Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 23 de abril de 2020[1]

Asunto C-521/18

Pegaso Srl Servizi Fiduciari,
Sistemi di Sicurezza Srl,
YW
contra
Poste Tutela SpA,
partes coadyuvantes:
Poste Italiane SpA,
Services Group

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia)]

«Petición de decisión prejudicial — Contratación pública — Directiva 2014/25/UE — Servicios postales — Actividades relacionadas con los servicios postales — Servicios de conserjería, recepción y control de acceso — Retirada del anuncio de licitación en el curso del procedimiento — Interés en la acción de los demandantes a pesar de esa retirada — Decisión pendiente sobre las costas»

I. Introducción

1. En 2017, Poste Tutela SpA (en lo sucesivo, «Poste Tutela»), entonces filial participada al 100 % por Poste Italiane SpA (en lo sucesivo, «Poste Italiane»), publicó un anuncio de licitación dirigido a la celebración de acuerdos marco para los servicios de conserjería, recepción y control de acceso de los locales de Poste Italiane y de otras empresas de su grupo.

2. Pegaso Srl Servizi Fiduciari, Sistemi di Sicurezza Srl y YW solicitaron la anulación de dicho anuncio de licitación ante el tribunal remitente. En el marco del citado procedimiento, el tribunal remitente desea saber si las actividades contempladas por ese anuncio de licitación están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE[2] (en lo sucesivo, «Directiva de servicios públicos») o de la Directiva 2014/24/UE[3] (en lo sucesivo, «Directiva del sector público»).

3. Sin embargo, después de enviada la resolución de remisión se retiró el anuncio de licitación controvertido. Esta circunstancia suscita la cuestión preliminar de si el Tribunal de Justicia sigue siendo competente para conocer en este asunto. En particular, ¿es suficiente el hecho de que el tribunal remitente haya de pronunciarse aún sobre las costas para considerar que es preciso responder a las cuestiones prejudiciales planteadas?

1 Lengua original: inglés.

2 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO 2014, L 94, p. 243).

3 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva del sector público

4. El considerando 10 de la Directiva del sector público presenta el siguiente tenor:

«El concepto de "poderes adjudicadores", y en particular el de "organismos de Derecho público", han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. […] Ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un "organismo de Derecho público", ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil.

De modo similar, la condición relativa al origen de la financiación del organismo considerado también ha sido examinada en la jurisprudencia, que ha precisado, entre otros aspectos, que la financiación "en su mayor parte" significa "en más de la mitad" y que dicha financiación puede incluir pagos procedentes de usuarios que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público.»

5. A tenor del artículo 1, apartado 1, de la Directiva del sector público:

«En la presente Directiva se establecen las normas aplicables a los procedimientos de contratación por poderes adjudicadores con respecto a contratos públicos y a concursos de proyectos, cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales establecidos en el artículo 4.»

6. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, de esta Directiva:

«1) "Poderes adjudicadores": el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público.

[…]

4) "Organismo de Derecho público": cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

   a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

   b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y

   c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.

[…]»

7. Conforme al artículo 7 de la Directiva del sector público:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos y los concursos de proyectos que, de conformidad con la Directiva 2014/25/UE, sean adjudicados u organizados por poderes adjudicadores que ejerzan una o varias de las actividades mencionadas en los artículos 8 a 14 de dicha Directiva y que se adjudiquen para el ejercicio de estas actividades […]».

2. Directiva de servicios públicos

8. El considerando 16 de la Directiva de servicios públicos presenta el siguiente tenor:

«[…] los contratos pueden adjudicarse con la finalidad de satisfacer las necesidades de varias actividades, posiblemente sujetas a diferentes regímenes jurídicos. Debe aclararse que el régimen jurídico aplicable a un contrato único destinado a la realización de varias actividades debe estar sujeto a las normas aplicables a la actividad a la que se destine principalmente. La determinación de cuál es la actividad a la que el contrato se destina principalmente puede basarse en el análisis de las necesidades a las que el contrato específico debe responder y ser llevada a cabo por la entidad adjudicadora a fin de estimar el valor del contrato y de elaborar los pliegos de la contratación […]».

9. El considerando 19 es del siguiente tenor:

«Para garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de las normas de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales es necesario que la determinación de las entidades cubiertas no se base en su régimen jurídico. Por tanto, hay que velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras que operan en el sector público y aquellas que operan en el sector privado. Asimismo, es necesario velar por que, de conformidad con el artículo 345 [TFUE], no prejuzguen en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.»

10. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva de servicios públicos dispone:

«En la presente Directiva se establecen las normas aplicables a los procedimientos de contratación por parte de las entidades adjudicadoras, con respecto a contratos y concursos de proyectos cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales fijados en el artículo 15.»

11. El artículo 4, apartado 1, define las «entidades adjudicadoras» como «entidades que:

a) son poderes adjudicadores o empresas públicas y realizan alguna de las actividades contempladas en los artículos 8 a 14;

b) sin ser poderes adjudicadores ni empresas públicas, ejercen, entre sus actividades, alguna de las contempladas en los artículos 8 a 14 o varias de estas actividades y operan con arreglo a derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.»

12. En virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva de servicios públicos:

«“Empresa pública”: aquella empresa sobre la cual los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en la misma, o en virtud de las normas que la rigen.

Se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, en cualquiera de los casos siguientes:

a) cuando tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa;

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

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

13. De conformidad con el artículo 5, apartado 4:

«En el caso de contratos que tengan por objeto una contratación regulada por la presente Directiva, así como una contratación no regulada por la presente Directiva, las entidades adjudicadoras podrán optar por adjudicar un contrato independiente a cada parte independiente o adjudicar un único contrato. Cuando las entidades adjudicadoras opten por adjudicar contratos separados para partes separadas, la decisión acerca del régimen jurídico que se aplica a cada uno de esos contratos independientes se adoptará basándose en las características de la parte independiente de que se trate.

Cuando las entidades adjudicadoras opten por adjudicar un único contrato, se aplicará la presente Directiva, salvo que se disponga de otro modo en el artículo 25, al contrato mixto resultante, independientemente del valor de las prestaciones que de otro modo estarían sujetas a otro régimen jurídico e independientemente del régimen jurídico al que en otro caso hubieran debido estar sujetas dichas prestaciones.

[…]»

14. El artículo 13, apartado 1, de la Directiva de servicios públicos establece:

«La presente Directiva se aplicará a las actividades relacionadas con la prestación de:

a) servicios postales;

b) servicios distintos de los servicios postales, siempre y cuando dichos servicios sean prestados por una entidad que preste igualmente servicios postales a efectos del apartado 2, letra b), del presente artículo, y no se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 34, apartado 1, respecto de los servicios contemplados en el apartado 2, letra b), del presente artículo.»

15. El artículo 13, apartado 2, define, en su letra b), los «servicios postales» como «los servicios consistentes en la recogida, la clasificación, la expedición y la distribución de envíos postales. Ello engloba tanto los servicios incluidos como los no incluidos en el ámbito de aplicación del servicio universal establecido de conformidad con la Directiva 97/67/CE». En la letra c), los «servicios distintos de los servicios postales» se definen como los servicios de gestión de servicios de correo (tanto los servicios previos al envío como los posteriores a él, incluidos los servicios de gestión de salas de correo) y determinados servicios relativos a envíos postales, como la publicidad directa sin indicación de destinatario.

16. En virtud del artículo 19, apartado 1, de la Directiva de servicios públicos:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos que las entidades adjudicadoras adjudiquen para fines distintos del desarrollo de sus actividades, mencionadas en los artículos 8 a14 […]».

III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales planteadas

17. Poste Italiane es una sociedad anónima. En la resolución de remisión se indica que el 29,26 % de su capital social lo ostenta el Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministerio de Economía y Hacienda, Italia), el 35 % Cassa Depositi e Prestiti, y el resto inversores privados. Poste Italiane es la concesionaria del servicio postal universal. También opera en los sectores financiero, asegurador y de telefonía móvil.

18. En el momento en el que se publicó el anuncio de licitación controvertido, Poste Tutela era una filial participada al 100 % por Poste Italiane. Se fusionó con esta última con efectos a partir del 1 de marzo de 2018.

19. En julio de 2017, Poste Tutela emitió un anuncio de licitación para la celebración de acuerdos marco relativos a los servicios de conserjería, recepción y control de acceso de los locales de Poste Italiane y de otras empresas de su grupo, durante un período de 24 meses (con posibilidad de ampliar 12 meses más en caso de renovación del contrato), por un importe total estimado de 25 253 242 euros.

20. En el anuncio de licitación, se especificaba la Directiva de servicios públicos como base jurídica. Fue publicado en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (*Diario Oficial de la República Italiana*; en lo sucesivo, «GURI»)[4] y en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.[5]

21. El 28 de septiembre de 2017, Pegaso Servizi Fiduciari, Sistemi di Sicurezza y YW (en lo sucesivo, «demandantes») impugnaron el anuncio de licitación controvertido ante el tribunal remitente. Alegaron una serie de infracciones del Código de Contratación Pública italiano.

22. El 20 de octubre de 2017, el tribunal remitente, mediante un auto de medidas provisionales, decidió suspender el procedimiento de licitación al considerar que, en un primer examen, las alegaciones de los demandantes estaban fundadas.

23. Poste Tutela y Poste Italiane (en lo sucesivo, «partes demandadas») formularon una excepción preliminar de falta de competencia del tribunal remitente. Alegaron que los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo carecen de competencia para conocer de asuntos en que una empresa pública convoca un procedimiento de licitación para la prestación de servicios que no guardan relación con los incluidos en sectores especiales, como el de correos.

24. El tribunal remitente considera que la cuestión de la competencia requiere aclarar si Poste Tutela (y ahora Poste Italiane) estaba obligada a convocar un procedimiento de licitación para decidir sobre la adjudicación de los servicios controvertidos. En opinión del tribunal remitente, Poste Tutela/Poste Italiane cumplen los requisitos para ser consideradas «organismo de Derecho público» a efectos de la Directiva 2014/23/UE (en lo sucesivo, «Directiva de concesiones»)[6] y de las Directivas del sector público y de servicios públicos.

4 Nº 87 del 31 luglio 2017, 5ªSerie Speciale — Contratti Pubblici (n.º 87, de 31 de julio de 2017, 5.ª Serie Especial — Contratos Públicos).

5 DO S 144, de 29 de julio de 2017 (anuncio de licitación n.º 297868).

6 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1).

25. En este contexto, el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Sobre la base de las características antes señaladas, ¿debe ser calificada la sociedad Poste Italiane SpA de "organismo de Derecho público", en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra d), del Decreto Legislativo n.º 50 de 2016 y de las Directivas de la Unión pertinentes (2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE)?

2) A la luz del considerando 46 de la Directiva 2014/23/UE, que versa sobre las personas jurídicas controladas, ¿se extiende dicha calificación a la sociedad Poste Tutela SpA, participada al 100 % y ya en proceso de fusión con Poste Italiane SpA? [véanse, asimismo, las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2017, C-567/15: obligación de licitación para las sociedades controladas por la Administración Pública, y del Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), Sala Sexta, de 24 de noviembre de 2011, n.º 6211.]

3) ¿Deben llevar a cabo estas sociedades procedimientos de contratación pública únicamente para la adjudicación de los contratos públicos que guarden relación con la actividad desarrollada en los sectores especiales, de conformidad con la Directiva 2014/25/UE, como entidades adjudicadoras, para las que dicha naturaleza de organismo de Derecho público debe considerarse subsumida en las disposiciones de la parte II del Código de Contratación Pública, mientras que, por el contrario, gozan de plena autonomía negocial —y se rigen por normas exclusivamente privadas— para la actividad contractual no perteneciente a dichos sectores, habida cuenta de los principios establecidos en el considerando 21 y en el artículo 16 de la Directiva 2014/23/UE?

4) En los contratos que han de considerarse ajenos al ámbito propio de los sectores especiales, ¿siguen estas sociedades no obstante sujetas —cuando concurran los requisitos relativos a los organismos de Derecho público— a la Directiva general 2014/24/UE (y, en consecuencia, a las normas que regulan los procedimientos de contratación pública), aun cuando lleven a cabo —debido a su evolución desde el momento en que fueron creadas— actividades principalmente de carácter empresarial y en régimen de competencia?

5) En cualquier caso, cuando existan oficinas en las que se lleven a cabo conjuntamente actividades inherentes al servicio universal y actividades ajenas al mismo, ¿debe entenderse excluido el concepto de instrumentalidad —respecto al servicio de interés público concreto— para los contratos de mantenimiento ordinario y extraordinario, limpieza y equipamiento, así como servicios de conserjería y almacenamiento de dichas oficinas?

6) Por último, en caso de que deba estimarse la tesis expuesta por Poste Italiane SpA, ¿se opone el consolidado principio de la confianza legítima de los licitadores a que se convoque una licitación, en virtud de una decisión propia —sin observar todas las garantías de transparencia e igualdad de trato, establecidas en el Código de Contratación Pública—, debidamente publicada sin ulteriores avisos al respecto en la [GURI] y en el *Diario Oficial de la Unión Europea*?»

26. El 11 de octubre de 2018, Poste Italiane informó por escrito, tanto al tribunal remitente como al Tribunal de Justicia, de que había retirado el anuncio de licitación controvertido. Poste Italiane solicitó expresamente al tribunal remitente que declarase la consiguiente inadmisibilidad del recurso de los demandantes. El 20 de octubre de 2018, el tribunal remitente desestimó dicha petición.

27. El 16 de octubre de 2018, después de que las partes demandadas informasen al Tribunal de Justicia de la anulación del anuncio de licitación, este preguntó al tribunal remitente si deseaba retirar su petición de decisión prejudicial. El 26 de octubre de 2018, el tribunal remitente manifestó su deseo de no retirarla.

28. El 9 de enero de 2019, en respuesta a la petición del Tribunal de Justicia de que motivase por qué el tribunal remitente consideraba que el litigio aún estaba pendiente, este último órgano jurisdiccional le remitió una aclaración adicional. Le explicó por qué, en su opinión, el litigio seguía pendiente y por qué, por tanto, era precisa una respuesta por parte del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales planteadas.

29. El 3 de abril de 2019, el tribunal remitente informó también al Tribunal de Justicia de que se había presentado una demanda de anulación de otro anuncio de licitación emitido por Poste Italiane en relación con los mismos servicios. Según el tribunal remitente, dicho anuncio de licitación era idéntico al controvertido en el presente asunto. El tribunal remitente ha suspendido este nuevo procedimiento hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre el presente asunto.

30. Han presentado observaciones escritas Pegaso Servizi Fiduciari y Sistemi di Sicurezza, Poste Italiane, el Gobierno italiano y la Comisión Europea. Todos ellos intervinieron en la vista celebrada el 22 de enero de 2020.

IV. Apreciación

31. Las presentes conclusiones siguen la siguiente estructura. En primer lugar, voy a explicar por qué, en vista de los acontecimientos que siguieron a la remisión de la presente petición de decisión prejudicial, no hay necesidad de responder a las cuestiones prejudiciales (sección A). Por si el Tribunal de Justicia no comparte mi opinión, esbozaré brevemente la respuesta que habría de darse al fondo de las cuestiones clave. Expondré que actividades como las controvertidas en el procedimiento principal (servicios de conserjería, recepción y control de acceso de los locales de Poste Italiane) están sujetas a la normativa europea de contratación pública, concretamente la establecida en la Directiva de servicios públicos en cuanto a los sectores especiales (sección B).

A. ¿Se halla pendiente un litigio en el procedimiento principal?

32. Conforme a reiterada jurisprudencia, las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión son planteadas por el órgano jurisdiccional nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad, y la verificación de su exactitud no le corresponde al Tribunal de Justicia. Dichas cuestiones prejudiciales disfrutan de una presunción de pertinencia. [7]

33. Sin embargo, también es reiterada jurisprudencia que tanto del tenor como del sistema del artículo 267 TFUE se desprende que el procedimiento prejudicial presupone la *pendencia efectiva* de un litigio ante los órganos jurisdiccionales nacionales, en el que estos deberán dictar una resolución que podrá tener en cuenta la sentencia dictada con carácter prejudicial por el Tribunal de Justicia. Por tanto, el Tribunal de Justicia puede verificar de oficio la subsistencia del litigio principal. [8] Si el objeto del litigio ha desaparecido mientras aún está pendiente el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, haciendo que las cuestiones prejudiciales resulten meramente hipotéticas y sin relación con ninguna causa real, el Tribunal de Justicia debe resolver que no hay necesidad de responder a la petición de decisión prejudicial. [9]

7 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 29 de mayo de 2018, Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen y otros (C-426/16, EU:C:2018:335), apartado 31; de 4 de diciembre de 2018, The Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána (C-378/17, EU:C:2018:979), apartado 27, y de 1 de octubre de 2019, Blaise y otros (C-616/17, EU:C:2019:800), apartado 35.

8 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de septiembre de 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675), apartado 24; de 5 de junio de 2018, Kolev y otros (C-612/15, EU:C:2018:392), apartado 46, y de 19 de junio de 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465), apartado 31.

9 Véanse, por ejemplo, los autos de 10 de enero de 2019, Mahmood y otros (C-169/18, EU:C:2019:5); de 2 de mayo de 2019, Faggiano (C-524/16, no publicado, EU:C:2019:399), y de 1 de octubre de 2019, YX (Transmisión de una sentencia al Estado miembro de nacionalidad del condenado) (C-495/18, EU:C:2019:808).

34. En el presente asunto, no es pacífico si todavía hay una causa pendiente ante el tribunal nacional. La controversia es doble: por un lado, ¿ha sido retirado por Poste Italiane el anuncio de licitación controvertido? Por otro, ¿puede haber, a pesar de la retirada, alguna otra razón por la que los demandantes sigan teniendo interés en la acción ante el tribunal remitente?

1. Retirada del anuncio de licitación

35. En respuesta a la pregunta formulada por el Tribunal de Justicia en cuanto a si sigue habiendo un litigio pendiente ante el tribunal remitente, este indicó que Poste Italiane ha publicado un anuncio en este sentido en la GURI, así como anuncios más breves en la prensa diaria. En el anuncio publicado en la GURI, se decía que Poste Italiane había decidido «anular/revocar» el anuncio de licitación a causa de la compleja reestructuración que experimentaba la sociedad tras su fusión con Poste Tutela. Sin embargo, el tribunal remitente añade que, en los demás anuncios, más breves, publicados en la prensa diaria, Poste Italiane solo declaró que el procedimiento de licitación había sido interrumpido. Prosigue el tribunal remitente preguntándose si, con ello, Poste Italiane pretendía rectificar las infracciones alegadas por los demandantes o actuar de manera diferente (mediante adjudicación directa) para cubrir las necesidades objeto del anuncio de licitación.

36. Poste Italiane y el Gobierno italiano afirman que el anuncio de licitación ha sido formalmente retirado. En particular, Poste Italiane alega que la anulación fue debidamente publicada en todos los medios obligatorios (la GURI, dos periódicos nacionales y dos locales y el *Diario Oficial de la Unión Europea*). Tras la anulación, se convocó un nuevo procedimiento de licitación a fin de cubrir de un modo más eficiente las nuevas necesidades de Poste Italiane tras la reestructuración del grupo; en particular, el incremento de las necesidades en materia de seguridad y control.

37. Los demandantes no niegan que el anuncio de licitación haya sido retirado, pero sostienen que la petición de decisión prejudicial sigue siendo admisible, si bien por razones diferentes, que se tratan en el siguiente apartado.[10]

38. Debo admitir que en este punto me siento un tanto perplejo. Con excepción del tribunal remitente, todas las demás partes parecen estar de acuerdo en que el anuncio de licitación fue retirado. El propio tribunal remitente confirma que en el anuncio íntegro publicado en la GURI se utilizaba el término «anulado/revocado». Asimismo, el tribunal remitente señala que, en las demás versiones del anuncio, más breves, publicadas en la prensa diaria, se decía que el procedimiento «ha sido interrumpido», pero que ello era a causa del auto de medidas provisionales que ya había dictado el tribunal remitente el 20 de octubre de 2017.[11]

39. Atendiendo a todos los hechos presentados ante el Tribunal de Justicia, parece que, en efecto, el anuncio de licitación ha sido retirado. El tribunal remitente parece haberse reservado su decisión sobre si dicha retirada se ha producido efectivamente o no. En su respuesta al Tribunal de Justicia, subrayó que, al margen de este extremo, aún estaba pendiente la cuestión de la competencia: ¿son competentes los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo para conocer de tales anuncios de licitación?

40. Soy plenamente consciente del reparto ordinario de funciones dentro del procedimiento prejudicial. En efecto, corresponde únicamente al órgano jurisdiccional remitente determinar si el anuncio de licitación controvertido fue retirado, tanto desde el punto de vista de los hechos como de su valoración con arreglo al Derecho nacional. La convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación por el mismo poder adjudicador puede ser un indicio más de la retirada.

10 Véase el punto 49 de las presentes conclusiones.

11 En los términos expuestos en el punto 22 de las presentes conclusiones.

41. Sin embargo, el presente asunto lleva al límite este tradicional reparto de funciones. Pese al elevado grado de deferencia que el Tribunal de Justicia muestra normalmente hacia sus homólogos remitentes en virtud del artículo 267 TFUE, en último término es responsabilidad suya valorar si sigue siendo competente. [12]

42. Según toda la documentación disponible, el anuncio de licitación fue retirado. De hecho, ha sido publicado un nuevo anuncio de licitación para los mismos servicios. Sin embargo, el tribunal remitente aún alberga dudas acerca de la retirada «formal» del anuncio de licitación.

43. Aunque no alcanzo a entender esta afirmación, me cuesta menos comprender que un órgano jurisdiccional remitente siga deseando recibir una respuesta cuando todo parece indicar que una determinada parte demandada sigue una estrategia continuada de retirar anuncios de licitación. Me puedo imaginar una situación en que una entidad que no desea que determinadas cuestiones sean resueltas con carácter vinculante por un tribunal retire sistemáticamente los anuncios de licitación cada vez que son impugnados, tratando de privar así a los tribunales nacionales de su poder jurisdiccional.

44. Esta, sin duda, sería una cuestión diferente. En tal caso, ya incluso en la fase de apreciación de la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, [13] quizá cabría mostrar mayor flexibilidad en cuanto al concepto de litigio pendiente. No en vano, la prohibición de abusos es un principio transversal del Derecho de la Unión. [14]

45. No obstante, ninguna de las partes, y tampoco el tribunal remitente, ha alegado que Poste Italiane haya retirado sistemáticamente anuncios de licitación con la intención de eludir el control judicial o con la finalidad de disuadir a determinados candidatos de participar en el procedimiento de licitación. [15] De hecho, sucede más bien lo contrario: Poste Italiane ha ofrecido una explicación verosímil de por qué se retiró el anuncio de licitación original y parece haber actuado coherentemente con dicha explicación. [16]

46. En efecto, en tales circunstancias resulta evidente que el litigio principal ya no tiene objeto.

2. Cuestión de si los demandantes aún tienen interés en la acción en el ámbito nacional

47. Con carácter subsidiario, el tribunal remitente, los demandantes y, en parte, la Comisión parecen considerar que dicho interés aún existe, a pesar de la retirada del anuncio de licitación.

48. El tribunal remitente entiende que no se puede dar por hecho que los demandantes ya no tuviesen interés en actuar contra el anuncio de licitación, aunque este fue retirado. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia debe tratar esta petición de decisión prejudicial, sobre todo en atención al principio de control jurisdiccional efectivo.

12 Véase el punto 33 de las presentes conclusiones y jurisprudencia citada.

13 Véase, respecto a una fase posterior, el artículo 100, apartado 1, segunda frase, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

14 Véanse, por analogía, sobre la prohibición de prácticas abusivas en la normativa del IVA, las sentencias de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), y de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:881). Sin embargo, el principio de prohibición de abusos no se limita únicamente al IVA: véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:648), puntos 23 a 30. Véase también la sentencia de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134), apartados 96 a 102.

15 Procede señalar que, en otro asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia (C-419/19, Irideos, DO 2019, C 328, p. 5), que suscita cuestiones muy similares a las del presente asunto, Poste Italiane no ha retirado el anuncio de licitación controvertido.

16 Véanse los puntos 35 y 36 de las presentes conclusiones.

49. Los demandantes alegan que, pese a la retirada, la legislación italiana sigue exigiendo que el tribunal competente se pronuncie acerca de la legalidad de los actos impugnados, a fin de resolver sobre posibles indemnizaciones y sobre las costas. En particular, con arreglo al Derecho italiano, la acción indemnizatoria puede ejercitarse en el plazo de 120 días desde que la sentencia de anulación ha adquirido firmeza. Para pronunciarse acerca de dicha acción, hay que determinar primero la competencia del tribunal remitente, lo cual requiere aclarar si Poste Italiane está sometida a la normativa sobre contratación pública.

50. Según la Comisión, si se presume que el anuncio de licitación fue formalmente retirado, este último aspecto en modo alguno es concluyente. En su opinión, procede dar una respuesta a la sexta cuestión prejudicial en la medida en que esta se refiere a las consecuencias de una posible violación del principio de confianza legítima, es decir, un aspecto independiente de la vigencia del anuncio de licitación controvertido. Además, considera que la cuestión de si dicho anuncio de licitación versa sobre servicios sometidos a la Directiva de servicios públicos es determinante para establecer cuál es el órgano jurisdiccional competente ante el cual los demandantes podrían reclamar una indemnización.

51. En cambio, en opinión de Poste Italiane y del Gobierno italiano, los demandantes ya no tienen ningún interés en la acción. Mientras que Poste Italiane considera que ninguna sentencia del tribunal remitente tendría efectos favorables para los demandantes, el Gobierno italiano alega que estos no han ejercitado acción indemnizatoria alguna. En consecuencia, la posibilidad de que esta se llegue a ejercitar es meramente hipotética.

52. Así pues, a pesar de haberse retirado el anuncio de licitación, se ha alegado que a) los demandantes podrían presentar una demanda de daños y perjuicios en relación con el anuncio de licitación controvertido, y b) el tribunal remitente aún debe pronunciarse sobre las costas.

a) Posibilidad de una futura acción indemnizatoria

53. Conforme a reiterada jurisprudencia, una petición de decisión prejudicial se justifica no por la formulación de opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino por la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio.[17] En circunstancias similares a las del procedimiento principal, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la posibilidad de presentar un recurso de indemnización de daños y perjuicios, cuando este solo tiene un carácter eventual e hipotético, no podía justificar que se mantuviera la petición de decisión prejudicial cuando el litigio principal ha perdido su objeto.[18]

54. Los demandantes confirmaron en la vista que *no han presentado* una acción indemnizatoria aún ni ante el tribunal remitente ni ante ningún otro órgano jurisdiccional nacional del orden contencioso-administrativo. Es cierto que, si se ejercitase tal acción, adquiriría relevancia la cuestión de la obligatoriedad del anuncio de licitación y consecuentemente la de qué órgano jurisdiccional nacional sería competente para conocer del asunto. Sin embargo, sería relevante precisamente para esa potencial acción posterior, que actualmente no está pendiente. Por lo tanto, a los efectos del presente procedimiento ante el tribunal remitente, las cuestiones relativas a una posible acción indemnizatoria en el futuro son totalmente hipotéticas.

55. No afecta a esta conclusión el hecho, puesto de relieve por la Comisión, de que los demandantes puedan haber albergado expectativas legítimas respecto a la continuación del procedimiento de licitación y de que en todo caso fuese necesario responder a la sexta cuestión prejudicial.

17 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 10 de noviembre de 2016, Private Equity Insurance Group (C-156/15, EU:C:2016:851), apartado 56, y de 26 de octubre de 2017, Balgarska energiyna borsa (C-347/16, EU:C:2017:816), apartado 31.

18 Auto de 10 de junio de 2011, Mohammad Imran (C-155/11 PPU, EU:C:2011:387), apartados 18 a 22.

56. En primer lugar, personalmente me sorprendería a primera vista saber que el principio de la confianza legítima que rige en la Unión impida en todo caso a los poderes adjudicadores retirar los anuncios de licitación. Así pues, ¿significaría esto que, una vez publicado, el contrato público debe llevarse a cabo, sean cuales sean las circunstancias (cambiantes)?

57. En segundo lugar, si no es así, la sexta cuestión prejudicial se convierte efectivamente en un asunto que habría que apreciar en una eventual demanda de daños y perjuicios posterior como vulneración de cualesquiera otros derechos de los candidatos a un procedimiento de licitación. [19] Sin embargo, una vez más, esa materia tampoco es objeto del procedimiento actualmente pendiente ante el tribunal remitente.

b) Decisión sobre las costas

58. Por último, está la cuestión de las costas del procedimiento nacional. Aunque el anuncio de licitación estuviera retirado, el tribunal remitente seguiría necesitando decidir sobre las costas del procedimiento. Por lo tanto, podría decirse que todavía hay pendiente un litigio ante el tribunal nacional, al menos, en lo que respecta a las costas.

59. No creo que pueda seguirse esta lógica.

60. En primer lugar, mi idea de lo que se entiende, en general, por un *litigio pendiente* [20] siempre ha sido la de considerar la necesidad de una correlación razonable (si bien quizá no una coincidencia absoluta) entre el *alcance de las cuestiones* planteadas por el órgano jurisdiccional remitente y la controversia jurídica que este ha de resolver. Por lo tanto, el objeto de las cuestiones prejudiciales debe tener alguna trascendencia para la resolución del litigio pendiente ante el juez nacional. Fuera de ese ámbito (y, por tanto, con carácter hipotético) quedan las cuestiones que, cualquiera que sea la respuesta que les dé el Tribunal de Justicia, no han de afectar a la resolución del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente.

61. Así las cosas, no veo cómo ha de tener relevancia alguna para la decisión sobre las costas por el tribunal nacional la respuesta a las seis cuestiones prejudiciales —bastante minuciosas—, todas ellas planteadas con vistas a la revisión de un procedimiento de licitación en curso y de su anuncio de licitación, una vez que este anuncio ha sido retirado. Incumbe estrictamente al Derecho nacional, y las respuestas que se piden al Tribunal de Justicia carecen de trascendencia para la cuestión de las costas pendiente.

62. En segundo lugar, por regla general, a no ser que en un determinado caso las costas estén vinculadas de alguna forma concreta a una interpretación del Derecho de la Unión, lo cual debería exponerse debidamente en la resolución de remisión, el hecho de que tras la desaparición del objeto de un litigio aún sea preciso pronunciarse sobre las costas no basta para seguir afirmando la competencia del Tribunal de Justicia. [21]

19 Véase, en este sentido, la sentencia de 26 de julio de 2017, Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597), apartado 25.

20 Véase el punto 33 de las presentes conclusiones y jurisprudencia citada.

21 La postura contraria llevaría a consecuencias bastante absurdas: dado que todo tribunal nacional ha de decidir siempre sobre las costas pendientes, aunque el objeto del litigio haya desaparecido por la razón que sea, ¿significa esto que nunca se podrá retirar una petición de decisión prejudicial porque en todo caso quedará siempre pendiente la decisión sobre las costas ante el tribunal nacional? Por lo tanto, con independencia de lo que suceda con un litigio en el ámbito nacional, ¿el Tribunal de Justicia seguirá siendo competente para siempre?

63. En principio, la competencia del Tribunal de Justicia decae cuando deja de haber un litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, por ejemplo, porque en el curso del procedimiento el demandante consiguió lo que pretendía, porque el autor de la medida impugnada la retiró o porque han cambiado las disposiciones nacionales aplicables.[22] En tales circunstancias, se ha de considerar resuelto el litigio. Es irrelevante que el tribunal nacional aún deba pronunciarse sobre las costas.[23] Si no le corresponde al Tribunal de Justicia resolver el litigio aplicando a los hechos controvertidos disposiciones del Derecho de la Unión, aún menos ha de ser su función decidir sobre las costas de un litigio que ya no existe. Por lo tanto, la decisión sobre las costas incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente con arreglo al Derecho nacional.[24]

64. Obviamente, existe una salvedad: *a no ser que* la propia cuestión de las costas ante el tribunal nacional esté vinculada a la interpretación del Derecho de la Unión que se solicita al Tribunal de Justicia. Esto será así, en particular, en dos supuestos.

65. En primer lugar, el Tribunal de Justicia será efectivamente competente cuando el objeto del litigio en el procedimiento principal sean precisamente las costas. En tal situación, forma parte de las funciones del Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE interpretar cualquier disposición del Derecho de la Unión que trate específicamente de las costas procesales o, en general, del derecho a la tutela judicial efectiva.[25] Sin embargo, en estos casos, lo que el Tribunal de Justicia debe interpretar son disposiciones concretas y armonizadas del Derecho de la Unión que establecen la atribución de las costas o su limitación en determinados asuntos. Un ejemplo destacado de esta última categoría es la disposición que prohíbe que las costas en materia de medio ambiente sean «excesivamente onerosas».[26]

66. En segundo lugar, existen también casos límite en que no existen normas armonizadas del Derecho de la Unión sobre las costas, pero la cuestión interpretativa o de validez planteada al Tribunal de Justicia tiene clara incidencia en la resolución sobre las costas. En este sentido es como entiendo por qué el Tribunal de Justicia decidió resolver sobre el fondo en el asunto Amt y otros.[27]

67. El asunto Amt y otros versaba sobre la decisión de un poder adjudicador de convocar un procedimiento de licitación para la adjudicación del servicio de transporte público en una región italiana. La legislación nacional no permitía a los operadores económicos interponer recurso contra las decisiones del poder adjudicador referidas a un procedimiento de licitación en el que han decidido no participar. Básicamente, el órgano jurisdiccional remitente quería saber si dichos operadores económicos gozaban de legitimación activa en virtud del Derecho de la Unión.

68. En el curso del procedimiento, el poder adjudicador decidió no continuar con la licitación tras un cambio legislativo. En consecuencia, el objeto del litigio había desaparecido formalmente. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que la petición de decisión prejudicial seguía siendo admisible y resolvió sobre el fondo del asunto. Esto era comprensible, habida cuenta de la estructura del litigio y de la única cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente: ¿se opone el Derecho de la Unión a una normativa nacional que no permite a quienes no hayan participado en el procedimiento de licitación impugnar los actos de dicho procedimiento?

22 Véanse, por ejemplo, el auto de 14 de octubre de 2010, Reinke (C-336/08, no publicado, EU:C:2016:604), apartado 14, y la sentencia de 27 de junio de 2013, Di Donna (C-492/11, EU:C:2013:428), apartado 27.

23 Véase, por ejemplo, el auto de 14 de octubre de 2010, Reinke (C-336/08, no publicado, EU:C:2010:604), apartados 15 y 16.

24 Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Clean Car Autoservice (C-472/99, EU:C:2001:663), apartado 27.

25 Véanse también las conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona presentadas en el asunto Amt Azienda Trasporti e Mobilità y otros (C-328/17, EU:C:2018:542), puntos 40 a 49.

26 Véanse, como ejemplos recientes, las sentencias de 17 de octubre de 2018, Klohn (C-167/17, EU:C:2018:833), y de 15 de marzo de 2018, North East Pylon Pressure Campaign y Sheehy (C-470/16, EU:C:2018:185).

27 Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità y otros (C-328/17, en lo sucesivo, «asunto Amt y otros», EU:C:2018:958).

69. La respuesta afirmativa (o negativa) a dicha cuestión era determinante para aclarar si los demandantes en el procedimiento principal, que habían impugnado los actos del procedimiento de licitación pese a no haber participado en él, debían pagar las costas procesales.

70. Basta comparar dicha situación, en que una única cuestión prejudicial es decisiva para la resolución sobre las costas aún pendiente, con el presente asunto. Las seis cuestiones prejudiciales —bastante minuciosas— planteadas por el tribunal remitente se refieren a la aplicabilidad de una serie de normas de contratación pública a los servicios de conserjería, recepción y control de acceso de los locales de Poste Italiane. No plantean problemas interpretativos de disposiciones de la Unión relativas a las costas o, en general, al coste global del procedimiento de control iniciado por los demandantes. De igual manera, ninguna de las cuestiones prejudiciales presenta aspectos que puedan tener relevancia directa para la decisión sobre las costas. En particular, no se ha rebatido la legitimidad activa de los demandantes para impugnar el anuncio de licitación controvertido. Por lo tanto, no alcanzo a ver cómo *cualquier respuesta* que dé el Tribunal de Justicia a las seis minuciosas cuestiones prejudiciales planteadas pueda tener relevancia alguna para el tema de las costas en el presente procedimiento, dentro de los parámetros de los dos supuestos recién descritos.

71. Por lo tanto, en las circunstancias del presente asunto, dado que el objeto del litigio (el anuncio de licitación) ha desaparecido y no hay actualmente pendiente ninguna demanda de daños y perjuicios, la decisión pendiente sobre las costas no puede ser la única razón que justifique mantener la petición de decisión prejudicial.

72. Como observación final, no tengo reparos en reconocer que la cuestión de la relevancia de la respuesta que dé el Tribunal de Justicia para la resolución del verdadero litigio pendiente ante el tribunal nacional difícilmente se resuelve claramente con un «sí» o un «no». Es indudable que también hay casos en que el Tribunal de Justicia ha mostrado mayor indulgencia (o, quizá, más imaginación) en cuanto a la relevancia exacta que la respuesta podría tener para el litigio concreto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional. [28]

73. Sea como fuere, aun reconociendo que en realidad existe un espectro continuo de grises, antes que una clara división entre el blanco y el negro, las seis cuestiones planteadas en la presente petición de decisión prejudicial se hallan en el extremo exterior de dicho espectro. Una vez más, el único problema pendiente es de qué modo son relevantes dichas cuestiones para *el ámbito del litigio actualmente pendiente* ante el tribunal nacional. La incómoda respuesta es que no lo son.

74. Por lo tanto, no hay necesidad de responder a ninguna de las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente.

B. Observaciones sobre las cuestiones prejudiciales

75. En atención a la función de los abogados generales de asistir (plenamente) al Tribunal de Justicia (artículo 252 TFUE), voy a ocuparme brevemente del fondo de las cuestiones prejudiciales, por si acaso el Tribunal de Justicia no compartiese mi opinión sobre la (falta de) necesidad de resolver en las circunstancias del presente asunto. No obstante, lo haré de forma sucinta y en la medida que habría sido necesaria si no hubiese desaparecido el objeto del litigio. Aunque el Tribunal de Justicia tuviese que resolver sobre el fondo del asunto, no sería preciso abordar todas las cuestiones planteadas por el tribunal remitente.

28 Véase, para un ejemplo reciente, la sentencia de 1 de octubre de 2019, Blaise y otros (C-616/17, EU:C:2019:800), apartados 26 a 29 y 31 a 39.

76. El tribunal remitente ha formulado seis cuestiones prejudiciales. Con todas ellas, pretende saber, en esencia, si los servicios controvertidos, que fueron licitados por Poste Tutela antes de fusionarse con Poste Italiane, están comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión sobre contratación pública, en particular de las Directivas de servicios públicos y del sector público.[29]

77. Las cuestiones prejudiciales primera, segunda y cuarta (y parte de la tercera) versan sobre la calificación jurídica de Poste Italiane (y Poste Tutela) como organismos de Derecho público a efectos de las Directivas del sector público y de servicios públicos. Las cuestiones prejudiciales tercera y quinta se refieren a la aplicabilidad de la Directiva de servicios públicos a actividades como las del procedimiento principal. En cuanto a la sexta cuestión prejudicial, su ámbito no está tan claro. Podría entenderse como una cuestión genérica acerca de qué confianza legítima se genera para los licitadores al convocarse un procedimiento de licitación y si dicha confianza impide la retirada de un anuncio ya publicado.[30] También podría entenderse como una consulta acerca de si se genera realmente alguna confianza legítima para los licitadores en el caso de que una entidad que, por lo general, no está obligada a convocar un procedimiento de licitación lo hace por propia voluntad.

78. A los efectos del presente asunto, en que el tribunal remitente desea saber si las actividades controvertidas están sometidas a las normas de contratación pública de la Unión y, en tal caso, a qué normas, basta perfectamente con responder a las cuestiones prejudiciales tercera y quinta, relativas a la aplicabilidad de la Directiva de servicios públicos. En mi opinión, en el contexto del anuncio de licitación sobre el que versaba el litigio ante el tribunal remitente, la Directiva de servicios públicos habría sido aplicable a las actividades controvertidas.

1. Respectivos ámbitos de aplicación de las Directivas del sector público y de servicios públicos

79. Los respectivos ámbitos de aplicación de las Directivas del sector público y de servicios públicos son objeto de definiciones diferentes. Por lo que respecta a su aplicabilidad al caso concreto, ambos instrumentos se supone que se excluyen mutuamente.[31]

80. El ámbito de aplicación de la Directiva del sector público se define primordialmente en referencia a la persona. Por lo general, se aplica a los poderes adjudicadores y, por tanto, en particular, al Estado, a las autoridades regionales o locales y a los organismos de Derecho público,[32] en virtud de su estatuto formal y de su condición de determinados tipos de personas jurídicas.

81. En cambio, el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios públicos se define principalmente desde el punto de vista *material*, en referencia a *la naturaleza de las actividades*.[33] A estas actividades se hace referencia en los artículos 8 a 14 de la citada Directiva. En particular, abarcan calefacción, electricidad, agua, servicios de transporte, puertos y aeropuertos y servicios postales.

82. Al mismo tiempo, la Directiva de servicios públicos es menos estricta en cuanto a su ámbito de aplicación personal. Se aplica a un amplio abanico de «entidades adjudicadoras», categoría que comprende los poderes adjudicadores, las empresas públicas y las empresas que gozan de derechos especiales o exclusivos.[34] Este amplio ámbito de aplicación personal es la consecuencia lógica del

29 El tribunal remitente menciona también la Directiva de concesiones. Sin embargo, yo no veo la relevancia que esta pueda tener para el presente asunto. En el improbable caso de que las actividades controvertidas acabasen siendo prestadas mediante concesión, el artículo 5, apartado 4, párrafo tercero, de la Directiva de servicios públicos dispone que, en principio, «cuando se trate de contratos mixtos que contengan elementos de contratos de suministro, obras y servicios *y de concesiones*, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva» (el subrayado es mío).

30 Esta parece ser la postura de la Comisión respecto a cuáles de las cuestiones prejudiciales seguirían siendo pertinentes a pesar de la retirada del anuncio de licitación (véase el punto 50 de las presentes conclusiones).

31 Artículo 7 de la Directiva del sector público. Véanse también los artículos 5, apartado 4, y 6, apartado 3, de la Directiva de servicios públicos.

32 Véanse los artículos 1, apartado 2, y 2, apartado 1, de la Directiva del sector público.

33 Véanse los artículos 1, apartado 2, y 4, apartado 1, de la Directiva de servicios públicos.

34 Véase el artículo 4, apartado 1, de la Directiva de servicios públicos.

ámbito de aplicación material de la Directiva. Es cierto que este último ámbito pretende regular los sectores del agua, la energía, el transporte y los servicios postales, pero en estos sectores, en los que solía haber monopolios del Estado, las entidades que actualmente operan adoptan diversas formas jurídicas, de manera que «es necesario que la determinación de las entidades cubiertas no se base en su régimen jurídico». [35]

83. De estas disposiciones se deduce que el ámbito de aplicación material de la Directiva de servicios públicos se define de forma más bien estricta. Una de las principales consecuencias de esta diferencia de concepto es que, por este motivo, en el ámbito de la Directiva de servicios públicos, no tiene cabida el planteamiento conocido como «teoría del contagio».

84. Dicha teoría fue formulada inicialmente por el Tribunal de Justicia en 1998 en su sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, [36] dictada en un asunto relativo a la calificación jurídica de la Österreichische Staatsdruckerei (Imprenta del Estado austriaco; en lo sucesivo, «ÖS»). Con arreglo al Derecho austriaco, ÖS era una empresa estatal, que posteriormente adquirió la condición de comerciante en el sentido del Código Mercantil. Al principio, se le encomendó la producción de documentos administrativos oficiales de carácter confidencial o sujetos a normas de seguridad. Sin embargo, también ejerció otras actividades, como la edición de libros y periódicos. El Tribunal de Justicia consideró que ÖS era un organismo de Derecho público en el sentido de la Directiva del sector público entonces vigente. En consecuencia, *todas* sus actividades quedaban comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. De este modo, incluso sus actividades comerciales se consideraron sujetas a la Directiva del sector público, *debido a* su estatuto jurídico como organismo de Derecho público.

85. Por lo tanto, metafóricamente se podría decir que todas las actividades que toca un organismo de Derecho público, como el rey Midas, se «tiñen» y quedan sujetas a la Directiva del sector público (si bien no necesariamente convirtiéndolas en oro).

86. En cambio, el Tribunal de Justicia rechazó extender esta misma lógica a la Directiva de servicios públicos en su sentencia Ing. Aigner. [37] Dicho asunto versaba sobre una empresa, Fernwärme Wien, que fue creada para garantizar la calefacción en el término municipal de la ciudad de Viena. Al mismo tiempo, la empresa se ocupaba de la planificación general de instalaciones de refrigeración para proyectos inmobiliarios de cierta envergadura. En el marco de esta actividad, tenía que hacer frente a la competencia de otras empresas. En su sentencia, el Tribunal de Justicia reiteró que todos los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de poder adjudicador estaban sometidos a las normas de contratación pública de la Unión, pues Fernawärme Wien también resultaba ser un «organismo de Derecho público». Sin embargo, el Tribunal de Justicia distinguió entre las actividades controvertidas: mientras que los contratos relativos a actividades relacionadas en la Directiva de servicios públicos estaban sometidos a sus disposiciones, los demás contratos estaban sujetos a la Directiva del sector público.

87. Por lo tanto, el estatuto jurídico como organismo de Derecho público tiene por efecto extender la aplicación de las normas de contratación pública de la Unión a todas sus actividades sujetas a la Directiva del sector público. Sin embargo, no extiende la posible aplicación de esta Directiva a actividades expresamente sujetas a la Directiva de servicios públicos. Así pues, el ámbito de aplicación material de esta última permanece intacto, sea cual sea el estatuto jurídico de la empresa en cuestión. De igual manera, la teoría del contagio no entra en juego en relación con las actividades sometidas a la Directiva de servicios públicos.

35 Considerando 19 de la Directiva de servicios públicos.

36 Sentencia de 15 de enero de 1998 (C-44/96, EU:C:1998:4).

37 Sentencia de 10 de abril de 2008 (C-393/06, EU:C:2008:213), apartados 28 a 30.

88. En consecuencia, la Directiva de servicios públicos es *lex specialis*, mientras que la Directiva del sector público es *lex generalis*. Como *lex specialis*, la Directiva de servicios públicos debe aplicarse de forma más estricta.

2. «Servicios postales» con arreglo a la Directiva de servicios públicos

89. ¿Cuál es, pues, el alcance del concepto de «servicios postales» con arreglo a la Directiva de servicios públicos? De conformidad con su artículo 13, apartado 1, esta Directiva se aplica a las actividades relacionadas con la prestación de servicios postales y de servicios distintos de los servicios postales, en particular siempre y cuando dichos servicios sean prestados por una entidad que preste igualmente servicios postales.

90. Transcrita, esta disposición parece establecer dos categorías diferentes: i) los servicios postales (en sentido estricto) y ii) los demás servicios enumerados en el artículo 13, apartado 2, letra c), de la Directiva de servicios públicos, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 13, apartado 1, letra b). Sin embargo, la parte introductoria del artículo 13, apartado 1, de la Directiva de servicios públicos también dice claramente que no se trata solo de estos servicios en sentido estricto, sino iii) de las *actividades relacionadas con* la prestación de servicios postales o de los otros servicios enumerados en el artículo 13, apartado 2, letra c).

91. En primer lugar, qué son exactamente *servicios postales* se define legislativamente en el artículo 13, apartado 2, letra b), como servicios consistentes en la recogida, la clasificación, la expedición y la distribución de envíos postales, definición que se completa con la de «envío postal» en la letra a) anterior. La definición engloba tanto los servicios incluidos como los no incluidos en el ámbito de aplicación del servicio universal.

92. En segundo lugar, el artículo 13, apartado 2, letra c), define estos «servicios distintos de los servicios postales» como «los servicios de gestión de servicios de correo (tanto los servicios previos al envío como los posteriores a él, incluidos los servicios de gestión de salas de correo)» y «los servicios relativos a envíos postales no incluidos en [el artículo 13, apartado 2,] letra a), como la publicidad directa sin indicación de destinatario».

93. En tercer lugar, ¿qué sucede con la categoría adicional o residual de «actividades relacionadas con la prestación» de servicios postales y servicios distintos de los servicios postales?

94. En opinión de Poste Italiane y del Gobierno italiano, al no ser aplicable la «teoría del contagio» en el ámbito de la Directiva de servicios públicos, el ámbito de aplicación de su artículo 13 debe interpretarse restrictivamente. Solo comprende los dos tipos de actividades expresamente enumeradas en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva de servicios públicos.

95. Estoy de acuerdo con la primera parte del argumento, pero no con la segunda.

96. En efecto, la declaración del Tribunal de Justicia a este respecto en la sentencia Ing. Aigner es totalmente acertada. Sin embargo, la interpretación correcta del artículo 13 de la Directiva de servicios públicos es que su ámbito de aplicación no es tan estricto como proponen Poste Italiane y el Gobierno italiano.

97. En mi opinión, existe claramente una tercera categoría enmarcada en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva de servicios públicos: la de las *actividades relacionadas con* la prestación de servicios postales.

98. En primer lugar, está no solo el tenor literal del artículo 13, apartado 1, sino también del artículo 1, apartado 2, de la Directiva de servicios públicos: «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato de suministro, obras o servicios, por una o varias entidades adjudicadoras, a los operadores económicos elegidos por dichas entidades adjudicadoras, a condición de que las obras, los suministros o los servicios *estén destinados a la realización de una de las actividades* contempladas en los artículos 8 a 14».[38] Estos dos pasajes indican que lo que se considera incluido no son solo esos servicios postales en sentido estricto, sino también otros suministros o servicios necesarios que permiten prestar el servicio principal.

99. En segundo lugar, esto viene corroborado también por la lógica del sector. Es lícito presumir que la prestación de servicios postales en sentido estricto (recogida, clasificación, expedición y distribución de envíos postales) normalmente la llevan a cabo las propias entidades adjudicadoras. Resultaría sorprendente descubrir que una compañía de correos, en particular la prestadora del servicio universal, en realidad no distribuye ella misma los envíos postales. Sin embargo, si hubiese que afirmar, como sugiere, en esencia, Poste Italiane, que la obligación de recurrir a procedimientos de contratación pública solo se refiere a los servicios postales en sentido estricto, en la práctica quedarían entonces privadas de contenido tanto la letra a) como la letra b) del artículo 13, apartado 1. ¿A qué se aplicarían entonces dichas disposiciones?

100. Por lo tanto, tengo muy claro que el objeto del artículo 13 de la Directiva de servicios públicos son, en particular, las obras, suministros y servicios destinados a *posibilitar* la prestación de servicios postales. Tal como declaró el Tribunal de Justicia, «cuando una entidad contratante que ejerza alguna de las actividades contempladas específicamente en [la Directiva de servicios públicos] proyecte, en el ejercicio de la referida actividad, adjudicar un contrato de servicios, de obras o de suministros, o bien organizar un concurso, dicho contrato o concurso se regirá por lo dispuesto en la citada Directiva».[39]

101. Por lo tanto, en general, la Directiva de servicios públicos se aplica no solo a los contratos que se celebran en el marco de alguna de las actividades allí mencionadas expresamente, sino también a los que se celebren para el desempeño de las actividades definidas en la Directiva de servicios públicos. Por consiguiente, en la medida en que un contrato celebrado por una entidad adjudicadora esté vinculado a una actividad desarrollada por esta en los sectores contemplados en la Directiva de servicios públicos, ese contrato debe estar sujeto a los procedimientos establecidos en dicha Directiva.[40]

102. Sin embargo, la cuestión fundamental pasa entonces a ser hasta dónde llega la lógica de «en relación con» o «para posibilitar». Por un lado, su alcance en modo alguno es tan limitado como sugiere Poste Italiane. Por otro, no es tan amplio como para equivaler a una aplicación de hecho de la teoría del contagio también en el ámbito de la Directiva de servicios públicos.

103. A mi parecer, «las actividades relacionadas con la prestación de», con arreglo al artículo 13, apartado 1, de la Directiva de servicios públicos, se ha de entender en el sentido de que comprende todas aquellas actividades *necesarias para* o *normalmente asociadas* al ejercicio de servicios postales. «Necesarias» en el sentido de que, sin ellas, los servicios postales no podrían prestarse adecuadamente. Sin embargo, en este sentido, «relacionadas con» también incluiría las actividades que no son estrictamente necesarias pero que de forma ordinaria y habitual están asociadas a la prestación de estas clases de servicios.

38 El subrayado es mío.

39 Sentencia de 16 de junio de 2005, Strabag y Kostmann (C-462/03 y C-463/03, EU:C:2005:389), apartado 39.

40 Véanse las sentencias de 16 de junio de 2005, Strabag y Kostmann (C-462/03 y C-463/03, EU:C:2005:389), apartados 41 y 42; de 10 de abril de 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), apartados 56 a 59, y de 19 de abril de 2018, Consorzio Italian Management y Catania Multiservizi (C-152/17, EU:C:2018:264), apartado 26.

104. Yo sería partidario de incluir ambas categorías, pues el límite entre ellas en ocasiones puede ser un tanto difuso. Obviamente, hoy en día, la electricidad para el funcionamiento de las oficinas de correos; los coches y motos para distribuir el correo, o la indumentaria específica que permite al público identificar a los carteros pueden considerarse ejemplos de suministros necesarios. Sin embargo, este mismo ejemplo último podría enfrentarse a objeciones: ¿es realmente necesario para la correcta distribución de envíos postales que los carteros lleven un uniforme especial? Ciertamente, podría argumentarse que, en términos estrictos, un uniforme elegante no es necesario para la distribución efectiva de envíos postales. Un cartero en vaqueros y camiseta puede hacer su trabajo igualmente.

105. Por este motivo, «relacionadas con» no ha de referirse de manera estricta a lo *técnicamente necesario*, sino también a lo *normalmente asociado a*. Así, las actividades que no están normalmente asociadas a la prestación de servicios sociales, como la contratación de seguros de vehículos, la venta de periódicos o revistas o la apertura de un rincón de masaje en el vestíbulo de una oficina de correos, es poco probable que puedan calificarse como actividades relativas a la normal prestación de servicios postales. [41]

106. Más allá de todo esto, es evidente que corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales decidir si, en las circunstancias del caso específico, el suministro o actividad concretos que se realicen suelen estar relacionados con la prestación de servicios postales o de servicios distintos de los servicios postales. Se trata de captar el conjunto de prestaciones que hoy en día acostumbra a entenderse como constitutivo de la adecuada prestación de servicios postales.

3. Aplicación al presente asunto

107. El presente asunto versa sobre los servicios de conserjería, recepción y control de acceso en los locales de Poste Italiane y de otras empresas de ese grupo. ¿Están comprendidas estas actividades en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios públicos?

108. En opinión de los demandantes, aunque no son en sí mismos servicios postales, los servicios en cuestión son necesarios o están asociados al ejercicio de las actividades mencionadas en el artículo 13 de la Directiva de servicios públicos, en la medida en que posibilitan la realización de las actividades correspondientes al servicio universal. El funcionamiento eficiente de los locales en los que se presta el servicio universal también es posible gracias al conserje y a los vigilantes.

109. A juicio de Poste Italiane, las actividades controvertidas no están incluidas entre las actividades relacionadas en la Directiva de servicios públicos ni forman parte de los servicios que justifican la aplicación de las normas de Derecho público porque no consisten en servicios que incluyan la recogida y distribución de correo. Entiende que las actividades controvertidas no son accesorias a los servicios postales, pues no son necesarias para la prestación de estos. Los servicios de conserjería, recepción y control de acceso son actividades complementarias y transversales a todos los tipos de servicios que presta Poste Italiane. Los locales en los que se llevan a cabo las actividades controvertidas son utilizados al mismo tiempo como oficinas administrativas y como oficina principal de los servicios financieros. De igual manera, los servicios controvertidos los prestan empresas de todo el grupo, incluidas las que no se dedican a la prestación de servicios postales (por ejemplo, PostePay SpA, especializada en servicios de pago, digitales y telefonía móvil, o Poste Vita, que presta servicios de seguros).

41 Aunque no cabe duda de que, ciertamente respecto a esta última actividad, sería una gran idea.

110. Según la Comisión, la Directiva de servicios públicos es de aplicación a los servicios vinculados desde el punto de vista funcional a los servicios expresamente sometidos a ella. En el presente asunto, los locales que sirven de sustento a los servicios controvertidos son los mismos que donde se prestan los servicios postales. No solo es irrelevante que dichos locales se utilicen también para operaciones financieras, sino también innecesario determinar la intensidad del vínculo funcional existente entre los servicios controvertidos y los servicios postales, a efectos de decidir sobre la aplicabilidad de la Directiva de servicios públicos.

111. Yo estoy esencialmente de acuerdo con los demandantes y la Comisión. No cabe duda de que las actividades controvertidas están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios públicos en la medida en que son necesarias para la adecuada prestación de servicios postales y están, por tanto, relacionadas con ellos en el sentido del artículo 13 de dicha Directiva.

112. En primer lugar, Poste Italiane (y Poste Tutela en el momento en que se publicó el anuncio de licitación) está incluida en el ámbito de aplicación *personal* de la Directiva de servicios públicos. Aunque en las observaciones escritas y orales presentadas por las partes se ha mantenido un amplio debate sobre la naturaleza jurídica de Poste Italiane, a los efectos de la aplicabilidad de la Directiva de servicios públicos no es necesario determinar si dicha sociedad es un «organismo de Derecho público».

113. Basta con señalar que Poste Italiane cumple los criterios del artículo 4, apartado 2, de la Directiva de servicios públicos para ser calificada como «empresa pública». Puesto que la mayoría accionarial de Poste Italiane está en manos del Estado o de organismos vinculados a este,[42] se ha de presumir una influencia dominante del Estado sobre dicha sociedad. Por lo tanto, Poste Italiane es una empresa pública en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva de servicios públicos.

114. En segundo lugar, los servicios controvertidos están comprendidos en el ámbito de aplicación *material* de la Directiva de servicios públicos. A mi parecer, la conserjería, la recepción y el control de acceso en los locales de Poste Italiane serían necesarios para la correcta prestación de servicios postales. Sin duda, de forma similar a la expuesta en los puntos generales anteriores,[43] podría discutirse si estos servicios específicos son, en términos estrictos, necesarios para la prestación de servicios postales.[44] Sin embargo, de lo que no cabe duda es de que están *normalmente asociados a* la prestación de dichos servicios y, en este sentido, están *relacionados con* ellos.

115. A este respecto, es irrelevante que los servicios controvertidos no se presten solo en oficinas de correos, sino también en oficinas administrativas que no acogen al público y en locales en los que se prestan servicios financieros o de seguros.

116. En primer lugar, aunque las oficinas administrativas no acojan normalmente al público —los usuarios de servicios postales—, el hecho de que las políticas relativas a los servicios postales se decidan y ejecuten en esas oficinas significa que sencillamente forman parte de los servicios postales. De alguna manera, esta es la continuación del argumento de Poste Italiane cuando sugiere que servicios postales tan solo es la manipulación física de envíos postales. Sin embargo, necesariamente, los servicios postales también han de incluir su propia gestión y planificación: no son servicios que se produzcan de forma espontánea.

42 Véase el punto 17 de las presentes conclusiones.

43 Véanse los puntos 101 a 103 de las presentes conclusiones.

44 En realidad, esta objeción se podría formular con respecto a cualquier actividad que razonablemente pudiera considerarse parte necesaria de los servicios postales. En efecto, estos quizá podrían prestarse sin electricidad (iluminando las oficinas de correos con velas), sin coches (los carteros pueden caminar) o sin servicios de limpieza (los montones de basura no tienen por qué impedir físicamente que los clientes accedan al mostrador de una oficina de correos).

117. En segundo lugar, en cuanto a los otros tipos de servicios prestados por Poste Italiane, es probable que se deban prestar en los mismos locales que los servicios postales. Para determinar que no existe vínculo funcional entre las actividades controvertidas y los servicios postales, debería demostrarse, en cualquier caso, que estas actividades han sido contratadas externamente *exclusivamente* para instalaciones que no entran en contacto, directo o indirecto, con los servicios postales.

118. En tercer lugar, el artículo 5, apartado 4, de la Directiva de servicios públicos realmente sí prevé que puedan existir extralimitaciones en aquellos supuestos en los que las entidades adjudicadoras decidan adjudicar un único contrato (que comprenda servicios postales y no postales). Sin embargo, incluso en estos casos, la Directiva se aplica al *contrato mixto único* resultante.

119. Sin embargo, tal extralimitación no es inevitable. Es la consecuencia de que la entidad adjudicadora haya optado por actuar así y unificar todos esos servicios en un único contrato. En efecto, el artículo 6, apartado 1, permite a las entidades adjudicadoras adjudicar contratos por separado para evitar la aplicación indiscriminada de la Directiva de servicios públicos a todas las actividades de Poste Italiane —indudablemente diversas—, por distintas que estas sean.

120. En resumen, la lógica con la que actúa la Directiva de servicios públicos es en cierto modo la contraria a la que parece sugerir Poste Italiane. Efectivamente, es posible eludir la aplicación de la Directiva de servicios públicos si, en lugar de licitar un contrato mixto que englobe todas las actividades, incluidas las postales, la entidad adjudicadora opta por adjudicar contratos por separado para cada de las distintas actividades. Sin embargo, no se puede eludir la aplicación de dicha Directiva sacando a licitación un contrato mixto y alegando después que, dado que la Directiva no se aplicaría a algunas partes del contrato si fueran independientes, no se aplica a la totalidad del contrato.

V. Conclusión

121. Propongo que no es preciso que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia).