# SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)
de 11 de enero de 2005 *

En el asunto C-26/03,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberlandesgericht Naumburg (Alemania), mediante resolución de 8 de enero de 2003, recibida en el Tribunal de Justicia el 23 de enero de 2003, en el procedimiento entre:

**Stadt Halle,**

**RPL Recyclingpark Lochau GmbH**

y

**Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,**

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y los Sres. J.N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (Ponente), M. Ilešič y E. Levits, Jueces;

Abogado General: Sra. C. Stix-Hackl;
Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— en nombre de la Stadt Halle, por la Sra. U. Jasper, Rechtsanwältin;

— en nombre de Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, por el Sr. K. Heuvels, Rechtsanwalt;

— en nombre del Gobierno francés, por los Sres. G. de Bergues et D. Petrausch, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. T. Pynnä, en calidad de agente;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. K. Wiedner, en calidad de agente;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 23 de septiembre de 2004;

dicta la siguiente

## Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), a su vez modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 (DO L 328, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva 89/665»). La petición de decisión prejudicial se refiere asimismo a la interpretación de los artículos 1, punto 2, y 13, apartado 1, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), en su versión modificada por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998 (DO L 101, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva 93/38»).

2 Dicha petición se planteó en el marco de un litigio entre, por una parte, la Stadt Halle (ciudad de Halle) (Alemania) y la sociedad RPL Recyclingpark Lochau GmbH (en lo sucesivo, «RPL Lochau») y, por otra, la sociedad Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (en lo sucesivo, «TREA Leuna») respecto a la regularidad con arreglo a las normas comunitarias de la adjudicación sin procedimiento de licitación pública de un contrato de servicios en relación con el tratamiento de residuos por la Stadt Halle a RPL Lochau, cuyo capital pertenece mayoritariamente a la Stadt Halle y en una fracción minoritaria a una sociedad privada.

## Marco jurídico

### *Normativa comunitaria*

3 Según el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52 (en lo sucesivo, «Directiva 92/50»), se entenderá por «contratos públicos de servicios» «los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora». Con arreglo al artículo 1, letra b), de la misma Directiva, se entenderá por «entidad adjudicadora» «el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes». Por último, el artículo 1, letra c), de dicha Directiva define al «prestador de servicios» como «toda persona física o jurídica, incluidos los organismos públicos, que ofrezca servicios».

4 En virtud del artículo 8 de la Directiva 92/50, «los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI». Las disposiciones de los citados títulos contienen fundamentalmente normas en materia de sumisión a la competencia y de

publicidad. El artículo 11, apartado 1, de la misma Directiva dispone que «las entidades adjudicadoras adjudicarán los contratos públicos de servicios con arreglo a los procedimientos definidos en las letras d), e) y f) del artículo 1, adaptados a los fines de la presente Directiva». Los procedimientos a los que se refiere esta disposición son, respectivamente, los «procedimientos abiertos», los «procedimientos restringidos» y los «procedimientos negociados».

5 La categoría nº 16 del anexo I A de dicha Directiva designa los siguientes servicios: «Alcantarillado y eliminación de desperdicios. Servicios de saneamiento y servicios similares».

6 El artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 establece que la Directiva se aplicará a los contratos públicos de servicios siempre que el valor previsto, excluido el impuesto sobre el valor añadido, «sea igual o superior a 200.000 ecus».

7 Se desprende de los considerandos segundo y tercero de la Directiva 89/665 que su finalidad es garantizar la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratos públicos a través de medios de recurso eficaces y rápidos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse, habida cuenta de que la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación.

8 Para ello, el artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665 dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros tomarán, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas [...], las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser [recurridas] de manera eficaz y, en

particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, con motivo de que dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho.

[...]

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público [...] y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso.»

9 A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665:

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

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

b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

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

10 Según el artículo 1 de la Directiva 93/38:

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

[...]

2) empresas públicas: aquéllas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

— tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa,

o

— dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa,

o

— puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa;

3) empresas asociadas: [...] las empresas sobre las cuales la entidad contratante pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante según se define en el apartado 2 del presente artículo [...]

[...]»

11 El artículo 13 de la Directiva 93/38 establece lo siguiente:

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

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

[...]

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.

[...]»

*Normativa nacional*

12 De la resolución de remisión resulta que los recursos en materia de contratos públicos se rigen en el Derecho alemán por la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley contra las restricciones de la competencia). Con arreglo al artículo 102 de esta Ley, «la celebración de contratos públicos» es recurrible. El licitador o el candidato tiene un derecho subjetivo al respeto de las «disposiciones relativas al procedimiento de contratación pública», que le permite invocar frente a la entidad adjudicadora los derechos que le confiere el artículo 97, apartado 7, de dicha Ley en relación con «la realización o la omisión de un acto en el marco de un procedimiento de celebración de contratos [...]».

13 La resolución de remisión precisa que, sobre la base de estas disposiciones, conforme a la opinión seguida por una parte de la jurisprudencia y de la doctrina en Alemania, la interposición de un recurso en materia de contratación pública sólo es posible si el demandante pretende imponer a la entidad adjudicadora un determinado comportamiento en el marco de un procedimiento formal de celebración de contrato público que se encuentre en curso, lo que significa que no es posible interponer recurso si la entidad adjudicadora ha decidido no convocar una licitación pública y no incoar formalmente un procedimiento de contratación pública. No obstante, esta opinión es discutida por otra parte de la jurisprudencia y de la doctrina.

## Litigio principal y cuestiones prejudiciales

14 Se desprende de la resolución de remisión que la Stadt Halle, mediante acuerdo de la Junta Municipal de 12 de diciembre de 2001, encargó a RPL Lochau la elaboración de un proyecto para el tratamiento previo, la valorización y la eliminación de sus residuos, sin haber incoado formalmente un procedimiento de contratación pública. Al mismo tiempo, la Stadt Halle decidió, también sin convocar una licitación, entablar negociaciones con RPL Lochau para la celebración con esta sociedad de un contrato relativo a la eliminación de los vertidos residuales a partir del 1 de junio de 2005. Dicha sociedad sería el inversor para la construcción de la planta térmica de eliminación y valorización de los residuos.

15 RPL Lochau es una sociedad de responsabilidad limitada constituida en 1996. En su capital participan, por una parte, en una proporción del 75,1 %, Stadtwerke Halle GmbH, cuyo socio único, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, pertenece íntegramente a la Stadt Halle, y, por otra, en una proporción del 24,9 %, una sociedad privada de responsabilidad limitada. El órgano jurisdiccional remitente califica a RPL Lochau como «sociedad participada del sector público» y señala que el reparto de su capital no se incorporó a los estatutos sociales hasta finales de 2001, cuando se planeó la adjudicación del proyecto de que se trata.

16 El órgano jurisdiccional remitente señala asimismo que el objeto social de RPL Lochau es la explotación de plantas de reciclado y eliminación de residuos. Los acuerdos de la junta general de socios se adoptan bien por mayoría simple, bien por mayoría cualificada del 75 % de los votos. Actualmente, la dirección comercial y técnica de esta sociedad se ha cedido a una empresa ajena y la Stadt Halle está facultada, en especial, para realizar auditorías sobre sus cuentas.

17 Tras conocer la adjudicación del contrato sin aplicación del procedimiento previsto por las normas comunitarias en materia de contratos públicos, TREA Leuna, que estaba asimismo interesada en prestar los citados servicios, se opuso a la decisión de la Stadt Halle y planteó ante la Sala de contratos públicos del Regierungspräsidium Halle un recurso con objeto de que se obligase a la Stadt Halle a convocar una licitación pública.

18 En su defensa, la Stadt Halle alegó que, conforme a la normativa nacional descrita en los apartados 12 y 13 de la presente sentencia, no había lugar a admitir el recurso debido a que, como entidad adjudicadora, no había incoado formalmente un procedimiento de contratación pública. Por otra parte, sostenía que RPL Lochau emana de la Stadt Halle, ya que está controlada por ésta. Por tanto, se trata de una «operación interna», a la que no se aplican las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

19 La autoridad que conocía del recurso estimó la pretensión de TREA Leuna por considerar que, aunque no se hubiese incoado un procedimiento de contratación pública, las decisiones de la entidad adjudicadora debían ser recurribles. Estimó asimismo que en este caso no podía tratarse de una «operación interna», dado que la participación minoritaria privada superaba el umbral del 10 % a partir del cual, con arreglo a la normativa alemana sobre las sociedades de responsabilidad limitada, existe una minoría que dispone de determinados derechos. La citada autoridad consideró además que la actividad que RPL Lochau realizaba para la Stadt Halle permitía prever con suficiente certeza que esta sociedad destinaría sólo el 61,25 % de su capacidad a la citada actividad, por lo que estaba obligada a obtener pedidos en el mercado en el que operaba para dar salida al resto de su capacidad.

20 La Stadt Halle interpuso recurso de apelación ante el Oberlandesgericht Naumburg contra esta resolución. Dicho órgano jurisdiccional resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) ¿Exige el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [89/665] a los Estados miembros que garanticen una posibilidad de recurso eficaz y lo más rápida posible contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras consistentes en no adjudicar un contrato público mediante un procedimiento conforme con las disposiciones de las Directivas en materia de contratos públicos?

b) ¿Exige el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [89/665] a los Estados miembros asimismo que garanticen una posibilidad de recurso eficaz y lo más rápida posible contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras con anterioridad a una licitación formal, en particular contra la decisión relativa a las cuestiones previas de si una determinada operación de adquisición está o no comprendida, de manera general, dentro del ámbito de aplicación personal o material de las Directivas en materia de contratos públicos o de si, con carácter extraordinario, concurre alguna excepción a la normativa en materia de contratos públicos?

c) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial [letra a)] y de respuesta negativa a la [primera] cuestión prejudicial [letra b)]:

¿Cumple un Estado miembro su obligación de garantizar una posibilidad de recurso eficaz y lo más rápida posible contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras consistentes en no adjudicar un contrato público mediante un procedimiento conforme con las disposiciones de las Directivas en materia de contratos públicos si el acceso al procedimiento de recurso se supedita a que se haya alcanzado una determinada fase formal del proceso de adquisición, por ejemplo, el inicio de las negociaciones, verbales o escritas, sobre el contrato con un tercero?

2) a) En el supuesto de que, por una parte, una entidad adjudicadora, como por ejemplo un ente territorial, proyecte celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella –en lo sucesivo, "contratista"–, un contrato de servicios a título oneroso sometido a la Directiva [92/50] y, por otra, dicho contrato no sea, con carácter excepcional, un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva [92/50] porque pueda entenderse que el contratista forma parte de la Administración pública o de los servicios de la entidad adjudicadora –en lo sucesivo, "operación interna exenta de la obligación de licitación"–, ¿la calificación de tal contrato como operación interna exenta de la obligación de licitación está excluida en todos los casos en que una empresa privada participe en el capital social del contratista con arreglo al Derecho societario?

b) En caso de respuesta negativa a la [segunda] cuestión prejudicial [letra a)]:

¿Bajo qué condiciones debe entenderse que un contratista en cuyo capital social participa con arreglo al Derecho societario una sociedad privada –en lo sucesivo, "sociedad participada del sector público"– forma parte de la Administración pública o de los servicios de la entidad adjudicadora?

A este respecto, en particular:

— ¿Es suficiente, para que se considere que una sociedad participada del sector público forma parte de los servicios de la entidad adjudicadora, desde el punto de vista de la forma y la intensidad del control, que la entidad adjudicadora ejerza una "influencia dominante" en ella, por ejemplo en el sentido de los artículos 1, número 2, y 13, apartado 1, de la Directiva 93/38 [...], modificada por el Acta [relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia y a las adaptaciones de los Tratados en los que se basa la

Unión Europea (DO 1994, C 241, p. 21, y DO 1995, L 1, p. 1)] y por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [de 16 de febrero de 1998, por la que se modifica la Directiva 93/38 (DO L 101, p. 1)]?

— ¿Excluye cualquier posibilidad jurídica de que el socio privado de la sociedad participada del sector público influya en la definición de los objetivos estratégicos del contratista y/o en las decisiones concretas de la dirección de la empresa que pueda considerarse que ésta forma parte de los servicios de la entidad adjudicadora?

— ¿Es suficiente, para que se considere que una sociedad participada del sector público forma parte de los servicios de la entidad adjudicadora, desde el punto de vista de la forma y la intensidad del control, la existencia de una amplia facultad para impartir instrucciones por lo que respecta únicamente a las decisiones de celebración del contrato y de prestación de los servicios en relación con la operación de adquisición concreta de que se trate?

— ¿Es suficiente, para que se considere que una sociedad participada del sector público forma parte de los servicios de la entidad adjudicadora, desde el punto de vista de la realización de la parte esencial de su actividad con ésta, 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 la entidad adjudicadora o a las empresas asociadas o integradas en la entidad adjudicadora, o que –en la medida en que la empresa de economía mixta todavía no lleve tres años de actividad– quepa esperar, de acuerdo con las previsiones, que se cumpla dicha norma del 80 %?»

## Sobre las cuestiones prejudiciales

21 Con el fin de dar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil y coherente, es necesario distinguir y examinar las cuestiones planteadas en dos grupos, en función de su contenido y de su objeto.

*Sobre la primera cuestión, letras a), b) y c)*

22 Mediante esta primera serie de cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que la obligación de los Estados miembros de garantizar una posibilidad de recurso eficaz y rápida contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras se aplica asimismo a las decisiones adoptadas sin un procedimiento formal de contratación pública y con anterioridad a una licitación formal y, en particular, a la decisión que establece si un determinado contrato está o no comprendido dentro del ámbito de aplicación personal o material de la Directiva 92/50, y a partir de qué fase de una operación de adquisición están los Estados miembros obligados a conceder a un licitador, a un candidato o a un interesado el acceso a un procedimiento de recurso.

23 A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la Directiva 92/50 se adoptó, según sus considerandos primero y segundo, dentro de las medidas necesarias para completar el mercado interior, es decir, un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. De los considerandos cuarto y quinto de la misma Directiva se desprende que el objetivo de ésta es llevar a cabo la liberalización del mercado de contratos públicos en el ámbito de los servicios, en condiciones de trato igual y de transparencia, por lo que la Directiva debe ser aplicada por todas las entidades adjudicadoras.

24 A continuación, procede destacar que las disposiciones de la Directiva 92/50 ponen claramente de manifiesto los requisitos que hacen obligatoria la aplicación de las normas contenidas en los títulos III a VI de ésta por parte de todas las entidades adjudicadoras y que las excepciones a la aplicación de dichas normas se enumeran taxativamente en la propia Directiva.

25 Por consiguiente, cuando se cumplen los citados requisitos, o en otras palabras cuando una operación está comprendida dentro del ámbito de aplicación personal y material de la Directiva 92/50, los contratos públicos de que se trate deben, en virtud del artículo 8 en relación con el artículo 11, apartado 1, de dicha Directiva, adjudicarse con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI de ésta, a saber, estar sometidos a licitación y recibir la publicidad adecuada.

26 Esta obligación vincula a las entidades adjudicadoras sin distinción entre los contratos públicos que celebren para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los que no guardan relación con dicha función (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, apartado 32).

27 Para responder al órgano jurisdiccional remitente, es necesario examinar el concepto de «decisiones adoptadas por [las entidades adjudicadoras]» que figura en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665. Dado que este concepto no está expresamente definido en dicha Directiva, es preciso delimitar su alcance sobre la base del tenor de las disposiciones pertinentes de la citada Directiva y en función del objetivo de tutela judicial eficaz y rápida que persigue.

28 Al emplear los términos «en lo relativo a los procedimientos», el tenor del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 implica que cualquier decisión de una entidad adjudicadora que esté sujeta a las normas comunitarias en materia de contratos públicos y que pueda infringirlas esté sometida al control jurisdiccional previsto en

el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de esta Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 37, y de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki, C-57/01, Rec. p. I-1091, apartado 68). Por tanto, se refiere de manera general a las decisiones de una entidad adjudicadora sin distinguir entre estas decisiones en función de su contenido o del momento de su adopción.

29 Por otra parte, el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 prevé la posibilidad de que se anulen las decisiones ilegales de las entidades adjudicadoras relativas a las características técnicas o de otro tipo contenidas no sólo en los documentos de licitación, sino también en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate. Por consiguiente, esta disposición puede incluir los documentos que contengan decisiones adoptadas en una fase anterior a la licitación.

30 Esta acepción amplia del concepto de decisión de una entidad adjudicadora se ve confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Éste ya ha declarado que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 no establece restricción alguna en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de las decisiones a que se refiere (sentencia de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros, C-81/98, Rec. p. I-7671, apartado 35). Tal restricción tampoco puede deducirse del tenor del artículo 2, apartado 1, letra b), de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Alcatel Austria y otros, antes citada, apartado 32). Por lo demás, una interpretación restrictiva del concepto de decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la misma Directiva, que obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos de medidas provisionales con respecto a toda decisión que adopten las entidades adjudicadoras (sentencia HI, antes citada, apartado 49).

31 Con esta idea de interpretar en sentido amplio el concepto de decisión recurrible, el Tribunal de Justicia declaró que la decisión de la entidad adjudicadora, anterior a la celebración del contrato, por la que resuelve a qué licitador adjudicará el contrato debe en cualquier caso ser recurrible, con independencia de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios una vez celebrado el contrato (sentencia Alcatel Austria y otros, antes citada, apartado 43).

32 Haciendo referencia al objetivo de suprimir las trabas a la libre circulación de servicios que persigue la Directiva 92/50 y a los objetivos, el tenor y la estructura de la Directiva 89/665, el Tribunal de Justicia declaró asimismo que la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios debe ser recurrible, con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 (véase, en este sentido, la sentencia HI, antes citada, apartado 55).

33 A este respecto, como ha señalado la Abogado General en el punto 23 de sus conclusiones, la decisión de la entidad adjudicadora de no iniciar un procedimiento de contratación pública puede considerarse la otra cara de la moneda de la decisión de poner fin a un procedimiento de este tipo. Cuando una entidad adjudicadora decide no incoar un procedimiento de adjudicación debido a que, a su juicio, el contrato de que se trata no está comprendido dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias pertinentes, esta decisión constituye la primera decisión sujeta al control jurisdiccional.

34 Habida cuenta de esta jurisprudencia, así como de los objetivos, la estructura y el tenor de la Directiva 89/665, y con el fin de preservar el efecto útil de ésta, es necesario concluir que constituye una decisión recurrible en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 cualquier acto de una entidad adjudicadora, adoptado en relación con un contrato público de servicios que esté comprendido dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 y que pueda tener efectos jurídicos, con independencia de que este acto se adopte sin un procedimiento formal de contratación pública o en el marco de tal procedimiento.

35 No son recurribles las actuaciones que constituyan un mero estudio preliminar del mercado o que sean puramente preparatorias y formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público.

36 Sobre la base de estas consideraciones, no puede adoptarse el planteamiento de la Stadt Halle según el cual la Directiva 89/665 no exige tutela judicial cuando no existe un procedimiento formal de contratación pública y la decisión de la entidad adjudicadora de no incoar dicho procedimiento no es recurrible, como tampoco lo es, por otro lado, la decisión por la que se determina si un contrato público está o no comprendido dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias pertinentes.

37 En efecto, el citado planteamiento tendría como resultado convertir la aplicación de las normas comunitarias pertinentes en facultativa, según la voluntad de cada entidad adjudicadora, cuando, por el contrario, dicha aplicación es obligatoria si se cumplen los requisitos previstos en estas normas. Una facultad de este tipo podría provocar la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de una entidad adjudicadora. Disminuiría sensiblemente la tutela judicial eficaz y rápida que desea la Directiva 89/665 y perjudicaría a los objetivos perseguidos por la Directiva 92/50, a saber, la libre circulación de los servicios y que en esta materia exista una competencia abierta y no falseada en todos los Estados miembros.

38 Por lo que respecta al momento a partir del cual debe ser accesible la posibilidad de recurso, es necesario señalar que la Directiva 89/665 no prevé formalmente tal momento. No obstante, teniendo en cuenta el objetivo de tutela judicial eficaz y rápida que persigue esta Directiva, en particular a través de medidas provisionales, ha de concluirse que el artículo 1, apartado 1, de ésta no autoriza a los Estados miembros a supeditar la posibilidad de recurso al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase.

39 Habida cuenta de que, con arreglo al segundo considerando de dicha Directiva, debe garantizarse el respeto de las normas comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse, procede concluir que es recurrible la

manifestación de la voluntad de la entidad adjudicadora en relación con un contrato, de la que tienen conocimiento las personas interesadas de cualquier manera, siempre que dicha manifestación haya rebasado la fase a que se refiere el apartado 35 de la presente sentencia y pueda producir efectos jurídicos. El inicio de negociaciones contractuales concretas con un interesado constituye una manifestación de voluntad de este tipo. Es necesario destacar al respecto la obligación de transparencia que incumbe a la entidad adjudicadora para permitir que se garantice el respeto de las normas comunitarias (sentencia HI, antes citada, apartado 45).

40 En cuanto a las personas facultadas para iniciar un procedimiento de recurso, basta señalar que, a tenor del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, los Estados miembros deben garantizar el acceso a los procedimientos de recurso, como mínimo, de cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de junio de 2004, Comisión/Austria, C-212/02, no publicada en la Recopilación, apartado 24). Por tanto, no se exige la condición formal de licitador o de candidato.

41 En virtud de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión, letras a), b) y c), que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que la obligación de los Estados miembros de garantizar una posibilidad de recurso eficaz y rápido contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras se aplica asimismo a las decisiones adoptadas sin un procedimiento formal de contratación pública y con anterioridad a una licitación formal y, en particular, a la decisión que establece si un determinado contrato está o no comprendido dentro del ámbito de aplicación personal y material de la Directiva 92/50. Dispone de esta posibilidad de recurso cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener el contrato de que se trate y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción, siempre que exista una manifestación de la voluntad de la entidad adjudicadora que pueda producir efectos jurídicos. Por tanto, los Estados miembros no están autorizados a supeditar la posibilidad de recurso al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase.

*Sobre la segunda cuestión, letras a) y b)*

42 Mediante esta segunda serie de cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar con una sociedad privada jurídicamente distinta de ella en cuyo capital tiene una participación mayoritaria y sobre la cual ejerce cierto control un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, está siempre obligada a aplicar los procedimientos de licitación pública previstos en dicha Directiva por el mero hecho de que una empresa privada participe, incluso en una proporción minoritaria, en el capital de esta sociedad contratista. En caso de respuesta negativa a esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta según qué criterios procede considerar que la entidad adjudicadora no está sujeta a tal obligación.

43 Esta cuestión se refiere a la situación particular de una sociedad denominada «de economía mixta», constituida y que opera con arreglo a las normas del Derecho privado, en relación con la obligación de una entidad adjudicadora de aplicar las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos cuando se cumplan los requisitos previstos en ellas.

44 A este respecto, es necesario, en primer lugar, recordar el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos, que se ha destacado en la respuesta a la primera cuestión, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros. Ello implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas comunitarias pertinentes cuando se cumplan los requisitos previstos en ellas.

45 La obligación de aplicación de las normas comunitarias en dicho supuesto se ve confirmada por el hecho de que, en el artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50, el

concepto de prestador de servicios, es decir, de licitador a efectos de la aplicación de dicha Directiva, incluye a «los organismos públicos, que [ofrezcan] servicios» (véase la sentencia de 7 de diciembre de 2000, ARGE, C-94/99, Rec. p. I-11037, apartado 28).

46 Por consiguiente, cualquier excepción a la aplicación de esta obligación debe interpretarse de manera estricta. Así, el Tribunal de Justicia declaró, respecto al recurso al procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación, que el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50, que prevé este procedimiento, como disposición que autoriza una excepción a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de servicios, debe ser objeto de una interpretación estricta, y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania, asuntos acumulados C-20/01 y C-28/01, Rec. p. I-3609, apartado 58).

47 Con la idea de la apertura de los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las normas comunitarias, el Tribunal de Justicia declaró, en relación con 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 (DO L 199, p. 1), que dicha Directiva es aplicable cuando una entidad adjudicadora proyecta celebrar con una entidad jurídicamente distinta de ella un contrato a título oneroso, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora (sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartados 50 y 51). Es pertinente señalar que en aquel asunto el contratista era una mancomunidad constituida por varias entidades adjudicadoras, de la que formaba parte asimismo la entidad adjudicadora de que se trataba.

48 Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título

oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

49 Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

50 A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.

51 En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

52 Por tanto, es necesario responder a la segunda cuestión, letras a) y b), que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva.

53 Habida cuenta de esta respuesta, no procede responder a las demás cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

## Costas

54 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) **El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales,**

**reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, a su vez modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, debe interpretarse en el sentido de que la obligación de los Estados miembros de garantizar una posibilidad de recurso eficaz y rápido contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras se aplica asimismo a las decisiones adoptadas sin un procedimiento formal de contratación pública y con anterioridad a una licitación formal y, en particular, a la decisión que establece si un determinado contrato está o no comprendido dentro del ámbito de aplicación personal y material de la Directiva 92/50, en su versión modificada. Dispone de esta posibilidad de recurso cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener el contrato de que se trate y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción, siempre que exista una manifestación de la voluntad de la entidad adjudicadora que pueda producir efectos jurídicos. Por tanto, los Estados miembros no están autorizados a supeditar la posibilidad de recurso al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase.**

2) **En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva.**

Firmas.