabilidad de principio de la excepción Teckal a entidades con varios titulares de participaciones. Ello puede advertirse en la circunstancia de que el Tribunal de Justicia [18] no sólo recogió literalmente la excepción Teckal, sino que además recordó que en el asunto Teckal la entidad estaba participada por «autoridades públicas». Así pues, el Tribunal de Justicia utilizó aquí el plural no solamente en relación con el segundo criterio de la excepción Teckal.

38. De ello se sigue, pues, que incluso las entidades con varios titulares de participaciones podrían estar en principio comprendidas en la excepción.

39. Ahora bien, para la aplicación de la excepción Teckal en el presente supuesto debería darse un paso más, porque el presente asunto versa además sobre una participación indirecta. A mi juicio, no puede excluirse de antemano con carácter general y abstracto la aplicabilidad de la excepción Teckal a un supuesto de tal clase.

40. Al contrario, también ha de examinarse aquí en concreto si se cumple el criterio de control. A tal respecto, debe recordarse el parámetro establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Parking Brixen. Según tal parámetro, reviste un carácter decisivo la circunstancia de que la entidad controlada sólo dispone de un determinado margen de autonomía, [19] y en particular frente a los titulares de sus participaciones. [20]

41. Dado que en el presente caso, y precisamente en virtud de los estatutos, es posible la participación de particulares, ha de examinarse, en cuanto atañe al criterio de control, si una futura apertura del capital social a los particulares reviste una importancia jurídica.

42. En lo que respecta a la apertura del capital social a los particulares, cabría establecer distinciones en función de si la participación de particulares es sólo jurídicamente posible o también jurídicamente

17 — Sentencia citada en la nota 4, apartado 46.

18 — Sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, citada en la nota 4, apartado 49.

19 — Sentencia Parking Brixen, citada en la nota 7, apartado 70.

20 — Sentencia Parking Brixen, citada en la nota 7, apartado 68.

obligatoria. Por lo que se refiere al primer grupo de casos, podría además diferenciarse en función de si se ha hecho posteriormente uso efectivo de la posibilidad –en cuyo caso queda excluido de antemano el grupo de casos de apertura previa, es decir el supuesto del asunto Stadt Halle y RPL Lochau– o no.

43. A este respecto, la Comisión ha sustentado la tesis de que incluso una potencial participación de particulares, como se desprende por ejemplo de los estatutos de una sociedad de capital, apunta a que no se cumple el criterio de control.

44. A esta tesis extrema defendida por la Comisión se oponen, en primer lugar, consideraciones de principio. Así, la calificación jurídica de proyectos de «PPP» dependería de la producción de hechos futuros meramente *posibles*. Sin embargo, sería irrelevante que tales acontecimientos se produjeran *efectivamente*. Tal planteamiento resulta novedoso a la vista del sistema de las Directivas de adjudicación de contratos públicos. Además, podría estar incluso prohibido conforme al Derecho del Estado miembro de que se trate impedir en los estatutos la transmisión de participaciones a particulares.

45. Por el contrario, el principio de protección frente a las elusiones, que subyace a las Directivas sobre adjudicación de contratos públicos, exige que se tomen en consideración determinados acontecimientos que se produzcan tras la delegación de las funciones, es decir, tras la adjudicación del contrato. Ello afecta en particular al grupo de casos en el que no se ha producido todavía la apertura en el momento de la adjudicación pero ya existía un plan concreto en tal sentido.

46. Es dudoso si la sentencia dictada en el asunto Parking Brixen modifica en algo esta apreciación. A ello se opone la circunstancia de que en dicho asunto, a diferencia de cuanto ocurre en éste, la apertura de la sociedad a capital ajeno era de carácter obligatorio y constituía sólo uno de los cinco elementos esenciales para la apreciación del asunto. [21] Ahora bien, ello no excluye todavía sin más que la posible apertura misma –si bien conjuntamente con otras particularidades que caracterizan la situación del procedimiento principal– pueda dar lugar a que en esta situación no se alcance el grado mínimo de control. En consecuencia, conviene abordar estas otras particularidades y su significado con vistas al control.

47. En efecto, en este contexto es necesario exponer la situación que dio lugar al procedimiento por incumplimiento contra la República de Austria [22] y a la apreciación jurídica recientemente realizada por el Tribunal de Justicia.

21 — Sentencia Parking Brixen, citada en la nota 7, apartado 67.

22 — Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (C-29/04, Rec. p. I-9705).

48. El asunto Comisión/Austria versaba sobre la delegación de la eliminación de residuos por el municipio de Mödling en una sociedad de responsabilidad limitada, es decir, por un municipio en una filial al 100 %. Cerca de dos semanas después de la delegación de esta función, el municipio acordó ceder el 49 % de las participaciones a una empresa privada. Dicha cesión se produjo a su vez unas dos semanas después. La realización de la actividad encargada se inició, una vez más, pocas semanas más tarde.

49. En su sentencia de 10 de noviembre de 2005 dictada en este asunto, el Tribunal de Justicia subrayó que todas las fases deben examinarse en su conjunto y a la vista de la finalidad de las mismas, y no de forma aislada. [23] Esta circunstancia favorece que también se tomen en consideración los acontecimientos producidos tras la cesión de las funciones, como el Tribunal de Justicia subraya expresamente en aquel procedimiento. [24] Ahora bien, a diferencia de cuanto ocurre en el presente procedimiento, aquél versaba sobre acontecimientos *efectivamente* producidos. En efecto, en aquel procedimiento se hizo ya uso de la apertura de la sociedad a la participación privada. Tal apertura ya se había producido en el momento de analizar la operación en su conjunto.

50. A diferencia de lo anterior, de los documentos del presente procedimiento no se infiere si, y en caso afirmativo, cuándo se ha producido una transmisión de participaciones a particulares o si existían planes en tal sentido. Así visto, ni la sentencia dictada en el asunto Parking Brixen ni la sentencia dictada en el asunto Comisión/Austria muestran indicios inequívocos de que baste la mera *posibilidad* de apertura de la sociedad a los particulares.

51. Así pues, cabe estimar que la jurisprudencia dictada hasta la fecha no excluye en principio de la excepción Teckal las adjudicaciones de contratos a entidades mixtas públicas. En consecuencia, en lo sucesivo se expondrán las condiciones que deben cumplir tales operaciones.

2. Las condiciones en particular

52. Las condiciones en las que las adjudicaciones a entidades mixtas públicas pueden quedar comprendidas en la excepción Teckal hacen referencia a la relación entre la entidad de que se trate y los organismos públicos que posean directa o indirectamente la participación.

23 — Sentencia Comisión/Austria, citada en la nota 22, apartado 41.

24 — Sentencia Comisión/Austria, citada en la nota 22, apartado 38.

53. Ha de desestimarse de antemano un argumento aducido en el procedimiento según el cual la excepción Teckal sólo comprende las denominadas «delegaciones interorgánicas o interorganizatorias» o bien las escisiones del aparato organizativo de un ente territorial. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no cabe inferir indicio alguno para establecer un vínculo con tales categorías.

54. En general, el Tribunal de Justicia parte en este contexto, en particular en la sentencia dictada en el asunto Parking Brixen, de una interpretación material y no formal. Así, como se mostrará con mayor precisión, el elemento decisivo estriba en la configuración de la relación entre los participantes. En particular, cabe tener en cuenta, a tal fin, disposiciones de carácter general y abstracto, tales como el Derecho de sociedades nacional, y la concreta configuración, como por ejemplo los estatutos de la entidad de que se trate. [25]

55. En el presente procedimiento, la entidad que debe prestar el servicio no es, a diferencia de cuanto ocurre en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau, una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho alemán, sino una sociedad anónima de Derecho italiano (SpA).

56. En el presente asunto, son aplicables las disposiciones pertinentes del Codice civile (en lo sucesivo, «C.C.»).

57. También existe una diferencia respecto a la entidad que fue objeto de examen en el asunto Teckal. Mientras que aquel procedimiento tenía por objeto la forma jurídica de una «azienda municipalizzata», el presente procedimiento versa justamente sobre una entidad, a saber, la AGESP, que es cierto que operaba al principio con la forma jurídica antes mencionada, pero que fue transformada en sociedad anónima mediante la resolución nº 148, de 24 de septiembre de 1997.

58. Con arreglo al Derecho italiano, las sociedades anónimas disponen en principio de una mayor autonomía que las sociedades de responsabilidad limitada.

59. A mi juicio, no basta con un examen abstracto de las posibilidades de influencia de los accionistas en las sociedades anónimas y sus posibilidades de influencia en otras filiales, con arreglo al C.C. Como ya he señalado antes, el elemento decisivo es más bien la concreta configuración de la relación entre la sociedad que controla a la matriz y ésta, así como entre la matriz y la filial. [26]

25 — Así, la sentencia Parking Brixen, citada en la nota 7, apartados 66 y ss.

26 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau, sentencia citada en la nota 4, punto 65.

60. Así pues, la forma jurídica de la sociedad anónima, por ejemplo, conforme al Derecho italiano, no «perjudica» *per se*. Por lo demás, ello puede inferirse también de la sentencia dictada en el asunto Parking Brixen, que versaba igualmente sobre una sociedad anónima de Derecho italiano. Inferir el carácter autónomo de la sociedad y, de este modo, la falta de control del mero hecho de que el Tribunal de Justicia no estimase suficiente esta circunstancia aboga por sustentar la opinión de que la forma jurídica de una sociedad anónima italiana no excluye por sí misma la existencia de un control suficiente.

61. Ahora bien, la transformación de una empresa en una sociedad anónima constituye cuando menos una de las varias circunstancias que deben tenerse en cuenta en la apreciación del carácter autónomo. [27]

62. En cualquier caso, en cuanto atañe al examen de la concreta configuración, habrá de estarse a las concretas facultades de los respectivos socios y no a su ejercicio efectivo en la práctica. [28] El Tribunal de Justicia ha confirmado esta opinión en el asunto Parking Brixen, en el que examinó los estatutos de la sociedad anónima de que se trataba. [29]

63. Además, los derechos de control del titular o titulares de participaciones no deben referirse únicamente a las decisiones de adjudicación en general o a la concreta decisión de adjudicación en particular, [30] sino que deben extenderse también a la gestión en su conjunto.

64. En lo que atañe a los medios de control, cabe pensar por regla general en facultades de impartir instrucciones y facultades de vigilancia, así como en derechos de nombramiento. A tal respecto, ha de partirse del principio según el cual lo decisivo es la posibilidad de ejercer una influencia y no sólo las disposiciones legales. [31]

65. Por último, ha de analizarse el argumento formulado en el procedimiento, según el cual la apreciación de una operación de suministro y la aplicación de la excepción Teckal dependen de la actuación de las partes (es decir, de la entidad controladora y de la entidad controlada) en la adjudicación concreta.

66. Así, de la actuación de las partes en el procedimiento de adjudicación, básicamente de la entidad mixta pública, podría deducirse

27 — Sentencia Parking Brixen, citada en la nota 7, apartado 67.

28 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau, sentencia citada en la nota 4, punto 76.

29 — Sentencia citada en la nota 7, apartados 66 y ss.

30 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau, sentencia citada en la nota 4, punto 77.

31 — Sentencia Parking Brixen, citada en la nota 7, apartado 65.

la autonomía de ésta respecto a la entidad adjudicadora.

67. A ese respecto, en el presente procedimiento se ha hecho referencia esencialmente al contenido del contrato. En particular, la cláusula penal estipulada en el mismo para el caso de no consecución de determinados objetivos debe valorarse como un indicio de la autonomía de AGESP.

68. Dado que el criterio de control se refiere a la influencia sobre la gestión en su conjunto, la actuación de la entidad objeto de examen en un procedimiento de adjudicación concreto no puede revestir un carácter decisivo. En efecto, ello podría dar lugar a que la misma entidad quedase comprendida en la excepción Teckal en una operación de suministro y en otra distinta no. Sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no cabe inferir tal clase de consideración referida a un punto concreto. Al contrario, el Tribunal de Justicia vincula la calificación de la actuación y, de este modo, la concurrencia del criterio de control a las circunstancias que concurren en las personas participantes.

69. El examen concreto de si las disposiciones legales generales y abstractas de Derecho nacional y la concreta configuración en los estatutos de la sociedad de que se trate, en el presente asunto, en particular, del artículo 19, garantizan un control suficiente afecta a la apreciación de unos hechos concretos. Sin embargo, ese examen y la interpretación del Derecho nacional no son tareas que, a la vista del reparto de competencias establecido en el artículo 234 CE, corresponden al Tribunal de Justicia, sino al juez nacional.

C. Conclusión provisional

70. El criterio de existencia de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios puede cumplirse en principio en el caso de las empresas mixtas públicas. La apreciación de los hechos del procedimiento principal incumbe al juez nacional. Éste deberá tener en cuenta, a la vista de la situación del presente asunto, las siguientes circunstancias:

— los intereses de los titulares de participaciones;

— la transformación de la «azienda municipalizzata» en una sociedad anónima;

— la apertura de la sociedad a capital ajeno, no prevista con carácter obligatorio y tampoco verificada;

— la posibilidad de que AGESP establezca sucursales incluso en el extranjero;

— el alcance de la posibilidad de influir en el nombramiento del consejo de administración y en la gestión;

— las facultades del consejo de administración de AGESP, y

— la circunstancia de que el municipio participa indirectamente en el capital de AGESP a través de AGESP Holding.

71. El propio Tribunal de Justicia podría realizar en el presente procedimiento –al igual que hizo ya en los asuntos Stadt Halle y RPL Lochau y Parking Brixen– un examen concluyente de una situación como la del procedimiento principal. Dado que las circunstancias antes mencionadas se solapan en una amplia medida con las de la situación del asunto Parking Brixen, [32] a lo cual se añade la participación indirecta, cabe deducir –a partir de la anterior jurisprudencia, calificada por muchos como demasiado estricta– que en la situación del procedimiento principal no se cumpliría el primer criterio, es decir, el control suficiente análogo al que se ejerce sobre los servicios propios.

72. En cambio, si el Tribunal de Justicia aprovechase la oportunidad para aclarar su anterior jurisprudencia en el sentido de que, cuando menos, determinadas asociaciones mixtas públicas pueden cumplir el criterio de control y llegase a la conclusión de que ello se da también en el procedimiento principal, se ofrecería al Tribunal de Justicia la ulterior oportunidad de precisar con más detalle –por vez primera– el segundo criterio Teckal, es decir, el del carácter esencial.

VII. Segundo criterio: realización de la parte esencial de la actividad con el ente que ejerce el control

73. A diferencia del primer criterio Teckal, sobre el segundo criterio Teckal no existe jurisprudencia alguna del Tribunal de Justicia posterior a esta sentencia mediante la cual se aclare este criterio. El presente procedimiento ofrece al Tribunal de Justicia una oportunidad a tal fin.

74. El procedimiento principal versa, por lo demás, sobre una situación en la que, en el

32 — Sentencia citada en la nota 7, apartado 67.

primer nivel, es decir, entre el municipio y AGESP Holding, existe una participación de casi el 100 % y, en el segundo nivel, es decir, entre AGESP Holding y AGESP, se da una participación del 100 %.

75. Al igual que en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau, el presente procedimiento versa sobre una participación indirecta. Así pues, ha de examinarse si la actividad de una «subfilial» para su «sociedad abuela» puede cumplir en principio el segundo criterio Teckal.

A. *La tesis de partida*

76. Dado que el Tribunal de Justicia no tuvo que abordar en su sentencia dictada en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau la interpretación del segundo criterio, a la vista de la interpretación del primer criterio por la que optó, resulta congruente que reitere en este punto mi tesis sustentada a tal respecto contenida en mis conclusiones presentadas en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau.

77. El segundo criterio establecido en la sentencia Teckal, relativo al carácter esencial, se refiere a una determinada participación mínima sobre el conjunto de las actividades realizadas por el organismo controlado. Se trata, por tanto, de determinar el volumen total de actividades realizadas y el volumen de actividades realizadas para los entes que ejercen el control en sentido amplio

78. Ahora bien, en este contexto procede señalar que del hecho de que el concepto de entes que ejercen el control no deba interpretarse de manera demasiado estricta no cabe deducir que incluya también las actividades realizadas para terceros pero que, de otro modo, debería realizar en todo caso el propio ente que ejerce el control. Esto es algo que, en la práctica, se aplica ante todo a las prestaciones económicas y, en este caso, a su vez a los ayuntamientos (municipios) sobre los que recae la obligación de efectuar determinadas prestaciones a determinadas personas.

79. Asimismo, debe aclararse que deben tenerse en cuenta las actividades efectivamente realizadas, y no las actividades que pueden realizarse con arreglo a la Ley o a los estatutos sociales de la sociedad, y menos aun las actividades que el organismo controlado está obligado a realizar. [33]

80. Ahora bien, la cuestión capital es la de a partir de qué proporción se alcanza el umbral para que se aplique la excepción establecida en la sentencia Teckal. A este respecto, hay opiniones divergentes, que van de más del 50 %, pasando por «una parte considerable», «la parte más importante» o «casi exclusivamente», hasta «exclusivamente».

33 — Véanse las conclusiones presentadas por la Abogado General Kokott el 1 de marzo de 2005 en el asunto Parking Brixen, sentencia citada en la nota 7, punto 81, que sigue a las conclusiones por mí presentadas.

81. En cuanto atañe a este umbral, no sólo se defiende un criterio positivo, en el sentido de que debe determinarse la proporción de las prestaciones efectuadas para el ente que ejerce el control, sino también un criterio negativo. De acuerdo con este criterio negativo, debería partirse de la base de cuál es la proporción de servicios prestados a terceros distintos del ente que ejerce el control. Esta última tesis aparece en las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto ARGE. De acuerdo con su criterio, «la Directiva es aplicable cuando dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con operadores o entidades territoriales *distintos* de los que integran dicha entidad adjudicadora».[34] No obstante, teniendo en cuenta que en la excepción establecida en la sentencia Teckal se optó por el criterio positivo, en el presente caso no hay por qué prestar mayor atención al criterio negativo.

82. Ahora bien, en el citado pasaje de las conclusiones del Abogado General Sr. Léger aparece otro aspecto importante que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la proporción pertinente.

83. Así, se plantea la cuestión de si la excepción establecida en la sentencia Teckal admite únicamente un planteamiento cuantitativo o si, por el contrario, también deben tenerse en cuenta las circunstancias de carácter cualitativo. En favor de este último criterio cabe aducir el tenor y el sentido de la excepción, que tampoco contiene indicación alguna sobre cómo deben apreciarse las actividades. Tampoco la versión auténtica del correspondiente pasaje de la sentencia Teckal, es decir, la versión italiana, excluye un planteamiento adicional o alternativo de carácter cualitativo («la parte più importante della propria attività»).

84. Por lo demás, la excepción establecida en la sentencia Teckal tampoco contiene ninguna indicación sobre el método de cálculo de la participación. En consecuencia, no es evidente que dependa únicamente del volumen de negocios.

85. Así pues, el juez nacional debe determinar el carácter «esencial de la actividad» basándose en circunstancias cuantitativas y cualitativas.

86. En este contexto, procede recordar, además, que las conclusiones son auténticas en la lengua elegida como lengua original por el Abogado General. A tal respecto, las conclusiones del Abogado General Léger ofrecen la siguiente imagen: por un lado, el Abogado General se basa en la «quasi-exclusivité» de los servicios prestados, lo que en la versión alemana se tradujo como «sämtliche Dienstleistungen» (la totalidad de los servicios; traducido en la versión española como «cuasi exclusividad [...] de los servicios que presta»).[35] Por otro lado, se

34 — Conclusiones presentadas por el Abogado General Léger el 15 de junio de 2000 en el asunto ARGE (sentencia de 7 de diciembre de 2000, C-94/99, Rec. p. I-11037), punto 93; el subrayado es mío.

35 — Conclusiones presentadas por el Abogado General Léger en el asunto ARGE, citadas en la nota 34, punto 74.

remite a la versión de la excepción establecida en la sentencia Teckal en la lengua de procedimiento, el italiano, y habla de «en grande partie», lo que en la versión alemana se ha traducido como «im Wesentlichen» (la parte esencial; traducido en la versión española como «en gran parte») [36] o de «la plus grande partie de leur activité» (en alemán, «den grössten Teil ihrer Tätigkeit», traducido en la versión española como «la mayor parte de su actividad»). [37]

87. Para concretar aun más este criterio, en la doctrina se menciona también, en procedimientos ante el Tribunal de Justicia, el criterio del 80 % establecido en el artículo 13 de la Directiva 93/38. Como justificación para ello se señala que dicho criterio es «objetivo» o «apropiado».

88. A este respecto, procede observar que también cualquier otro porcentaje fijo podría ser objetivo o apropiado. Como han subrayado algunas de las partes en este procedimiento prejudicial, en mis conclusiones presentadas en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau ya señalé que la rigidez de un porcentaje fijo también puede constituir un obstáculo para una solución apropiada. Además, ello no permite tener en cuenta elementos que no sean los meramente cuantitativos.

89. En contra de la posibilidad de trasladar el criterio del 80 % del artículo 13 de la Directiva 93/38 está, en primer lugar, el hecho de que se trata de una disposición por la que se establece una excepción a una Directiva aplicable únicamente a determinados sectores. De acuerdo con la voluntad del legislador comunitario, la valoración efectuada en la misma se limita a dicha Directiva. Por más que, en la práctica, la misma idea fundamental sea aplicable también fuera de dichos sectores, lo que resulta determinante es que en la Directiva aplicable en el presente caso no se adoptó una normativa similar.

90. En segundo lugar, al decantarse por la posibilidad de trasladar el umbral del 80 % se pasa por alto que el artículo 13 de la Directiva 93/38 sólo se aplica a la prestación de servicios. En cuanto disposición que establece excepciones, queda prohibida una aplicación analógica a las entregas de bienes dentro de estos sectores. Fue la modificación introducida mediante el paquete legislativo la que introdujo, a este respecto, una extensión a las entregas de bienes. [38]

91. En tercer lugar, el legislador comunitario mantuvo incluso, con ocasión de la modificación de las Directivas y en el denominado paquete legislativo, el umbral de 80 % únicamente para los sectores y prescindió de trasladar éste a la denominada Directiva clásica. Ahora bien, en la época de la

36 — Conclusiones presentadas por el Abogado General Léger en el asunto ARGE, citadas en la nota 34, punto 81.

37 — Conclusiones presentadas por el Abogado General Léger en el asunto ARGE, citadas en la nota 34, punto 83.

38 — Artículo 23 de la Directiva 2004/17, citada en la nota 9.

modificación, el criterio Teckal ya era conocido y constituía el objeto de debates en el marco del procedimiento legislativo.

92. En cuarto lugar, en contra de la invocación del artículo 13 de la Directiva 93/38 cabe aducir también otra razón. En efecto, en su apartado 2 se obliga a la entidad adjudicadora a proporcionar a la Comisión determinada información a petición de ésta. Dicha disposición sirve de contrapeso procesal a la excepción regulada en el artículo 13. En cambio, en el caso de la excepción establecida en la sentencia Teckal el Tribunal de Justicia siguió una vía diferente.

93. En quinto lugar, la mera circunstancia de que el Tribunal de Justicia no definiera el segundo criterio Teckal por referencia a la Directiva 93/38, que conocía con toda seguridad, sería en sí misma contraria a la posibilidad de extrapolar el umbral. El Tribunal de Justicia se contentó con dos requisitos de carácter material que se apartan del artículo 13, a saber, los dos criterios Teckal. Pero estos requisitos deben interpretarse de forma estricta justamente como consecuencia de la falta de una disposición procedimental comparable a la del artículo 13.

94. En consecuencia, procede mantener en su conjunto la tesis de que el umbral del 80 % procedente de la Directiva 93/38 no constituye un parámetro para la apreciación del carácter esencial de las actividades. [39]

B. *El ulterior desarrollo de la tesis a la luz de la nueva jurisprudencia*

95. En cuanto requisito de la aplicación de una excepción, el criterio del carácter esencial debe interpretarse de forma restrictiva. Así lo confirmó el Tribunal de Justicia en la medida en que, en el apartado 63 de la sentencia dictada en el asunto Parking Brixen, declaraba lo siguiente:

«Dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpre-

39 — Sobre la doctrina a este respecto, que entretanto se ha convertido en la opinión dominante, véanse: Dreher, M.: «Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht — Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater», *NZBau*, 2002, pp. 245 y ss., especialmente p. 253; Krohn, W.: «"Aus" für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen», *NZBau*, 2005, pp. 92 y ss., especialmente p. 95; Opitz: *Zeitschrift für Vergaberecht*, 2000, pp. 97 y ss., especialmente p. 105; Pape, U.-D./Holz, H.: «Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte», *NJW*, 2005, pp. 2264 y ss., especialmente pp. 2265 y 2266; Jaeger, W.: «Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht», *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, Büdenbender/Kühne/Baur (editores), 2002, pp. 455 y ss., especialmente p. 464; Riese, C./Van den Eikel, A.: «Neues zum In-House-Geschäft — Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?», *Vergaberecht*, 2005, pp. 590 y ss., especialmente p. 601; Weltzien, K.: «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector», *Public Procurement Law Review*, 2005, pp. 237 y ss., especialmente p. 249, que señala acertadamente que la Directiva 93/38 se aplica también a las empresas privadas; Ziekow, J./Siegel, T.: «Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand», *Vergaberecht*, 2005, pp. 145 y ss., especialmente p. 148, que albergan dudas sobre la conformidad con el Derecho comunitario de la fórmula del 80 %.

tación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella.»

96. Estos criterios han de observarse también en el presente asunto.

97. Me reafirmo en mi tesis –que ya expresé en mis conclusiones presentadas en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau– de que el «carácter esencial de las actividades» debe determinarse basándose no sólo en criterios cuantitativos, sino también en circunstancias cualitativas. [40] [41]

98. En cuanto respecta a las circunstancias *cualitativas,* habría de analizarse cómo y respecto a quién la entidad controlada de que se trate realiza sus actividades. Al respecto, será relevante saber si existe realmente un mercado para la actividad de la entidad y si la entidad ofrece en el mercado una parte de los servicios prestados a personas distintas del organismo controlador. [42]

99. Ahora bien, ello no debe entenderse en el sentido de que los servicios prestados por la entidad de que se trate deban ser demandados también por personas distintas de los entes públicos. En efecto, aunque sólo haya *demandantes* públicos de un bien o servicio, ello no significa que no exista mercado. Puede haber, en efecto, otros *oferentes.* Así pues, la apreciación de las circunstancias cualitativas no dependería únicamente de la relación entre la entidad oferente y la entidad controladora, sino, en el sentido de los objetivos en materia de competencia del Derecho de contratos públicos, de su posición económica en el mercado. De este modo, se produciría una aproximación a los grupos de casos respecto a los cuales las Directivas permiten un procedimiento negociado sin publicación, a saber, cuando el contrato sólo pueda encomendarse a un operador económico. [43]

40 — Así, siguiendo mis conclusiones, la Abogado General Kokott en sus conclusiones presentadas en el asunto Parking Brixen, sentencia citada en la nota 7, punto 83.

41 — Apoyan esta tesis: Gabriel, M./Joachimsmeier, B., *Vergaberecht* 2005, pp. 103 y ss.; Schröder, H.: «In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?», *NZBau,* 2005, pp. 127 y ss.; Weltzien, K.: op. cit., pp. 237 y ss., especialmente p. 248.

42 — A tal respecto, procede remitirse a la definición legal contenida en el artículo 1, apartado 8, párrafo primero, de la Directiva 2004/18 (citada en la nota 38), y al artículo 1, apartado 7, párrafo primero, de la Directiva 2004/17 (citada en la nota 9).
En la Directiva aquí aplicable falta la correspondiente definición con una referencia expresa al mercado.

43 — Véanse los artículos 31, número 1, letra b), de la Directiva 2004/18 y 40, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/17.

100. Además, ha de elucidarse básicamente si, a tal respecto, el único elemento decisivo es la actividad efectiva, o bien si ha de invocarse también la finalidad de la entidad, por ejemplo, el objeto social establecido en los estatutos, es decir, todas las actividades que la entidad podría desarrollar. Aunque no resulta ajeno al Derecho sobre contratos públicos tomar como referencia el objeto social de una entidad, tal planteamiento dificultaría aun más, sin embargo, la apreciación del carácter esencial de la misma, pues no cabe facilitar datos actuales fiables sobre las actividades potenciales (no seguras en el futuro).

101. Asimismo, es dudoso si han de tenerse en cuenta sólo determinadas actividades o bien todas las de la entidad. Así, podría entenderse el criterio del carácter esencial en el sentido de que sólo debe tomarse en consideración la clase de actividades que han de prestarse también a la entidad controladora, por ejemplo el suministro de energía, por lo que quedarían excluidas otras actividades realizadas por la entidad, tales como la eliminación de residuos, y el único factor decisivo sería el porcentaje relativo específico del ámbito de que se trate.

102. Ahora bien, en mi opinión, la circunstancia de que se está en presencia de una excepción al régimen de la Directiva es contraria a tal interpretación del segundo criterio Teckal. En efecto, ello podría dar lugar a una ampliación de las operaciones comprendidas en la excepción en los casos en que el criterio del carácter esencial se cumpla en relación con una determinada clase de actividades, pero no, en cambio, en relación con todas las actividades de la entidad.

103. Como sugieren la formulación de la sentencia dictada en el asunto Teckal y los hechos en que se basa el procedimiento, el criterio del carácter esencial no sólo puede cumplirse cuando la actividad realizada para un titular de participaciones supera el umbral del carácter esencial, sino también cuando debe computarse la totalidad de los servicios prestados a todos los titulares de participaciones, y este resultado debe ponerse en relación con la actividad realizada en su totalidad.

104. En el apartado 50 de la sentencia dictada en el asunto Teckal, el Tribunal de Justicia utilizó el plural en relación con el segundo criterio y declaró cuanto sigue:

«[...] Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la

parte esencial de su actividad con el ente o los *entes* que la controlan.» [44]

105. Si se atiende rigurosamente a esta formulación, lo decisivo no estribará, únicamente, pues, en los servicios prestados al ente controlador, es decir, el municipio de Busto Arsizio. Antes bien, también podrían tenerse en consideración los servicios prestados a otros titulares de participaciones.

106. En cuanto respecta a las circunstancias *cuantitativas,* el elemento decisivo no puede ser solamente el volumen de negocios. Habrá de atenderse también a otros datos empresariales. De este modo, como se señala en la segunda cuestión prejudicial, puede tenerse en cuenta en principio el porcentaje en los ingresos totales, de los ingresos procedentes de las actividades realizadas para los titulares de participaciones. Ahora bien, al porcentaje de los ingresos totales se le aplica también el principio aplicable al porcentaje del volumen de negocios total según el cual no basta con que estos ingresos superen sin más a los demás. Ambos afectan únicamente –bien entendido– al aspecto cuantitativo.

44 — El subrayado es mío.

107. Por último, el Tribunal de Justicia no ha precisado en relación con el criterio del carácter esencial en qué momento deben cumplirse estos requisitos o bien cuál es el período pertinente para la apreciación.

108. A la vista del sistema de las Directivas sobre contratos públicos, sería el momento en que la entidad adjudicadora actúa, es decir, en el presente asunto, el momento en que delegue la función. Ahora bien, ello da lugar a una imagen instantánea si no se toma como base –al igual que ocurre en el artículo 13 de la Directiva 93/38– un período más largo.

109. Dado que AGESP no sólo presta servicios directamente al municipio, sino que también presta directamente algunos de ellos a terceros dentro del municipio, y en particular tanto a empresas como a hogares, se plantea la ulterior cuestión de si y con sujeción a qué requisitos los servicios que no se prestan directamente al municipio han de tener la consideración de servicios prestados al municipio, es decir, a la entidad controladora en el sentido del segundo criterio Teckal.

110. En este punto se ponen una vez más de manifiesto el carácter indeterminado del segundo criterio Teckal y la falta de claridad jurídica para las entidades afectadas derivada

de la anterior. En consecuencia, en aras de la seguridad jurídica deberá ser precisado.

111. En efecto, en este contexto se ha suscitado la cuestión de si reviste carácter decisivo cuál sea el ámbito en el que se prestan los servicios. De seguirse esta tesis, en el procedimiento principal quedarían comprendidos únicamente los servicios prestados en el ámbito del municipio de Busto Arsizio. Una referencia territorial suficiente constituye cuando menos un criterio apropiado para la atribución. Ello se debe a que tal referencia desempeña un papel fundamental en la fijación de las competencias de las entidades públicas, y en particular de los municipios. En cualquier caso, sería demasiado estricta la tesis según la cual sólo se computarían los servicios prestados a personas con domicilio en el municipio. Al contrario, podrían computarse también los servicios prestados fuera del municipio pero que benefician a personas del mismo, por ejemplo porque el propio municipio no ofrezca este servicio –por ejemplo, por razones de costes–, sino que tal servicio es ofrecido por una entidad en la que participan varios municipios o una o varias regiones.

112. Asimismo, ha de subrayarse que la circunstancia de para quién se emite la factura por el servicio prestado o quién realiza el pago del servicio carece de pertinencia para la cuestión de la atribución. Así, es típico de las actividades de servicio público si se realizan en la forma de concesiones que al menos una parte de la remuneración proceda de los usuarios de la entidad. A tal respecto, cabe pensar en particular en las concesiones, comprendidas en las Directivas, relativas a la construcción de autopistas por las cuales se cobra un peaje. Para la práctica municipal revisten una mayor importancia sobre todo los servicios de transporte, el suministro de energía, la eliminación de residuos y la construcción y, eventualmente, la explotación de establecimientos de formación o de ocio, o bien de aparcamientos. No obstante, en tales supuestos, habría de examinarse en primer lugar si se trata de concesiones de servicios a las que no se aplica por esta razón el régimen de las Directivas.

113. El Tribunal de Justicia debería aclarar el segundo criterio Teckal en el sentido de que establece los requisitos con arreglo a los cuales quedan también comprendidos los servicios prestados a terceros. Habrá de estarse sobre todo al tipo de relación que exista entre los terceros y la entidad controladora, en el presente asunto el municipio. La atribución al municipio es especialmente probable en los casos en los que el municipio está obligado frente a terceros a prestar un servicio. A tal respecto, no ha de tratarse forzosamente de una obligación de servicio impuesta por el Derecho público, como las correspondientes leyes regionales. Cabría pensar también en la inclusión de obligaciones de Derecho privado, como las que se desprenden de un contrato entre particulares

y el municipio. Sería igualmente necesario elucidar si las relaciones contractuales adicionales entre los terceros y la entidad que presta servicio desempeñan algún papel. A este respecto, resultaría decisivo que, además de la efectiva prestación de servicios, existiera una relación jurídica entre el municipio y la entidad que presta tal servicio.

115. Por consiguiente, puede afirmarse que el elemento decisivo no estriba únicamente en la condición del tercero demandante, sino que también debe tomarse como referencia el contenido de la operación.

C. Conclusión provisional

114. En cualquier caso, debe rechazarse la tesis según la cual ha de incluirse cualquier servicio prestado a la población del ente territorial de que se trate, en este caso el municipio de Busto Arsizio. En efecto, de este modo quedarían también comprendidas todas las entregas a particulares, sin relación alguna con el municipio. No habría de atenderse, pues, a la clase de actividad empresarial. Si, por ejemplo, una entidad no sólo suministra energía o elimina residuos, sino que también vende determinadas mercancías, tales como aparatos de calefacción o contenedores de residuos, estas operaciones quedarían comprendidas aunque se trate de mercancías que cualquier consumidor recibe también de otras fuentes de suministro. Una interpretación que se vincule únicamente a la condición del tercero demandante daría lugar a que quedase comprendido cualquier servicio prestado a los consumidores sólo porque tienen su domicilio en el municipio.

116. El criterio según el cual una entidad controlada debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente territorial o los entes territoriales que lo controlan puede cumplirse también en el caso de las sociedades mixtas públicas y de una participación indirecta. A tal respecto, deberán atribuirse a la entidad controladora determinados servicios prestados a terceros.

117. En el presente procedimiento, el juez nacional deberá tener en cuenta a tal respecto una serie de circunstancias, para lo cual deberán tomarse en consideración también los ingresos procedentes de actividades realizadas con los titulares de participaciones, pero no ha de aplicarse el criterio del 80 % previsto en el artículo 13 de la Directiva 93/38.

VIII. Conclusión

118. A la vista de cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales del modo siguiente:

La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la adjudicación directa de un contrato público en un procedimiento como el del litigio principal únicamente cuando se cumplen los siguientes requisitos:

En primer lugar, el ente territorial deberá ejercer sobre el otro ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A tal respecto, el juez nacional deberá examinar las siguientes circunstancias:

— los intereses de los titulares de participaciones;

— la transformación de la «azienda municipalizzata» en una sociedad anónima;

— la apertura de la sociedad a capital ajeno, no prevista con carácter obligatorio y tampoco verificada;

— la posibilidad de que AGESP establezca sucursales incluso en el extranjero;

— el alcance de la posibilidad de influir en el nombramiento del consejo de administración y en la gestión;

— las facultades del consejo de administración de AGESP, y

— la circunstancia de que el municipio participa indirectamente en el capital de AGESP a través de AGESP Holding.

En segundo lugar, esta entidad deberá, al mismo tiempo, realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes territoriales que posea o posean sus participaciones sociales. A tal respecto, el juez nacional deberá tener en cuenta las circunstancias mencionadas en los puntos 76 a 115, para lo cual deberán tomarse en consideración también los ingresos procedentes de actividades realizadas con los titulares de participaciones, pero no ha de aplicarse el criterio del 80 % previsto en el artículo 13 de la Directiva 93/38.