CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PHILIPPE LÉGER

presentadas el 16 de septiembre de 1997 *

1. En el presente asunto prejudicial, se solicita a este Tribunal que interprete los términos «organismo de Derecho público» empleados por el legislador comunitario para delimitar el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras [1] (en lo sucesivo, «Directiva»).

I. La legislación comunitaria

La Directiva 93/37/CEE

3. La Directiva 93/37, que codificó la Directiva 71/305/CEE del Consejo, [2] constituye la normativa comunitaria de base en el ámbito de los contratos públicos de obras.

2. Con arreglo a la Directiva, un «organismo de Derecho público» constituye un «poder adjudicador», concepto que designa a las entidades cuya participación en la celebración de un contrato relativo a la realización de obras determina la aplicación a dicho contrato del régimen de la Directiva.

4. La Directiva enuncia las normas comunes que se imponen a los Estados miembros en el ámbito técnico, en el de la publicidad que debe recibir el contrato que tienen intención de adjudicar los poderes adjudicadores, y en el ámbito de la participación de los contratistas en el contrato. Determina las categorías de procedimientos de adjudicación de contratos que deben aplicar los poderes adjudicadores, así como las obligaciones de información que incumben a estos últimos para con los candidatos, los licitadores y la Comisión, o a los Estados miembros para con esta última.

* Lengua original: francés.

1 — DO L 199, p. 54. Los términos «poderes adjudicadores» y «organismo de Derecho público» se encuentran también en 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; letra b) del artículo 1], y en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro [DO L 199, p. 1; letra b) del artículo 1], lo que otorga a la interpretación de estos conceptos un alcance que va más allá del mero marco de la legislación relativa a los contratos públicos de obra.

2 — Directiva de 26 de julio de 1971 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9), modificada en último término por la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 297, p. 1).

5. En su artículo 1, la Directiva contiene la definición de los principales términos que delimitan su ámbito de aplicación.

6. Así, en la letra a) se dispone:

«contratos públicos de obras: los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador». [3]

7. En el párrafo primero de la letra b) se dispone lo siguiente:

«poderes adjudicadores: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público».

8. Los «organismos de Derecho público», que son pues poderes adjudicadores al igual que los entes públicos tradicionales, se definen del siguiente modo en el párrafo segundo de la letra b):

«organismo de Derecho público: cualquier organismo:

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

— dotado de personalidad jurídica, y

— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho

3 — El Anexo II enumera las actividades profesionales comprendidas en el ámbito de la construcción e ingeniería civil. La letra c) define una «obra» como «el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por sí misma [léase: "destinado a cumplir por sí mismo"] una función económica o técnica».

público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público».

9. En el último párrafo de la letra b) se indica lo siguiente:

«En el Anexo I figuran las listas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que reúnen los criterios enumerados en el párrafo segundo de la presente letra. Dichas listas son lo más completas posible y podrán ser revisadas según el procedimiento previsto en el artículo 35. A tal efecto, los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas».

La Directiva 89/665/CEE

10. 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, [4] obliga a los Estados miembros a tomar «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 [...] 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». [5] En su artículo 5 se dispone que las medidas adoptadas por los Estados miembros, necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva, debían entrar en vigor antes del 21 de diciembre de 1991.

El Reglamento (CEE) nº 2052/88

11. El apartado 1 del nuevo artículo 7, titulado «Compatibilidad y control», del Reglamento (CEE) nº 2052/88 del Consejo, de 24 de junio de 1988 [6] (en lo sucesivo, «Reglamento»), precisa:

«Las acciones financiadas por los Fondos estructurales o mediante una intervención del BEI o de otro instrumento financiero existente deberán atenerse a las disposiciones de los Tratados y de los actos adoptados en

4 — DO L 395, p. 33.

5 — Artículo 1.

6 — Reglamento relativo a las funciones de los Fondos con finalidad estructural y a su eficacia, así como a la coordinación entre sí de sus intervenciones, con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes (DO L 185, p. 9). El presente apartado 1 del artículo 7 fue modificado por el artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 2081/93 del Consejo, de 20 de julio de 1993, por el que se modifica el Reglamento antes citado (DO L 193, p. 5).

virtud de los Tratados, así como a las políticas comunitarias, incluidas las que se refieran a las normas de competencia, la formalización de contratos públicos y la protección del medio ambiente, al igual que a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.»

II. La legislación nacional

12. En su resolución de remisión, el Bundesvergabeamt expone que, con la entrada en vigor del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el 1 de enero de 1994, la República de Austria estaba obligada a adaptar su Derecho interno a los actos jurídicos de la Comunidad Europea citados en el Anexo XVI de dicho Acuerdo. En aquel entonces, se trataba, en particular, de las Directivas 71/305 y 89/665, antes citadas. [7]

13. De la resolución de remisión se desprende que una adaptación de las Directivas se realizó, a nivel federal, mediante la Bundesvergabegesetz (Ley federal relativa a la adjudicación de contratos públicos; en lo sucesivo, «BVergG»), [8] que entró en vigor el 1 de enero de 1994, y que, debido al reparto de competencias entre los Estados federados y la Federación, los Estados federados adoptaron asimismo otras leyes de adaptación del Derecho interno.

14. En el ámbito de los contratos públicos, se han adoptado Directivas que no figuran en el Anexo XVI. Tras señalar que el ordenamiento jurídico austriaco no ha sido adaptado a ellas, el órgano jurisdiccional remitente indica que, no obstante, «parte de la base de que las disposiciones aplicables de la BVergG deben analizarse actualmente a la luz de las disposiciones de las Directivas europeas pertinentes». [9] Las principales disposiciones de la BVergG son las siguientes.

15. Con arreglo al número 3 del apartado 2 del artículo 1:

«La presente Ley federal se aplica a los contratos de obras a título oneroso que tengan por objeto

[...]

3) la realización por terceros, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador».

7 — Punto 1.1 de la página 2 de la traducción española.

8 — BGBl. nº 462/1993.

9 — Página 5 de la traducción española.

16. En el artículo 3 se dispone lo siguiente:

«1) La presente Ley federal se aplica a la adjudicación de contratos de obras y de concesiones de obras cuyo importe estimado, IVA excluido, sea igual o superior a 5 millones de ECU.

[...]

3) No puede dividirse ningún contrato de obra con el fin de eludir la aplicación de la presente Ley federal».

17. En el número 3 del apartado 1 del artículo 6 se establece:

«La presente Ley federal se aplica a la adjudicación de contratos por parte de poderes adjudicadores que sean:

[...]

3) (Disposición constitucional) empresas a efectos del apartado 2 del artículo 126 b de la B-VG, [10] en la medida en que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y en que la Federación posea una participación financiera mayoritaria en su capital; para las restantes empresas sometidas al control del Rechnungshof (Tribunal de Cuentas), en la medida en que hayan sido creadas con el objetivo antes mencionado, corresponde a los Estados federados establecer la normativa referente a la adjudicación de contratos y velar por su aplicación.» [11]

18. La BVergG estableció dos tipos de recursos: un procedimiento de conciliación ante la Bundes-Vergabekontrollkommission (Comisión Federal de Control de Adjudicaciones) y un procedimiento de recurso ante el Bundesvergabeamt (Oficina Federal de Adjudicaciones). El procedimiento de conciliación precede obligatoriamente a la interposición de un recurso ante el Bundesvergabeamt. Sólo se puede acudir a esta última instancia si en el procedimiento de conciliación no se logra resolver la controversia entre el poder adjudicador y los candidatos o licitadores.

10 — Ley constitucional federal austriaca.

11 — El órgano jurisdiccional remitente indica que dicha disposición «se refiere a las empresas en el sentido del apartado 2 del artículo 126 b de la B-VG. Esta disposición contempla las empresas participadas por la Federación, por sí sola o junto a otras personas jurídicas sometidas a la competencia del Rechnungshof al menos en un 50 % del capital social inicial o de los recursos propios, o gestionadas por la Federación por sí sola o junto a otras personas jurídicas. A tal participación económica se asimila el control de empresas mediante otras medidas financieras, económicas u organizativas. La competencia del Rechnungshof también alcanza a las empresas de cada uno de los niveles inferiores que cumplan los requisitos de dicho apartado» (p. 16 de la traducción española).

III. Hechos y procedimiento nacional

La Österreichische Staatsdruckerei

19. Fundada en 1804, la imprenta estatal austriaca (Österreichische Staatsdruckerei; en lo sucesivo, «ÖStDr») era inicialmente una empresa estatal. Desde 1981, en virtud de la Bundesgesetz vom 1. Juli 1981 über die Österreichische Staatsdruckerei (Staatsdruckereigesetz) (Ley federal de 1 de julio de 1981 relativa a la imprenta estatal austriaca; en lo sucesivo, «StDrG»), la ÖStDr cambió de estatuto. El artículo 1 de la StDrG tiene el siguiente tenor:

«1) Se crea una unidad económica con la denominación social "Österreichische Staatsdruckerei" (en lo sucesivo, "Staatsdruckerei"). Tendrá su domicilio en Viena y está dotada de personalidad jurídica.

2) La Staatsdruckerei posee la condición de comerciante a efectos del Código de Comercio. Deberá inscribirse en la parte A del Registro Mercantil del Tribunal de Comercio de Viena.

3) Las actividades de la Staatsdruckerei se ejercerán de conformidad con las reglas por las que se rige el tráfico económico.»

20. Las funciones de la ÖStDr se determinan en el artículo 2 de la StDrG. Según el apartado 1 de dicha disposición, consisten en la producción exclusiva de impresos, para la Administración federal, sometidos a secreto o al respeto de normas de seguridad, tales como pasaportes, permisos de conducción, documentos de identidad, el Diario Oficial federal, las recopilaciones federales de legislación y resoluciones, formularios y la *Wiener Zeitung*. Este ámbito de actividad se denomina habitualmente «obligaciones de servicio público». Dichas actividades están sometidas a una oficina de control estatal. [12] Los precios los fija, a instancia del Director General de la ÖStDr, el Consejo Económico, [13] integrado por doce miembros, de los cuales ocho son nombrados por la Cancillería federal o diferentes ministerios y cuatro por el Comité de Empresa, de conformidad con las reglas por las que se rige el tráfico económico. [14]

21. Con arreglo al apartado 2 del artículo 2, la ÖStDr puede ejercer otras actividades, tales como la producción de otros impresos o la edición y distribución de libros o revistas.

12 — Apartado 1 del artículo 13 de la StDrG.

13 — *Ibidem*, artículo 12. Más concretamente, la fijación de los precios está encomendada por el Consejo Económico a un comité integrado por tres de sus miembros: el Presidente del Consejo Económico, uno de los miembros designados por la Cancillería federal y uno de los miembros designados por el Ministerio de Hacienda.

14 — *Ibidem*, apartado 2 del artículo 12.

22. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, «en el marco del objeto social de la empresa, la Staatsdruckerei está facultada para participar en empresas».

Strohal Gesellschaft y Strohal Rotationsdruck

23. En febrero de 1995, la ÖStDr adquirió la totalidad del capital de Strohal Gesellschaft (en lo sucesivo, «SG»), que en octubre del mismo año constituyó Strohal Rotationsdruck (en lo sucesivo, «SRG» o «demandada»), de cuyo capital social, de 1.000.000 de ÖS, conservó 999.000 ÖS. [15]

24. De las observaciones escritas de la demandada se desprende que la adquisición de SG por parte de la ÖStDr se debió a la experiencia de SG en la utilización de una técnica de impresión ajena a las actividades de la ÖStDr, así como a la existencia de clientela en el extranjero. [16]

25. SRG añade que el 4 de noviembre de 1995 se inscribió en el Registro de Sociedades del Landgericht Eisenstadt, consistiendo su objeto social en la producción de impresos según el referido proceso de producción. [17]

El proyecto Druckzentrum Müllendorf

26. La ÖStDr adjudicó diversos contratos en nombre de SRG, entonces en constitución, con objeto de acortar el período transitorio anterior a la entrada en servicio de una instalación de impresión denominada «Druckzentrum Müllendorf», cuya explotación iba a confiarse a SRG. [18]

27. Así, el 18 de octubre de 1995, la ÖStDr publicó un anuncio de licitación relativo a instalaciones técnicas del «Druckzentrum Müllendorf» no destinadas a la producción, que posteriormente canceló a raíz del inicio de un procedimiento de conciliación por parte de la Wirtschaftskammer Österreich (Cámara Económica de Austria).

28. Posteriormente, se anunció una licitación restringida, en relación con la cual la ÖStDr comunicó a los licitadores que SRG era el comitente responsable de la licitación y de la adjudicación de los contratos. [19]

15 — ÖS: chelín austriaco.

16 — Apartado 16.

17 — *Ibidem*, apartado 17.

18 — *Ibidem*, apartados 21 a 23. Página 9 de la traducción española de la resolución de remisión.

19 — Páginas 10 y 11 de la traducción española de la resolución de remisión.

29. Acto seguido, se inició un procedimiento de conciliación mediante recurso interpuesto el 15 de noviembre de 1995 por el Verband der Industriellen Gebäudetechnikunternehmen Österreichs (Asociación Austriaca de Empresas Industriales de Técnicas de la Construcción), por entender que el proyecto constituía un contrato público de obras a efecto de la BVergG y entraba, en consecuencia, en el ámbito de aplicación de dicha Ley. [20]

30. La Bundes-Vergabekontrollkommission llegó a la conclusión de que, a falta de un poder adjudicador a efectos de la BVergG, no existía contrato público de obras y, por tanto, carecía de competencia para dirimir la controversia. No obstante, no quiso excluir la eventual necesidad de respetar las disposiciones de la Directiva en caso de que la entidad adjudicadora disfrutase de ayudas comunitarias, de conformidad con el apartado 1 del artículo 7 antes citado. [21]

31. A falta de acuerdo amistoso, el 7 de diciembre de 1995, Mannesmann Anlagenbau Austria AG, J. L. Bacon GesmbH, Haustechnische Gesellschaft für Sanitär-, Wärme- und Luft-Technische Anlagen GesmbH y Sulzer Infra Anlagen- und Gebäudetechnik GesmbH (en lo sucesivo, «demandantes») iniciaron ante el Bundesvergabeamt un procedimiento de recurso de conformidad con el artículo 92 de la BVergG. [22]

IV. Las cuestiones prejudiciales

32. El Bundesvergabeamt señala que las disposiciones pertinentes de la BVergG fueron adoptadas para la adaptación del Derecho austriaco a la Directiva 71/305, modificada, y que para la interpretación de dichas disposiciones procede, en lo sucesivo, remitirse a la Directiva 93/37. En consecuencia, planteó a este Tribunal, con carácter prejudicial, las siguientes cuestiones:

«1) Una disposición de una Ley nacional, como el artículo 3 de la Staatsdruckereigesetz, a que se refiere el presente asunto, mediante la cual se conceden a una empresa derechos especiales y

20 — Página 11 de la traducción española de la resolución de remisión.

21 — Páginas 11 y 12 de la traducción española de la resolución de remisión.

22 — *Ibidem*, p. 12. Según el órgano jurisdiccional remitente, «el 21 de diciembre de 1995, las demandantes presentaron un escrito complementario en el que indicaban haber sido informadas por el adjudicador, el 7 de diciembre de 1995, de que la licitación restringida objeto del procedimiento había sido anulada». Añade que «al mismo tiempo, se ofreció a las demandantes la tramitación de un procedimiento abierto acelerado'». Las demandantes confirman el relato de los hechos contenido en la resolución de remisión. No obstante, la demandada señala que «publicó [...] un anuncio de licitación en forma de procedimiento abierto acelerado, en el Diario Oficial [...] de 7 a 10 de diciembre de 1995 [...]» y que «contra dicha licitación las demandantes iniciaron ante el Bundesvergabeamt [...] el procedimiento [...] que dio lugar al presente procedimiento prejudicial» (p. 15 de la traducción francesa de sus observaciones). En consecuencia, si bien existen divergencias en la descripción del procedimiento nacional que originó el presente asunto, no parece que puedan estorbar la tarea de este Tribunal, en la medida en que, habida cuenta de la información que me ha sido facilitada, las características de los dos procedimientos de licitación invocados no modifican los términos del debate que el órgano jurisdiccional remitente desea someter a la consideración del Tribunal de Justicia.

exclusivos, ¿puede imponer a tal empresa la obligación de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil en el sentido de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE y someter a la totalidad de dicha empresa al ámbito de aplicación de esta Directiva, aunque dicha actividad sólo constituya una parte de la actividad global de la empresa, la cual, además, actúa en el mercado como una empresa mercantil?

2) En el supuesto de que tal empresa sólo esté incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37/CEE respecto a los derechos especiales y exclusivos que se le han conferido, ¿está obligada a disponer las medidas organizativas necesarias para evitar que los ingresos obtenidos con las operaciones relativas a esos derechos especiales y exclusivos se transfieran a otros sectores de su actividad mercantil?

3) Si un poder adjudicador ha iniciado un proyecto, que, por lo tanto, debe ser considerado un contrato público de obras en el sentido de la Directiva 93/37/CEE, ¿la intervención de un tercero que, *prima facie*, no está comprendido en el ámbito de aplicación personal de la Directiva puede dar lugar a la modificación de la calificación de dicho proyecto como contrato público de obras o este proceder debe ser considerado una elusión del ámbito de aplicación personal de la Directiva, incompatible con la finalidad de ésta?

4) Si, con el fin de realizar actividades mercantiles, un poder adjudicador funda empresas de las que posee la mayoría de las participaciones, lo cual le permite controlarlas económicamente, ¿puede calificarse de poderes adjudicadores también a estas empresas participadas?

5) El hecho de que un poder adjudicador transfiera los ingresos obtenidos mediante los derechos especiales y exclusivos que le han sido conferidos a empresas que desempeñan una actividad puramente mercantil, y en las que posee la mayoría de las participaciones, ¿influye en la situación jurídica de las empresas participadas, de forma que éstas deben ser tratadas y comportarse, en su conjunto, como poderes adjudicadores en el sentido de la Directiva 93/37/CEE?

6) Si un poder adjudicador que desempeña tanto actividades para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil como actividades mercantiles crea unos servicios que permiten desempeñar ambos tipos de actividades, ¿el encargo de construcción de las instalaciones para tales servicios debe ser calificado como

contrato público de obras en el sentido de la Directiva 93/37/CEE o existen criterios en el Derecho comunitario conforme a los cuales tales instalaciones deban ser calificadas bien como instalaciones destinadas a la satisfacción de necesidades públicas o bien como instalaciones destinadas a ejercer actividades mercantiles? De ser así, ¿cuáles son estos criterios?

7) El apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 2081/93 del Consejo, de 20 de julio de 1993, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 2052/88 relativo a las funciones de los Fondos con finalidad estructural y a su eficacia, así como a la coordinación entre sí de sus intervenciones, con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes, ¿somete a los beneficiarios de fondos comunitarios al procedimiento de recurso en el sentido de la Directiva 89/665/CEE, aunque no sean, en sí mismos, un poder adjudicador en el sentido del artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE?»

33. Antes de pasar a considerar las cuestiones planteadas, procede examinar si el Bundesvergabeamt está facultado para presentar una petición de decisión prejudicial.

V. Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

34. El Bundesvergabeamt describió los elementos que le caracterizan y que, a su entender, justifican su calificación como «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 177 del Tratado y, por consiguiente, la admisibilidad de la petición.

35. Por lo demás, no discuten esta calificación ni las partes ni los Estados miembros coadyuvantes ni la Comisión.

36. Paso a recordar los criterios mencionados en la jurisprudencia de este Tribunal para identificar a un órgano jurisdiccional: origen legal, carácter permanente, recurso obligatorio al órgano en caso de litigio, aplicación de normas jurídicas, competencia del órgano para resolver el litigio mediante una resolución de carácter obligatorio, independencia de sus miembros y procedimiento contradictorio. [23]

37. El Bundesvergabeamt fue creado en virtud de la primera frase del apartado 1 del artículo 78 de la BVergG. De conformidad con los artículos 91 y siguientes, que definen

23 — Véanse, en particular, las sentencias de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 377); de 27 de abril de 1994, Almelo (C-393/92, Rec. p. I-1477), y de 12 de diciembre de 1996, X (asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, Rec. p. I-6609).

su competencia, conoce de los litigios relativos a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos regulados por la BVergG. Por tanto, tampoco cabe dudar de su origen legal o de su carácter de órgano jurisdiccional obligatorio.

38. La BVergG no contiene ninguna disposición de la que se desprenda que el Bundesvergabeamt es un órgano de carácter provisional. Por lo demás, su creación legal pone de manifiesto la intención de la República de Austria de fundar una instancia duradera, cuyo cometido consiste en conocer de los litigios relativos a contratos públicos sin ningún límite temporal de sus competencias.

39. Por otro lado, del apartado 2 del artículo 78, que recuerda que el Bundesvergabeamt ejerce las facultades que le ha conferido la BVergG, así como de los artículos 91 y siguientes, relativos a su competencia, se desprende que sus resoluciones se adoptan con arreglo a normas jurídicas, puesto que resuelve los litigios originados por el incumplimiento de la BVergG.

40. De conformidad con el artículo 91 y el apartado 2 del artículo 92 de la BVergG, el procedimiento ante el Bundesvergabeamt puede iniciarse si no ha dado resultado el procedimiento de conciliación que obligatoriamente ha de precederle. Ahora bien, a diferencia de las resoluciones de la Bundes-Vergabekontrollkommission, las del Bundesvergabeamt tienen carácter obligatorio, como lo atestigua, en particular, la facultad de anulación de que dispone en virtud de la Ley. [24]

41. No me parecen discutibles ni la independencia del órgano austriaco ni la de sus miembros. En efecto, procede señalar que tanto su Presidente como el suplente de éste son Jueces profesionales, [25] que la autoridad que efectúa el nombramiento debe velar por que los miembros del Bundesvergabeamt que designa representen de manera equitativa a los poderes adjudicadores y a los adjudicatarios, [26] y que las causas de destitución se enumeran de forma taxativa y corresponden a supuestos objetivos o, por lo que respecta a la relativa a la concurrencia de negligencia grave, a faltas cuya importancia, exigida por la Ley, reduce el riesgo de arbitrariedad o injerencia por parte de las autoridades administrativas. [27] Cabe añadir que, según la Ley, los miembros del Bundesvergabeamt son independientes y no pueden recibir instrucciones, [28] y que la Administración no puede modificar o anular sus decisiones. [29]

42. El criterio relativo a la organización de un procedimiento contradictorio parece más incierto, dada la falta de disposiciones en la Ley sobre este extremo.

24 — Apartado 1 del artículo 94 de la BVergG.
25 — Apartado 4 del artículo 78.
26 — *Ibidem*, apartado 5 del artículo 78.
27 — *Ibidem*, artículo 79.
28 — *Ibidem*, apartado 1 del artículo 80.
29 — *Ibidem*, apartado 1 del artículo 78.

43. La circunstancia de que el sometimiento del asunto al Bundesvergabeamt vaya precedido de un procedimiento de conciliación ante la Bundes-Vergabekontrollkommission, que debe oír a las partes, [30] sólo asegura el respeto del principio de contradicción ante esta autoridad, no ante el Bundesvergabeamt. Por otro lado, tal como se enuncia, la norma según la cual este último puede obtener toda clase de información de los adjudicadores y contratistas [31] no garantiza en modo alguno el derecho de cada una de las partes a ser informada, sistemáticamente, sobre los motivos o pretensiones de la otra, dado que, de conformidad con el tenor de la disposición, el Bundesvergabeamt es el único destinatario de la información que se le facilita a su solicitud. Ahora bien, para que sea efectiva, la aplicación del principio de contradicción supone que las partes puedan responder a las alegaciones aducidas de contrario.

44. No obstante, en el presente caso, la resolución de remisión pone de manifiesto que el presente procedimiento siguió a un debate contradictorio idéntico a los que se sustancian ante los órganos jurisdiccionales, dado que las partes presentaron escritos y que, si bien nada se dice sobre el intercambio de dichos documentos entre ellas, al menos tuvo lugar una vista ante el Bundesvergabeamt. [32] Por consiguiente, a mi juicio, está claro que, en la práctica, este último actuó a todos los efectos como órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 177 del Tratado.

45. Por estos motivos, en mi opinión procede declarar la admisibilidad de la petición.

30 — *Ibidem*, apartado 1 del artículo 88.

31 — *Ibidem*, apartado 1 del artículo 84.

32 — Página 14 de la traducción española de la resolución de remisión.

VI. Sobre las cuestiones prejudiciales

46. Las autoridades públicas tienen una natural tendencia, escasamente compatible con el objetivo de realización del mercado interior, a privilegiar a las empresas nacionales, preocupadas por preservar el empleo y favorecer el desarrollo económico en su propio Estado.

47. La legislación comunitaria sobre contratos públicos se ha desarrollado para garantizar, en el plano comunitario, el respeto de los principios de libre competencia y de libertad de establecimiento y de prestación de servicios, contra los que atentan estos comportamientos tradicionales y generalizados. [33] Su objetivo consiste en garantizar a los agentes económicos, cualquiera que sea su procedencia, la igualdad de acceso a los contratos que para la realización de sus proyectos ofrece el poder público, al margen de la forma que éste pueda adoptar. [34]

33 — Segundo considerando de la Directiva. Véanse también, a propósito del objetivo perseguido por la Directiva — en la época de esos asuntos, se trataba de la Directiva 71/305—, las sentencias de 20 de septiembre de 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635), apartado 11, y de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartado 18.

34 — Véase, sobre las razones justificativas de la adopción de una normativa en materia de contratos públicos, Brunelli, P.: *Marchés publics et Union européenne — Nouvelles règles communautaires*, 1995, pp. 9 y ss. A propósito de la prioridad otorgada al criterio material sobre el criterio formal, este Tribunal ha juzgado, en un asunto cuya solución dependía del sentido que se diera al concepto de Estado, que dicho concepto «[debía] recibir una interpretación funcional» y que «el fin de la Directiva [...] se vería en efecto comprometido si la aplicación del régimen previsto por la Directiva debiera excluirse por el hecho de que un contrato público de obras fuera adjudicado por un organismo que, a pesar de haber sido creado para desempeñar las tareas que la ley le confiere, no se hallase formalmente integrado en la Administración del Estado» (sentencia Beentjes, antes citada, apartado 11).

48. Es este el objetivo a la luz del cual procede interpretar la Directiva.

Sobre las cuestiones primera, segunda y sexta

52. Mediante estas cuestiones, el órgano jurisdiccional nacional desea dilucidar, fundamentalmente, si una empresa que dedica una parte de su actividad a la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y la otra a una actividad de naturaleza mercantil, debe aplicar las disposiciones de la Directiva a la totalidad de los contratos de obras que adjudica o únicamente a los referentes a instalaciones exclusivamente asignadas a la primera de sus actividades.

49. El carácter de contrato público de un contrato de obras, del que depende la aplicación de la Directiva, supone que una de las partes contratantes responda a la definición de «poder adjudicador» a efectos de dicho cuerpo legal.

50. La Directiva delimita su ámbito de aplicación *ratione personae* en función no sólo de las entidades tradicionalmente calificadas como personas de Derecho público, tales como el Estado, los entes territoriales o las entidades del sector público, sino también de las entidades públicas o privadas que persiguen un objetivo de interés general que no sea industrial o mercantil, calificadas como «organismos de Derecho público».

53. Se trata de saber no sólo si una empresa como la ÖStDr presenta las características que justifican que se le atribuya la condición de «organismo de Derecho público» y, por tanto, la de «poder adjudicador», sino también si, en tal caso, todos los contratos de obras adjudicados por ella, cualquiera que sea su naturaleza, están comprendidos en la categoría de los contratos públicos de obras que, como tales, están sometidos a la Directiva.

51. Las cuestiones prejudiciales remitidas a este Tribunal versan sobre el contenido de este concepto. La mayor parte de ellas pueden reagruparse en función de su objeto, habida cuenta de los estrechos vínculos que las unen.

54. Nadie defiende la tesis de la aplicación selectiva de la legislación en función de la actividad de la entidad adjudicadora. Las demandantes, la Comisión y, en sus observaciones orales referentes a la sexta cuestión, el Gobierno francés consideran que si un organismo, como en este caso la ÖStDr, ejerce una actividad mercantil además del objeto para el que fue creado —que, en el presente caso, sería la satisfacción de necesidades de

interés general que no tienen carácter industrial o mercantil—, la parte mercantil de su actividad también está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, siendo determinante única y exclusivamente la finalidad para la cual se creó el organismo de que se trate. [35] La demandada, así como los Gobiernos austriaco y neerlandés, sostienen que los criterios contemplados en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva no permiten calificar a la ÖStDr como «organismo de Derecho público» y someter cualquiera de sus actividades a la Directiva.

El concepto de «organismo de Derecho público»: acumulación de los requisitos legales

55. Recordaré que la Directiva se aplica a los contratos públicos de obras, que define como aquellos contratos en los que una de las partes contratantes es un «poder adjudicador». Este último concepto comprende los «organismos de Derecho público».

56. En su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente emplea el concepto de «derechos especiales y exclusivos» para definir el estatuto particular de la ÖStDr.

57. El concepto de «derechos especiales o exclusivos», que figura en el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, designa a las empresas que disfrutan de un monopolio o se encuentran en una situación privilegiada reconocida por el Estado, como contrapartida de una situación de dependencia de este último. Esta disposición obliga a los Estados miembros a suprimir o abstenerse de adoptar, respecto de dichas empresas, cualesquiera medidas contrarias a las normas relativas a la política comunitaria de la competencia.

58. Aun cuando, según el Gobierno austriaco, la «producción y edición de impresos [...] tienen lugar en condiciones "privilegiadas" [...]», [36] lo que podría justificar que se acuda al concepto de «derechos especiales o exclusivos» para designar las funciones de la ÖStDr, esta expresión no determina la aplicación de la legislación sobre contratos públicos de obras, por lo que no presenta ninguna utilidad a los efectos de la interpretación de la Directiva.

59. El concepto central es aquí el de «organismo de Derecho público», entendido en el sentido de un organismo «creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil». [37]

35 — Véase, en particular, la página 16 de la traducción francesa de las observaciones escritas de la Comisión.

36 — Página 6 de la traducción francesa de sus observaciones escritas.

37 — Letras a) y b) del artículo 1.

60. A este último se añaden otros dos requisitos: un «organismo de Derecho público» debe estar dotado de personalidad jurídica y depender estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público. [38]

61. Del propio tenor del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva se desprende que los tres requisitos que enuncia tiene carácter cumulativo.

62. Las listas contempladas en el párrafo tercero de la letra b) del artículo 1 enumeran los organismos que reúnen los referidos criterios.

63. La definición de los organismos austriacos de que se trata designa a «todos los organismos sometidos a inspección presupuestaria del Rechnungshof (Comisión de auditoría) que no tienen carácter industrial ni comercial». [39] Con arreglo al apartado 6 del artículo 15 de la StDrG, la ÖStDr está sometida al control del Rechnungshof. Ahora bien, también debe precisarse el otro criterio enunciado en la disposición, comparable al primer criterio del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.

La satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

64. La expresión «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» no resulta fácilmente comprensible.

65. El concepto de «interés general» puede abordarse, como lo hizo el Abogado General Sr. Van Gerven a propósito del «interés económico general» que menciona el apartado 2 del artículo 90 del Tratado, partiendo de la idea de las «[...] actividades que benefician directamente a la colectividad», por contraposición a los intereses individuales o de grupo. [40] Desde esta perspectiva, es lógico considerar que la actividad de la ÖStDr dedicada a la impresión de documentos administrativos oficiales como los pasaportes, documentos de identidad o recopilaciones legales se destina a la satisfacción de necesidades de interés general.

38 — Esta relación de dependencia puede ser de distinta índole: la subordinación financiera del organismo, el control de su gestión o el nombramiento de miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia [véase el tercer guión del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1, antes citado].

39 — Letra b) del punto E.1 del Título XI del Anexo I del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de Noruega, 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).

40 — Punto 27 de sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 10 de diciembre de 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Rec. p. I-5889). En su artículo «La notion de "pouvoir adjudicateur" en matière de marchés de travaux», Valadou P. da la siguiente definición: «La necesidad de interés general puede, por tanto, definirse como la exigencia manifestada por la sociedad (local o nacional) en su interés colectivo.» Añade que «existe interés general desde el momento en que el interés de que se trata no se confunde con el interés propio y exclusivo de una persona o agrupación de personas bien determinada». *Semaine juridique*, Ed. E, nº 3, 1991, p. 33.

66. En esta materia, la dificultad estriba, ante todo, en trazar la frontera que separa las actividades de interés general de carácter industrial o mercantil de aquellas que no revisten tal carácter.

67. Este Tribunal —en un contexto legal diferente, aunque próximo, puesto que se trataba de las relaciones entre el Estado y las empresas públicas— ha enunciado una serie de indicios que permiten tratar de trazar una línea divisoria.

68. Ha señalado que «[...] el Estado puede actuar ya sea ejerciendo la autoridad pública ya sea ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado». [41] En otra sentencia, señaló que «[...] las empresas privadas determinan [...] su estrategia industrial y comercial teniendo en cuenta, en particular, exigencias de rentabilidad. Las decisiones de las empresas públicas, por el contrario, pueden soportar la influencia de factores de distinta índole, en el marco de la persecución, por parte de las autoridades públicas que pueden influir en dichas decisiones, de fines de interés general». [42]

69. La descripción así efectuada de las actividades públicas y privadas permite delimitar mejor el tipo de ámbito que comprenden los «organismos de Derecho público» designados por la Directiva. El legislador comunitario deseaba que ésta se aplicase a los organismos que persiguen la satisfacción de necesidades de interés general cuya actividad escapa, del todo o en parte, a la lógica del mercado. En razón de su naturaleza, que las designa como comprendidas en las funciones esenciales que se atribuyen a los poderes públicos, determinadas actividades no pueden someterse a un criterio de rentabilidad y, por ende, carecen de ánimo de lucro. [43] Cabe pensar que si el legislador marcó la frontera que separa los organismos cuya actividad está sometida a la normativa sobre contratos públicos de los restantes organismos aplicando el criterio basado en las «necesidades de interés general que no sean de carácter industrial o mercantil» ello obedeció a que estos últimos están sometidos a una competencia procedente de otros agentes económicos, que los disuade de elegir a las partes con las que contratan basándose en criterios discriminatorios. Por ello, las restricciones establecidas en la legislación tienen menor utilidad.

41 — Sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (118/85, Rec. p. 2599), apartado 7. Obsérvese que la distinción entre las actividades que corresponden a los poderes públicos y las que, aunque sean ejercidas por personas de Derecho público, entran en el ámbito privado procede, ante todo, de las sentencias dictadas por este Tribunal a propósito de la aplicabilidad a determinadas actividades de las normas sobre la competencia contenidas en el Tratado. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec. p. I-43), y de 18 de marzo de 1997, Diego Calì & Figli (C-343/95, Rec. p. I-1547).

42 — Sentencia de 6 de julio de 1982, Francia, Italia y Reino Unido/Comisión (asuntos acumulados 188/80, 189/80 y 190/80, Rec. p. 2545), apartado 21.

43 — Sobre esta cuestión, véanse, especialmente, el artículo antes citado de Valadou P., punto 12; Flamme M.-A., Flamme P., «Enfin l'Europe des marchés publics», *Actualité juridique — Droit administratif*, 20 de noviembre de 1989, p. 653; Lee P., *Public procurement*, 1992, pp. 56 y 57.

70. En el presente caso, la actividad confiada a la ÖStDr por la StDrG consiste en la producción de documentos administrativos oficiales, algunos de los cuales sirven para la identificación de las personas mientras que otros se destinan a la difusión de textos legales, reglamentarios y administrativos del Estado, de tal manera que la función de estos documentos está estrechamente vinculada con el orden público y con el funcionamiento institucional de la República de Austria. La naturaleza específica de las necesidades cuya satisfacción tiene encomendada la ÖStDr, que están pues relacionadas con el ejercicio de prerrogativas del poder público, explica que su actividad se desarrolle en condiciones que eluden en gran parte la competencia, puesto que, por un lado, adopta la forma de un monopolio [44] y, por otro, aun cuando no se determinen con arreglo a las reglas por las que se rige el tráfico económico, sus precios son fijados por una autoridad que emana principalmente de los poderes públicos. [45] El Estado debe poder disfrutar, a la vez, de una garantía de aprovisionamiento y de condiciones de producción que aseguren el respeto de normas de confidencialidad y prevengan los riesgos de reproducción ilícita de los documentos impresos.

71. Por estos motivos, soy del parecer de que la ÖStDr persigue la satisfacción de «necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil» a efectos de la Directiva.

44 — Página 6 de la traducción francesa de las observaciones escritas del Gobierno austriaco.

45 — Véase el punto 20 *supra*. Se trata, pues, de una fijación administrativa de los precios, lo que significa que estos últimos no pueden modificarse sin una decisión formal de la autoridad pública. Además, parece que la decisión de fijación de los precios debe tener en cuenta consideraciones relacionadas con la función específica de la ÖStDr. Así, con una formulación un tanto sibilina, la StDrG precisa que los precios tendrán en cuenta «las capacidades de disponibilidades necesarias», lo que da a entender que su nivel cubre los costes ocasionados por el mantenimiento de una capacidad de producción suficiente para satisfacer las necesidades del Estado, aun cuando dichos factores de producción se encuentren, en ocasiones, infrautilizados.

El criterio finalista

72. Acto seguido, debe comprobarse si la ÖStDr fue creada «para satisfacer específicamente» las necesidades a las que le corresponde dar respuesta.

73. Según la disposición, la finalidad de la creación del organismo es la única determinante para poder considerarlo un «organismo de Derecho público» a efectos de la Directiva. Naturalmente, lo que cuenta es el objetivo efectivamente perseguido. La proclamada finalidad de satisfacer necesidades industriales o mercantiles, disfrazando actividades de interés general con el ánimo de eludir las normas imperativas de la ley, no puede ser tomada en consideración por el órgano jurisdiccional nacional.

74. Este requisito significa que la creación del organismo debe haber estado motivada por el ejercicio de dicha actividad.

75. Es verdad que «específicamente» no quiere decir «exclusivamente», de tal manera que el organismo puede ejercer otras actividades sin que por ello deje de calificarse como «organismo de Derecho público». No obstante, me parece necesario comprobar que éste debe, en efecto, su existencia a la persecución de dicho objetivo específico.

76. Si así sucede, se habrá acreditado el carácter particular de su función, que justifica que los contratos que adjudica se inserten en el marco de la legislación comunitaria.

77. Además de que no se desprende del tenor de la Directiva, el criterio de la parte relativa de la actividad del organismo dedicada a la satisfacción de necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil, defendido por los Gobiernos austriaco y neerlandés, [46] puede, en mi opinión, facilitar el fraude de ley. En efecto, es del todo posible que, no obstante haber sido creada con el fin de satisfacer necesidades de carácter público, una entidad ejerza actividades estrictamente industriales o mercantiles. Ahora bien, si en su actividad prevalecen estas últimas funciones, la interpretación propuesta producirá el efecto de una elusión del régimen de la Directiva por parte del organismo en su totalidad. Así pues, a un ente público le bastará con emplear esta práctica de forma sistemática para lograr que la totalidad de los contratos públicos de obras eludan la legislación comunitaria.

78. Ciertamente, no debe restarse importancia al argumento según el cual la aplicación extensiva de esta legislación a actividades estrictamente industriales o mercantiles constituye una onerosa restricción, que puede parecer injustificada dado que los organismos constituidos para ejercer actividades idénticas no están sometidos a ella.

79. Este inconveniente podrá evitarse eligiendo el instrumento jurídico adecuado a los objetivos perseguidos por los entes públicos. Dado que el objetivo perseguido con la creación del organismo determina el régimen jurídico aplicable a los contratos que está llamado a celebrar, corresponde a quienes lo crean, con el fin de evitar los efectos perniciosos de dicho régimen en las actividades no comprendidas en el mismo, limitar su objeto social. Les corresponde asimismo desarrollarlo ulteriormente si, como sucede en el caso de autos, la aplicación de la legislación relativa a los contratos públicos a la parte de la actividad estrictamente industrial o mercantil de la empresa se juzga constrictiva en exceso.

Naturaleza jurídica de la ÖStDr y régimen aplicable

80. La ÖStDr fue fundada para atender los pedidos de imprenta del Estado. [47] Goza de personalidad jurídica. [48] Por otro lado, está sometida a una oficina de control estatal, [49] así como al control del Rechnungshof, [50] lo que obedece, según declaraciones efectuadas

46 — Para defender la tesis según la cual la ÖStDr no es un «organismo de Derecho público», el Gobierno austriaco señala, en particular, que «[...] la parte de las actividades "privilegiadas" de la ÖStDr no representa más del 15 % al 20 % de su actividad global» (p. 7 de la traducción francesa de sus observaciones escritas).

47 — Apartados 2 y ss. de las observaciones escritas de la demandada.

48 — Véase el punto 19 *supra*.

49 — Véase el punto 20 *supra*.

50 — Véase el punto 63 *supra*.

en la vista por la demandada, al hecho de que la mayoría de las acciones continúa en poder del Estado austriaco. En consecuencia, en mi opinión debe calificarse a la ÖStDr como «organismo de Derecho público».

81. Dado que la empresa tiene derecho a recibir tal calificación, la totalidad de sus contratos de obras están sometidos a las disposiciones de la Directiva. En efecto, la letra a) del artículo 1 no define los contratos públicos de obras y, por tanto, tampoco determina el ámbito de aplicación de la Directiva en función de la actividad en el marco de la cual se adjudican los contratos, sino en función de las características del organismo que contrata con el contratista. Así pues, es éste el sentido en el que procede a mi juicio responder a las cuestiones primera y sexta.

82. A continuación, huelga responder a la segunda cuestión, planteada en el supuesto de que la ÖStDr esté sometida a la Directiva únicamente en lo que respecta a su actividad de carácter público.

Sobre las cuestiones tercera, cuarta y quinta

83. Dichas cuestiones, esencialmente, se refieren a los requisitos que deben cumplir las filiales de un «poder adjudicador» para ser calificadas ellas mismas como «poder adjudicador», así como a la incidencia que tiene la intervención de una filial que no responda a dichos requisitos en la calificación de un proyecto de contrato público de obra comenzado por un «poder adjudicador».

84. Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en primer lugar, si la letra b) del artículo 1 de la Directiva puede interpretarse en el sentido de que permite calificar como «organismos de Derecho público» a las entidades comprendidas en una de las categorías siguientes:

— las empresas creadas, para la satisfacción de necesidades de carácter industrial o mercantil, por un «organismo de Derecho público», más de la mitad de cuyo capital social pertenece a este último;

— las empresas que ejercen actividades mercantiles, más de la mitad de cuyo capital social pertenece a un «organismo de Derecho público», y que reciben de éste recursos financieros procedentes del ejercicio por el mismo de una actividad destinada a satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil.

85. El propio texto de la Directiva toma en consideración, al enunciar la definición de los

«organismos de Derecho público», el caso de la financiación mayoritaria de una persona jurídica por un ente público u «organismo de Derecho público». Ahora bien, como ya se ha visto, los tres criterios enunciados en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 son cumulativos y, por tanto, no basta con que un organismo esté dotado de personalidad jurídica y sea financiado mayoritariamente por un «organismo de Derecho público» para calificarlo como «organismo de Derecho público». Se requiere asimismo que haya sido creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

86. En 1989, se atribuyó una acepción más amplia al concepto de «poder adjudicador», con el fin de no limitar la normativa comunitaria exclusivamente a las personas jurídicas de Derecho público, [51] habida cuenta de que numerosas entidades jurídicas, pese a no responder a dicho criterio formal, estaban investidas de competencias correspondientes a las funciones tradicionales de los entes públicos. De este modo, el legislador comunitario confirmó el planteamiento de la jurisprudencia de este Tribunal, caracterizado por una interpretación funcional del concepto de «poder adjudicador». [52] Conforme a la misma lógica, este último no comprende los organismos que, pese a depender de un poder de esas características, ejercen actividades estrictamente privadas. [53]

87. En consecuencia, al igual que el dominio económico de una empresa por parte de un «poder adjudicador», la aportación a dicha empresa de recursos financieros por el «poder adjudicador» no la somete al régimen de la legislación relativa a los contratos públicos, dado que su actividad sigue siendo estrictamente mercantil. Como con razón lo subraya el Gobierno austriaco, dicha aportación pertenece más bien al ámbito del Derecho comunitario en materia de ayudas de Estado. [54]

88. El órgano jurisdiccional austriaco pregunta asimismo a este Tribunal si la calificación de un proyecto de obra como contrato público de obra puede modificarse a raíz de la intervención de un tercero que no reúne la condición de «poder adjudicador» a efectos de la Directiva, a riesgo de que este modo de proceder constituya un expediente para eludir la aplicación de la Directiva.

51 — La Directiva 71/305 calificaba como «poderes adjudicadores» al Estado, a las colectividades territoriales y a las personas jurídicas de Derecho público. La Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE (DO L 210, p. 1), en especial, sustituyó el concepto de «personas jurídicas de Derecho público» por el de «organismos de Derecho público», tal como se mencionan en la Directiva 93/37.

52 — Sentencia Beentjes, antes citada.

53 — Véanse los puntos 64 y ss. *supra*.

54 — Página 11 de la traducción francesa de las observaciones escritas. No obstante, en aras de la exhaustividad, debe añadirse que, con arreglo al artículo 2 de la Directiva, entidades que no reúnen la condición de «poderes adjudicadores» pueden estar sometidas a las disposiciones de dicho texto legal cuando los contratos de obras que adjudican estén subvencionados directamente en más del 50 % por un «poder adjudicador». Asimismo, se requiere que los contratos de que se trata sean «de la clase 50, grupo 502 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE)» o que se refieran «a los contratos de obras de construcción relativos a hospitales, a equipamientos deportivos, recreativos y de ocio, a edificios escolares y universitarios y a edificios de uso administrativo» (apartado 2 del artículo 2). Esta norma constituye una excepción al principio según el cual la Directiva se aplica a los contratos de obras adjudicados por un «poder adjudicador». Si tiene intención de pronunciarse sobre la aplicación de esta disposición al asunto del que conoce, el órgano jurisdiccional nacional deberá examinar si el contrato de obras controvertido, que, manifiestamente, no se refiere a la construcción de edificios del tipo de los enumerados en el apartado 2 del artículo 2, *in fine*, está comprendido en el grupo 502, antes citado, de la NACE, que incluye, en particular, las empresas de ingeniería civil. Asimismo, le corresponderá comprobar la cuantía de las subvenciones eventualmente desembolsadas a SRG por la ÖStDr.

89. La respuesta a esta cuestión exige precisar las circunstancias exactas de «la aparición» —por reproducir la terminología empleada por el órgano jurisdiccional nacional— del tercero.

90. De la resolución de remisión se desprende que el anuncio de licitación que originó la presente petición de decisión prejudicial fue publicado por la demandada, tras haber sido cancelada por parte de la ÖStDr la licitación anterior.

91. En consecuencia, SRG es la entidad adjudicadora encargada de la celebración del contrato de obra controvertido. Ahora bien, según el órgano jurisdiccional remitente, dicha entidad no presenta las características de un «poder adjudicador», lo que excluye la aplicación del régimen de la Directiva.

92. Como ya he dicho, la celebración por parte de la ÖStDr, en el marco del mismo proyecto, de contratos anteriores a éste estaba justificada por el deseo de reducir el período transitorio anterior a la entrada en servicio de las instalaciones de imprenta de SRG, entonces en constitución. Por otro lado, la ÖStDr previó «en todos los contratos relativos a las prestaciones [...] una cláusula conforme a la cual [...] [podía] ceder en cualquier momento todos los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos relativos a las prestaciones al tercero que designe». [55]

93. Estas circunstancias tienden a demostrar que, desde un principio, el proyecto controvertido estaba comprendido en el ámbito de actividad de SRG, lo que permite contemplar de otro modo la actuación de la ÖStDr, dado que, con toda probabilidad, colaboró en la realización de un proyecto comprendido íntegramente en el objeto social de su filial.

94. Así pues, no parece que la adjudicación del contrato de obra tuviera lugar por cuenta de la ÖStDr sino, por el contrario, en beneficio de SRG, lo que justificaría que dicho contrato no esté comprendido en el ámbito de la Directiva.

95. El Bundesvergabeamt alude al riesgo de fraude de ley que podría constituir la utilización de un tercero para eludir la legislación comunitaria sobre contratos públicos.

96. En la medida en que la legislación comunitaria relativa a los contratos públicos de obras delimita su ámbito de aplicación en función, especialmente, de la condición de los signatarios del contrato, no puede excluirse del todo dicho riesgo.

55 — Páginas 9 y 10 de la traducción española de la resolución de remisión.

97. No obstante, ya he señalado que corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio verificar la realidad de los motivos aducidos para justificar la creación del organismo que celebra el contrato en litigio. La calificación jurídica pertinente habrá de decidirse a la luz de la apreciación de los hechos que efectúe. [56]

98. Así, es útil que el órgano jurisdiccional compruebe, en concreto, si una empresa no ha sido constituida por un «poder adjudicador» para celebrar contratos de obras con el único fin de evitar la aplicación de la legislación comunitaria. La finalidad efectiva perseguida con la creación de la empresa que, en este caso, consistiría en celebrar contratos públicos de obras, puede así conducir al órgano jurisdiccional a decidir que el contrato controvertido fue celebrado por cuenta del «poder adjudicador», lo que justificaría la aplicación de la Directiva.

99. Asimismo, el «poder adjudicador» puede optar por dirigirse a una empresa ya constituida. En tal caso, parece más difícil discernir el fraude de ley si, como es probable, la empresa se elige entre aquellas cuya constitución no persigue en absoluto el ejercicio de una actividad destinada a satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, puesto que en este supuesto los contratos que celebra eluden, por regla general, la legislación comunitaria.

100. El Juez deberá comprobar si existe, efectivamente, un nexo entre las obras contempladas y el objeto social de la empresa. Está claro que debe presumirse que una empresa que celebra un contrato para la realización de obras que no contribuyan a su propia actividad actúa por cuenta ajena. En el supuesto de que pueda determinarse que dicho beneficiario es un «poder adjudicador», es lógico que se apliquen las disposiciones comunitarias relativas a los contratos públicos.

Sobre la séptima cuestión

101. Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional desea dilucidar si la financiación comunitaria de un proyecto de obras está supeditada al respeto, por parte de la empresa beneficiaria de dicha financiación, de la legislación comunitaria sobre contratos públicos aun cuando dicha empresa, que en el caso de autos es SRG, no sea un «organismo de Derecho público» ni reúna, por tanto, la condición de «poder adjudicador».

102. El tenor del apartado 1 del artículo 7 del Reglamento puede entenderse de dos formas distintas. Bien la Comunidad, cuando procede a la financiación de una acción, se

56 — Véanse los puntos 72 y 73 *supra*.

asegura de que los destinatarios de la ayuda respeten la legislación comunitaria que se les aplica, o bien la legislación comunitaria mencionada en dicho tenor pasa a ser aplicable a los agentes económicos que se benefician de dicha financiación pese a que, en otras circunstancias, no lo sería.

103. Sólo me parece posible la primera de las interpretaciones expuestas.

104. La norma no dice que las disposiciones comunitarias relativas a la formalización de contratos públicos se impongan, en lo sucesivo, a todos los agentes económicos que deseen disfrutar de financiación comunitaria para la ejecución de las acciones a las que se refiere el Reglamento.

105. Menciona la «compatibilidad» de las acciones que se pretenda financiar con cargo a fondos comunitarios con la normativa comunitaria sobre contratos públicos, así como el deber de «atenerse» a dicha normativa en relación con esas acciones. Esta conformidad de las acciones con la normativa supone, de entrada, que estén comprendidas en el ámbito de aplicación definido por cada uno de los textos comunitarios aplicables. La acción de un organismo que no reúne las características legales de un «organismo de Derecho público» a efectos de la Directiva es, evidentemente, compatible con esta última, puesto que no está sometido al régimen en ella adoptado.

106. También el carácter muy genérico de la remisión sustenta esta interpretación. La extensión indiscriminada de la legislación a todos los agentes económicos que ejerzan actividades en el marco de acciones financiadas por la Comunidad podría crear dificultades de interpretación de las disposiciones escasamente conformes con la seguridad jurídica.

107. Sobre todo, la aplicación de las Directivas relativas a los contratos públicos a organismos cuya actividad es estrictamente industrial o mercantil sería difícilmente justificable, habida cuenta de la finalidad de esa legislación, que consiste, recuérdese, en garantizar la igualdad de acceso de los agentes económicos a los contratos ofrecidos por los entes públicos o por organismos que ejercen actividades de carácter público.

108. Más bien parece que la preocupación del legislador consistía en velar por que los gastos efectuados por la Comunidad en el marco de las políticas estructurales se limiten estrictamente a los agentes económicos que respeten las normas del Derecho comunitario y no sirvan para abonar comportamientos contrarios a ellas.

109. En consecuencia, procede considerar que un organismo beneficiario de financiación comunitaria que no reúna la condición de «organismo de Derecho público» a efectos de la Directiva 93/37 no está sujeto a las disposiciones de la Directiva, antes citada, relativa a los procedimientos de recurso en materia de contratos públicos.

Conclusión

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

«1) La Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, debe interpretarse en el sentido de que:

— una imprenta dotada de personalidad jurídica, creada para la producción exclusiva de documentos administrativos oficiales destinados al Estado, quien la controla, en particular, mediante la posesión de más de la mitad de su capital social, y fija los precios de dichos documentos, constituye un "organismo de Derecho público" a efectos de la letra b) del artículo 1 de dicho texto, aun cuando esa parte de su actividad haya pasado a ser minoritaria en relación con su actividad global;

— sus disposiciones se aplican a la totalidad de los contratos de obras adjudicados por un "organismo de Derecho público" a efectos de la letra b) del artículo 1 de dicho texto.

2) La letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37 debe interpretarse en el sentido de que no constituye un "organismo de Derecho público", a efectos de dicha disposición, la empresa creada, con el único fin de satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil, por un "organismo de Derecho público" que posee más de la mitad de su capital social, aun cuando dicha empresa reciba del referido organismo recursos financieros procedentes del ejercicio por éste de una actividad destinada a satisfacer necesidades de interés general que no

tienen carácter industrial o mercantil. El hecho de que dicha empresa celebre un contrato referente a obras, en el marco de un proyecto global inicialmente gestionado por un "organismo de Derecho público", no produce la consecuencia de someter dicho contrato a las normas de la Directiva 93/37, salvo que el contrato haya sido celebrado por cuenta del "organismo de Derecho público".

3) El apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 2052/88 del Consejo, de 24 de junio de 1988, relativo a las funciones de los Fondos con finalidad estructural y a su eficacia, así como a la coordinación entre sí de sus intervenciones, con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes, modificado por el artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 2081/93 del Consejo, de 20 de julio de 1993, debe interpretarse en el sentido de que una empresa beneficiaria de una financiación comunitaria no está sometida a los procedimientos de recurso establecidos en 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, si no constituye un "organismo de Derecho público" a efectos de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37.»