CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NIAL FENNELLY

presentadas el 18 de mayo de 2000 *

1. La cuestión fundamental suscitada mediante la presente petición de decisión prejudicial del Bundesvergabeamt (Oficina federal de adjudicación de contratos públicos; en lo sucesivo, «BVA») de Austria es si los contratos de concesión de servicios públicos están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios [1] y 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. [2] En el caso de que estén excluidos, se plantea la cuestión adicional de la delimitación del alcance de dicha exclusión. También se plantean algunas otras cuestiones, como si las partes de un contrato que estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38 pueden ser separadas de aquellas otras que no lo estén, así como la de la distinción entre contratos de prestación de servicios y contratos de suministro.

I. Marco jurídico y hechos

A. *Derecho comunitario*

2. En el octavo considerando de la Directiva 92/50 se afirma lo siguiente:

«Considerando que la presente Directiva se refiere sólo a las prestaciones de servicios bajo contrato público; que quedan excluidas las prestaciones de servicios con arreglo a otros instrumentos jurídicos, como leyes, disposiciones administrativas o contratos laborales [...]»

* Lengua original: inglés.

1 — DO L 209, p. 1. La Directiva 92/50/CEE ha sido posteriormente modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente (DO L 328, p. 1).

2 — DO L 199, p. 84. La Directiva 93/38/CEE ha sido posteriormente modificada 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/CEE del Consejo 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 101, p. 1).

En el artículo 1 de dicha Directiva se dispone lo siguiente:

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

a) *contratos públicos de servicios:* los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los siguientes:

[...]

v) los contratos de servicios de telefonía de voz, télex, radiotelefonía móvil y buscapersonas y comunicación por satélite [...]»

3. En el vigesimocuarto considerando de la Directiva 93/38 se afirma lo siguiente:

«Considerando que la presente Directiva se refiere sólo a la prestación de servicios en régimen de contratación; que no se refiere a las prestaciones de servicios sobre bases diferentes, como disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o contratos laborales.»

En el artículo 1, punto 4, de dicha Directiva se establece lo siguiente:

«contratos de suministros de obras y de servicios: los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre una de las entidades contratantes mencionadas en el artículo 2 y un suministrador, contratista o prestador de servicios y que tengan por objeto:

[...]

c) en el caso de los contratos de servicios, cualquier otro objeto distinto de los indicados en las letras a) y b), y exceptuando:

[...]

iii) los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación;

iv) los contratos relativos a la emisión, compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros;

[...]

vi) [...] Los contratos que incluyan servicios y suministros se considerarán contratos de suministro cuando el valor total de los suministros sea superior al valor de los servicios incluidos en el contrato; [...]»

En el artículo 2, apartado 1, se dispone que la Directiva «se aplicará a las entidades contratantes que:

a) sean poderes públicos o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2 [...]»

En el artículo 2, apartado 2, se establece, a los efectos pertinentes en el presente asunto, que «las actividades que se incluyen en el ámbito de aplicación de la presente Directiva» son las siguientes:

«[...]

d) la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones [...]»

B. *Derecho austriaco y hechos del procedimiento principal*

4. Post & TeleKom Austria AG (en lo sucesivo, «PTA») es la sucesora jurídica, a partir del 1 de enero de 1997, de la antigua Post & Telegraphenverwaltung (Administración de Correos y Telégrafos). La Post & Telegraphenverwaltung estaba encargada de la explotación del monopolio de correos y telecomunicaciones austriaco, que incluía la obligación legal de editar guías telefónicas.[3] Sin embargo, en 1992 decidió, por razones económicas, buscar un socio para la elaboración del Amtliches Telephonbuch (Guía Oficial de Teléfonos, actualmente conocida como «páginas blancas»). En 1992, se celebró un contrato al efecto (aunque aparentemente no bajo la forma de una concesión) que expiró a

3 — Artículo 31 de la anterior Fernmeldegesetz (Ley de telecomunicaciones).

finales de 1997. Ante la inminente expiración de dicho contrato, PTA convocó, mediante anuncio publicado el 15 de mayo de 1997 en el *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (Boletín anexo al Diario Oficial austriaco), así como en determinados periódicos, la adjudicación de una concesión para la elaboración de guías y bases de datos electrónicas de sus abonados. A cambio de asumir dicha obligación, el concesionario recibiría autorización para explotar con ánimo de lucro dicha concesión, mientras que PTA adquiriría una participación del 40 % en la sociedad que debería constituir el concesionario al efecto. La concesión fue adjudicada poco después a Herold Business Data AG (en lo sucesivo, «HBD»), que, al parecer, era la sociedad que había sucedido jurídicamente a la sociedad a la que se había adjudicado el contrato inicial en 1992. [4] Posteriormente, el 15 de diciembre de 1997 se formalizó la concesión.

5. El 1 de agosto de 1997, entró en vigor la Telekommunikationsgesetz (Ley de telecomunicaciones; en lo sucesivo, «TKA»). [5] El artículo 19 de la TKA exige a todos los prestadores de servicios públicos de telefonía vocal mantener, entre otras cosas, un listado telefónico actualizado de abonados, información sobre los números de teléfono de sus abonados y una guía, disponible al menos semanalmente en un formato electrónico legible a instancia de las autoridades de regulación creadas mediante dicha Ley. Los usuarios deben tener acceso a dicha información, que debe facilitarse a un precio razonable, como parte del servicio telefónico universal que se ofrece en Austria con arreglo al artículo 24, apartados 1 y 2, de la TKA. Con arreglo al artículo 26, apartado 1, de la TKA, se obliga a las autoridades de regulación a garantizar la existencia de una guía telefónica universal que combine la información contenida en las diferentes guías individuales. [6] Además, los operadores individuales están obligados, con arreglo al artículo 96, apartado 1, a elaborar una guía telefónica que puede ofrecerse en formato impreso y/o en formato electrónico.

6. Las partes demandantes en el procedimiento principal, Telaustria y Telefonadress, consideraron que deberían haberse aplicado al contrato de que se trata los procedimientos de adjudicación impuestos por la normativa comunitaria y austriaca en materia de contratos públicos de servicios. A raíz de sendas solicitudes separadas, pero posteriormente acumuladas, presentadas por las demandantes para la apertura de un procedimiento de arbitraje con arreglo al artículo 109 de la Bundesvergabegesetz (Ley de adjudicación de contratos públicos; en lo sucesivo, «BVerG»), [7] el 20 de junio de 1997 la Bundes-Vergabekontrollkommission (Comisión federal de control de la adjudicación de contratos públicos) emitió un dictamen consultivo favorable a las demandantes en el que se concluía que las normas de la BVerG eran aplicables.

7. PTA optó por no atenerse a dicha recomendación, prosiguiendo las negocia-

4 — HBD es una sociedad conjunta entre GTE (74 %) y PTA (26 %).

5 — BGBl I nº 100/1997.

6 — Hasta el 31 de julio de 1997, la obligación legal de publicar guías telefónicas recaía sobre PTA, de conformidad con el artículo 2 de la Poststrukturgesetz (Ley de bases del servicio de correos; BGBl I nº 201/1996).

7 — BGBl I nº 56/1997.

ciones para la celebración del contrato tal como había sido anunciado. En su opinión, el contrato controvertido estaba comprendido dentro de la exclusión expresa de las «concesiones de servicios» del ámbito de aplicación de la BVerG que se establecía en el artículo 3, apartado 1, número 8, de dicha Ley. El 24 de junio de 1997, Telaustria, posteriormente apoyada por Telefonadress, interpuso recurso ante el BVA y presentó una demanda de medidas provisionales. Tras haber decidido inicialmente adoptar medidas provisionales en favor de las demandantes, posteriormente el BVA decidió, el 10 de julio de 1997, permitir provisionalmente la celebración del contrato propuesto entre PTA y HBD, a condición de que pudiera rescindirse si posteriormente se llegaba a la conclusión de que le eran aplicables las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

8. En la resolución de remisión se afirma que la TKA se aplica al contrato celebrado entre PTA y HBD. Al constituirse como sociedad anónima, PTA se convirtió en una sociedad de titularidad pública al 100 %. Se encuentra bajo el control de las autoridades austriacas y, en opinión del BVA, constituye una empresa pública a efectos del artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/38/CEE y, por tanto, también una entidad contratante a efectos de dicha Directiva.

9. El BVA describe el contrato impugnado en el sentido de que se trata «[...] de varios contratos —en parte concatenados— de contenido diferente pero celebrados entre las mismas partes». Según afirma, el objeto del contrato de impresión es «la elaboración de guías telefónicas impresas».

El BVA señala que HBD debe prestar servicios consistentes, en primer lugar, en «recogida, elaboración y estructuración de datos de los abonados, así como su explotación técnica, es decir, prestaciones de los números de referencia CCP 841b,[8] "Desarrollo de ofertas de programas informáticos"; 8431, "Servicio de tratamiento y ordenación de datos"; 8432, "Servicio de recogida de datos" y 8439, "Servicio de los demás tratamientos de datos" y, en su caso, además, 844, "Servicio de banco de datos"». El BVA describe dichos servicios como prestaciones comprendidas dentro de la «categoría 7, "Servicios de informática y servicios conexos", en el sentido del Anexo XVI A de la Directiva 93/38/CEE».

10. La segunda parte del contrato se refiere a la elaboración de guías telefónicas impresas, descritas como servicios de la «categoría 15, "servicios editoriales o de imprenta, por tarifa o por contrato" a efectos del Anexo XVI A de la Directiva 93/38/CEE». La última parte del contrato descrita por el BVA comprende las «prestaciones con el número de referencia CCP 871, "Servicios de publicidad" y, por ende, prestaciones en el sentido de la categoría 13 del Anexo XVI A de la Directiva 93/38/CEE». En opinión del BVA, la proporción constituida por servicios enumerados en el Anexo XVI A de la Directiva 93/38/CEE supera a la de los servicios del Anexo XVI B, de modo

8 — La «CCP» es la Clasificación Común de Productos de Naciones Unidas. Por lo que respecta a la pertinencia de la «CCP», véanse, en particular, los puntos 10 y 32 y ss. de mis conclusiones y los apartados 38 y 39 de la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357).

que puede considerarse que la Directiva se aplica al contrato en su conjunto.

11. Por estimar que la exclusión de las concesiones de servicios públicos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 no sustenta necesariamente la afirmación de PTA según la cual este tipo de contratos están excluidos asimismo del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, y teniendo en cuenta la incertidumbre sobre el alcance del concepto de concesiones de este tipo, el BVA sometió al Tribunal de Justicia las siete cuestiones que a continuación se reproducen:

«Cuestión principal:

¿Puede deducirse de la génesis de la Directiva 92/50/CEE, especialmente de la Propuesta de la Comisión [COM(90) 372, DO C 23, de 31 de enero de 1991] o de la definición del concepto de "contratos públicos de servicios" formulada en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE, que determinadas categorías de contratos, celebrados con empresas de servicios por las entidades adjudicadoras a las que se aplica esa Directiva, están excluidas de antemano del ámbito de aplicación de dicha Directiva, simplemente por concurrir en ellas determinadas características comunes como las que se mencionan en la Propuesta de la Comisión COM(90) 372 y sin necesidad de invocar los incisos i) a viii) de la letra a) del artículo 1 o los artículos 4 a 6 de la Directiva 92/50/CEE?

Si se responde afirmativamente a la cuestión principal,

¿Están también incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE dichas categorías de contratos, habida cuenta especialmente del vigesimocuarto considerando de la Directiva?

Si se responde afirmativamente a la segunda cuestión,

¿Se pueden describir estas categorías de contratos excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE, por analogía con la Propuesta COM(90) 372, afirmando que su esencia consiste en que una entidad adjudicadora incluida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38/CEE confía a una empresa elegida por ella la prestación de un servicio del que dicha entidad es responsable y le concede en contrapartida el derecho a explotar económicamente la prestación del mencionado servicio?

Como complemento a las tres primeras cuestiones,

En el supuesto de que un contrato celebrado por una entidad adjudicadora

incluida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38/CEE contenga elementos característicos de un contrato de servicios, en el sentido de la letra a) del punto 4 del artículo 1 de la Directiva 93/38/CEE, junto con elementos de otra naturaleza contractual, no incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva, ¿está dicha entidad adjudicadora obligada a escindir la parte del contrato a la que se aplique la Directiva 93/38/CEE, en la medida en que sea técnicamente posible y económicamente razonable, y a someterla a un procedimiento de adjudicación, en el sentido del punto 7 del artículo 1 de la Directiva, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el asunto C-3/88, [9] anterior a la entrada en vigor de la Directiva 92/50/CEE, en relación con un contrato que no estaba sometido en su totalidad a la Directiva 77/62/CEE?

Si se responde afirmativamente a esta cuestión,

¿Procede considerar que la concesión contractual del derecho exclusivo a explotar económicamente el resultado de la prestación de un servicio, que proporciona al prestador del servicio un rendimiento que no puede determinarse pero que, con arreglo a la experiencia general, no será desdeñable y normalmente superará al coste de la prestación, constituye la retribución del servicio, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el asunto C-272/91, [10] en relación con un contrato de suministro que preveía, como sustituto del pago, la concesión de un derecho por los poderes públicos?

Como complemento a las cuestiones anteriores,

¿Las disposiciones de las letras a) y c) del punto 4 del artículo 1 de la Directiva 93/38/CEE deben interpretarse en el sentido de que un contrato que prevea la prestación de servicios contemplados en el Anexo XVI A, categoría 15, pierde su carácter de contrato de prestación de servicios y pasa a ser un contrato de suministro cuando el resultado de la prestación del servicio es la fabricación de gran número de objetos corporales idénticos, que tienen valor económico y constituyen por tanto mercancías en el sentido de los artículos 9 y 30 del Tratado CE?

Si se responde afirmativamente a esta cuestión,

¿Debe interpretarse la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-3/88 en el sentido de que tal contrato de suministro debe ser separado de las demás partes del contrato de servicios y someterse a un procedimiento de adjudicación, en el sentido del punto 7 del artículo 1 de la Directiva 93/38/CEE, en la medida en que resulte técnicamente posible y económicamente razonable?»

9 — Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (Rec. p. 4035; en lo sucesivo, «sentencia Sistemas informáticos»).

10 — Sentencia de 26 de abril de 1994, Comisión/Italia (Rec. p. I-1409; en lo sucesivo, «sentencia Lottomatica»).

II. Observaciones

12. Presentaron observaciones escritas Telaustria, PTA, el Reino de Dinamarca, el Reino de los Países Bajos, la República Francesa, la República de Austria y la Comisión. Todos ellos, con la excepción de Dinamarca y los Países Bajos, presentaron asimismo observaciones orales.

III. Análisis

13. En mi opinión, las cuestiones suscitadas por las diferentes cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional pueden resumirse del siguiente modo:

i) ¿Se rige el contrato de que se trata en el presente caso, suponiendo que se apliquen las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, por la Directiva 93/38/CEE?;

ii) ¿Están las concesiones de servicios públicos excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE?;

iii) ¿Cuál es el alcance en el Derecho comunitario de un contrato de concesión de servicios públicos y cómo se definen dichas concesiones?;

iv) Si no son aplicables las normas sobre publicidad pertinentes de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, ¿qué requisitos de publicidad, en su caso, se derivarían de la aplicación de los principios generales del Tratado?;

v) En el caso de que la Directiva 93/38/CEE sea inaplicable, ¿significa el hecho de que la concesión tenga por objeto la producción de un gran número de guías telefónicas (físicas) que debe considerarse que dicha concesión constituye, en su totalidad o en parte, un contrato de suministro y, por ende, que está sujeta a las normas en materia de adjudicación de contratos públicos de 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? [11]

Aunque existen algunas superposiciones entre estas cuestiones, me propongo, por razones de claridad, abordarlas de manera sucesiva.

11 — DO L 199, p. 1.

A. *Directiva 92/50 o Directiva 93/38*

14. En el caso de que la Directiva 93/38 fuera aplicable a un contrato como el celebrado entre PTA y HBD, sería innecesario proporcionar una respuesta específica a la primera cuestión planteada por el BVA. Por consiguiente, lo adecuado es, en mi opinión, considerar en primer lugar la posible aplicabilidad de la Directiva sectorial, antes de entrar en el examen de otras Directivas de carácter más general. Sin embargo, aun en el caso de que la Directiva 93/38 fuera la única aplicable en el presente caso, ello no impediría tener en cuenta otras normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos como ayuda para la interpretación de dicha Directiva.

15. De la resolución de remisión se desprende claramente que PTA, en su condición de prestador de servicios de telecomunicaciones de titularidad pública, debe considerarse, en principio, como una entidad contratante a efectos del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/38. Esta tesis se ve confirmada asimismo por el decimotercer considerando de dicha Directiva, en el que se afirma que ésta «no debe aplicarse a las [...] entidades que quedan fuera de los sectores [...] de las telecomunicaciones». De acuerdo con su artículo 2, apartado 1, la Directiva 93/38 sólo se aplica cuando una entidad contratante ejerce «alguna de las actividades contempladas en el apartado 2», que incluyen «la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones [...]». [12] Aunque tal vez ya no sea el único prestador de este tipo de servicios que opera en el mercado austriaco, el propio BVA ha descrito el «objeto social» de PTA en el sentido de que incluye «la puesta a disposición y explotación de redes públicas de telecomunicaciones y la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones». Claramente, como la Comisión alega, se trata de una entidad contratante sectorial. Es pacífico entre las partes que la elaboración de guías telefónicas tanto físicas como electrónicas está directamente relacionada con la prestación de dichos servicios.

16. El propio BVA se ha inclinado por considerar provisionalmente que los servicios a que se hace referencia en el contrato entre PTA y HBD, considerados en su conjunto, están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38 y, más concretamente, que debe considerarse que dicho contrato constituye un contrato «de suministro» a efectos del artículo 15 de la misma. Para determinar si el contrato controvertido está comprendido dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 93/38, no hay nada en la información de que dispone este Tribunal que cuestione la apreciación del BVA según la cual, si se exceptúa el hecho de que puede quedar excluido de dicho ámbito de aplicación por el hecho de constituir una concesión, debe considerarse que el contrato está comprendido dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva. En mi opinión, no es necesario, para responder a las cuestiones planteadas, pronunciarse sobre si constituye un contrato de «suministro» o un contrato de «servicios». Ello se debe a que, siempre que un contrato como el controvertido en el procedimiento principal pueda considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios en el sentido del artículo 1, punto 4, de la Directiva 93/38, se le aplicarán las normas en materia de publicidad impuestas bien por el artículo 15, bien por el artículo 16 de dicha Directiva.

12 — Véase el artículo 2, apartado 2, letra d), citado íntegramente en el punto 3 *supra*.

17. No estoy de acuerdo con PTA en que los únicos servicios que están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38 son aquellos que se prestan al final de una larga cadena de servicios y que, por lo que respecta al presente caso, están directamente relacionados con la prestación efectiva de servicios de telefonía vocal. Del decimoséptimo considerando de la Directiva 92/50 se desprende claramente que las disposiciones de dicha Directiva no pretendían afectar a la predecesora de la Directiva 93/38; en otras palabras, cuando un contrato esté comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sectorial, no se aplican las disposiciones más generales de la Directiva 92/50. Si bien los servicios incluidos dentro del ámbito de aplicación de esta última se enumeran, entre otros, en el Anexo I A de la Directiva e incluyen los «servicios de telecomunicaciones» (categoría 5), de la nota a pie de página que acompaña a dicha categoría se desprende claramente que están excluidos de la misma los servicios de telefonía vocal. Sólo una interpretación muy estricta del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38 justificaría la tesis de PTA según la cual un contrato relativo a la elaboración de guías telefónicas no está suficientemente relacionado con la prestación de servicios de telefonía vocal como para que dicha Directiva sea aplicable. En mi opinión, una interpretación tan estricta es errónea. Resulta especialmente significativo, tal como se señala en la resolución de remisión, que la categoría 15 del Anexo XVI de la Directiva 93/38 incluya expresamente los «servicios editoriales y de imprenta» entre los servicios sujetos a los procedimientos de publicidad exigidos con arreglo al artículo 15.

18. Además, el artículo 1, punto 4, de la Directiva 93/38 describe los contratos de servicios sujetos a dicha Directiva, en particular, como los «contratos a título oneroso celebrados por escrito entre una de las entidades contratantes mencionadas en el artículo 2 y un suministrador, contratista o prestador de servicios», y que tengan por objeto [véase el artículo 1, punto 4, inciso ii)] «servicios de telefonía de voz [...]». En consecuencia, estoy convencido de que el BVA obró correctamente al suponer que, en principio, la Directiva 93/38 es la Directiva aplicable en el presente caso. Por consiguiente, el problema suscitado en las cuestiones segunda, tercera y quinta (así como, indirectamente, en la primera cuestión) debe interpretarse en el sentido de que se trata de si el carácter de concesión del contrato entre PTA y HBD descarta la aplicación de la Directiva 93/38. En realidad, ese es el problema central del presente asunto.

B. *La exclusión de las concesiones de servicios públicos*

19. Las demandantes alegan que no debe considerarse que las concesiones de servicios públicos están excluidas de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, ya que dicha interpretación sometería tales normas a las variaciones en las actividades consideradas como actividades públicas en los diferentes Derechos nacionales. La necesidad de interpretar de manera estricta las excepciones al ámbito de aplicación de las normas en materia de adjudicación de contratos públicos impide semejante excepción. Con carácter subsidiario, si se excluyen las concesiones debe haber una verdadera transferencia de una actividad de interés público para que ésta constituya una concesión de servicios públicos. Según las demandantes, no es esto lo que sucede en el caso de la elaboración de guías tele-

fónicas. Señalan que la Comisión no presentó ninguna propuesta expresa para incluir las concesiones de servicios públicos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, y concluyen que no estaría justificado deducir la exclusión de dichos contratos del silencio de la Directiva a este respecto.

20. PTA, con el apoyo de los Estados miembros que han presentado observaciones y de la Comisión, alega fundamentalmente que de la génesis legislativa de la Directiva 92/50, así como de la consideración del alcance general de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, se desprende claramente que el Consejo no deseaba incluir las concesiones dentro del ámbito de aplicación ni de esa Directiva ni de la Directiva 93/38. El ámbito de aplicación material de esta última Directiva está limitado a los tipos de contratos incluidos en ella, entre los que no se encuentran las concesiones.

21. En mi opinión, está perfectamente claro que el Consejo rechazó la propuesta de la Comisión de incluir las concesiones dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50. En su Propuesta inicial, presentada el 13 de diciembre de 1990, las «concesiones de servicios públicos» se distinguían de los «contratos públicos de servicios» en el artículo 1, letra a), inciso vi), se definían en el artículo 1, letras a) y h), y se sometían a las normas en materia de publicidad de la Propuesta de Directiva mediante el artículo 2. [13] Si se exceptúa el mayor grado de elaboración de la definición de «concesiones de servicios públicos», la Propuesta modificada presentada el 28 de agosto de 1991 contenía disposiciones esencialmente similares. [14] La explicación inicial que dio la Comisión para su inclusión figuraba en el décimo considerando de la Propuesta, en el que la Comisión afirmaba que «a fin de garantizar la coherencia de los procedimientos de adjudicación, las concesiones de servicios públicos deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, de la manera que la Directiva 71/305/CEE se aplica a las concesiones de obras públicas». La referencia a esta última Directiva fue eliminada en el décimo considerando de la Propuesta modificada, que se limitó a indicar que la inclusión de las concesiones de servicios públicos era necesaria «a fin de mantener cierta coherencia entre los diferentes procedimientos de adjudicación». Durante el proceso legislativo, el Consejo decidió eliminar de la Propuesta todas las referencias a las concesiones de servicios públicos. Su razonamiento se encuentra en el documento que expone los motivos de su posición común y fue citado por Francia en sus observaciones escritas. [15] Tal como alega Francia, la decisión del Consejo tan sólo puede interpretarse como una negativa expresa a incluir dichas concesiones dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50.

13 — Propuesta de Directiva del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, COM(90)372 final (DO 1991, C 23, p. 1). En el artículo 3 de la Propuesta se establecían normas especiales para el supuesto de que el concesionario fuera una entidad adjudicadora.

14 — Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, COM(91)322 final (DO 1991, C 250, p. 4).

15 — Documento nº 4444-92-ADD-1 de 25 de febrero de 1992. Básicamente, el Consejo consideraba que las diferencias entre los diferentes Derechos nacionales en relación con dichas concesiones eran demasiado grandes, de modo que los efectos de la adopción de la Propuesta no serían los mismos en todos los Estados miembros. En sus observaciones escritas, Austria señaló que dicha oposición tenía su origen en el hecho de que en algunos Estados miembros las concesiones se otorgaban únicamente mediante actos públicos (administrativos) que, por consiguiente, hubieran quedado fuera de la definición propuesta por la Comisión, que estaba basada en las concesiones otorgadas de conformidad con contratos celebrados de mutuo acuerdo y regidos por el Derecho privado. Así lo reconoció, pese a lamentarlo, la propia Comisión en la Comunicación al Parlamento Europeo relativa a la posición común [véase SEC (2) 406 final de 5 de marzo de 1992].

22. Desde esta óptica considero significativo el hecho de que la Comisión ni siquiera propusiera la inclusión de las concesiones de servicios públicos en su Propuesta, presentada el 27 de septiembre de 1991, que daría lugar a la Directiva 93/38 del Consejo. [16] Sin embargo, aún más significativo es el hecho de que, en su Propuesta modificada que daría lugar a Directiva que precedió a la Directiva 93/38 —a saber, 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, [17] la primera Directiva sectorial en materia de adjudicación de contratos públicos—, la Comisión había propuesto determinadas disposiciones para regular las concesiones de servicios públicos. [18] Esta propuesta no fue aceptada por el Consejo, ya que dichas concesiones existían únicamente en un Estado miembro y el Consejo consideró inapropiado proceder a su regulación sin llevar a cabo antes un estudio detallado de las diversas modalidades de concesiones de servicios públicos otorgadas en los Estados miembros en los sectores del agua, el gas y la electricidad. [19] Esta valoración de la historia legislativa demuestra claramente que el silencio de la Directiva 93/38 por lo que respecta a las concesiones era deliberado y pretendía, sin lugar a dudas, excluirlas de la misma. En el presente caso, proporciona, por tanto, una clara ayuda para interpretar el texto de la Directiva tal como fue finalmente adoptada por el Consejo.

23. A mi entender, cabe extraer elementos adicionales en apoyo de esta tesis de las Directivas que regulan los contratos de obras públicas. En la primera Directiva en materia de adjudicación de contratos públicos, la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, el artículo 3, apartado 1, excluía expresamente los contratos de concesión del concepto de «contratos de obras públicas», definido en el artículo 1, letra a), como «contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre un contratista [...] y [...] un adjudicatario», sujetos a la misma. [20] En 1989, la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras, adoptó una definición de «concesión de obras públicas» [véase el nuevo artículo 1, letra d), insertado mediante el artículo 1, número 1, de la Directiva 89/440] e incluyó las «normas de publicidad» que deberían aplicarse a la adjudicación de dichas concesiones (véase el nuevo artículo 1 *ter* insertado mediante el artículo 1, número 2, de la Directiva 89/440). [21] Es sumamente significativo, ya que, por primera vez, las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos abordaban expresamente el fenómeno de las concesiones. En el momento de adjudicarse el contrato controvertido en el procedimiento principal, las disposiciones pertinentes eran las contenidas en el texto consolidado de la Directiva que sustituyó a la Directiva

16 — Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/531/CEE, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, COM(91) 347 final (DO 1991, C 337, p. 1).

17 — DO L 297, p. 1.

18 — Propuesta modificada de Directiva relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones [véase COM(89) 380 final, DO C 264, p. 22].

19 — Véase el punto 10 del Documento nº 5250/90 del Consejo, de 22 de marzo de 1990, MAP 7, PRO-COOP 28, una copia del cual fue incorporada como Anexo por la Comisión a sus observaciones escritas.

20 — DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9.

21 — DO L 210, p. 1.

71/305, a saber, 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.[22] Esta Directiva fue adoptada el mismo día que la Directiva 93/38. Por consiguiente, a mi entender es evidente que si el Consejo hubiera deseado incluir las concesiones de servicios públicos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38 lo hubiera hecho de manera expresa, como hizo al adoptar la Directiva 93/37. La única conclusión razonable que cabe inferir del hecho de que no lo hiciera es la que ya extrajo el Abogado General Sr. La Pergola en sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia BFI Holding, a saber, que la Directiva 93/38 «únicamente tiene por objeto los *contratos públicos* de servicios».[23]

24. Por consiguiente, está claro que el concepto de «*contratos a título oneroso celebrados por escrito*» propio del Derecho comunitario en materia de adjudicación de contratos públicos (el subrayado es mío), que aparece en todas las Directivas, desde la Directiva 71/305, la primera de ellas, hasta la Directiva 93/38 incluida, nunca ha comprendido las concesiones. No es posible sostener, como hacen implícitamente las demandantes, que una interpretación literal de dicho concepto, como la que aparece actualmente en el artículo 1, punto 4, de la Directiva 93/38, permitiría incluir dentro de su ámbito de aplicación los acuerdos escritos con carácter de concesión, siempre que la contraprestación deba obtenerse totalmente mediante la explotación del servicio o en parte mediante la explotación del servicio y en parte mediante un pago de la entidad contratante. En otras palabras, aun cuando se ignorara la génesis legislativa, una interpretación contextual del concepto de título oneroso, que sería necesaria en la medida en que dicho concepto no está definido en la Directiva 93/38, excluiría las concesiones.

25. En mi opinión, de ello se desprende que el Tribunal de Justicia debe declarar que las «concesiones de servicios públicos» no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38.

C. *El alcance del concepto de concesiones de servicios públicos*

26. Puesto que sostengo la tesis de que las concesiones de servicios públicos están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, para responder a las cuestiones tercera y quinta planteadas por el órgano jurisdiccional nacional es necesario considerar el tipo de «operación» que puede considerarse que constituye una concesión de este tipo y, por tanto, quedar excluida de las normas de publicidad de dicha Directiva. Al hacerlo, soy consciente de que el legislador comunitario no ha considerado necesario, salvo cuando se han incluido expresamente las concesiones, definir el concepto de «concesiones de servicios públicos». En tales circunstancias, estoy de acuerdo tanto con los Estados miembros que intervinieron en el presente procedimiento como con la Comisión en que, a falta de una definición legislativa, el Tribunal debe identificar criterios que permitan determinar qué constituye una concesión, con el fin de ayudar al BVA a resolver de manera definitiva en el presente procedimiento.

22 — DO L 199, p. 54. En lo sucesivo, la Directiva 89/440/CEE del Consejo y la Directiva 93/37/CEE del Consejo serán denominadas, en aras de la conveniencia, como «Directivas en materia de obras públicas».

23 — Conclusiones de 19 de febrero de 1998 (sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821), punto 26 (el subrayado es del autor).

27. Las demandantes alegan que la característica esencial de una concesión radica en que la entidad concedente no paga ninguna retribución al concesionario. Por consiguiente, a éste debe otorgársele simplemente el derecho de explotar económicamente la concesión, aunque, en su opinión, este derecho puede ir acompañado de la obligación de pagar una retribución al concedente. También sostienen que el objeto de la concesión debe ser un servicio de interés general relacionado con el ejercicio del poder público. En su opinión, no es eso lo que sucede en el presente caso, ya que todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones están obligados por el artículo 96, apartado 1, de la TKA a publicar una guía telefónica.

28. Las observaciones de las demás partes y de quienes han presentado observaciones coinciden en gran medida por lo que respecta a las principales características distintivas de una concesión. Todas ellas calificarían una concesión tomando como referencia tres características esenciales. En primer lugar, el beneficiario del servicio prestado debe ser un tercero, y no la propia entidad adjudicadora. En segundo lugar, el objeto del servicio concedido debe constituir una cuestión de interés público. Por último, el concesionario debe asumir el riesgo económico derivado de la prestación del servicio de que se trate.

29. En primer lugar, es importante tener presente que las «concesiones de servicios públicos» no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38. Por consiguiente, no acepto, como han alegado las demandantes, que sea necesario interpretar su alcance de manera estricta. Dichas concesiones no constituyen excepciones a las normas de publicidad de la Directiva, sino más bien un tipo de «operación» que no está regulado por la Directiva y, por tanto, ajeno a la finalidad de dichas normas.

30. Considero que un punto de partida adecuado sería la definición contenida en las Directivas en materia de obras públicas, ya que ésa es la única definición que ha sido aprobada hasta ahora por el legislador comunitario. El artículo 1, letra d), de la Directiva 89/440 definía inicialmente la «concesión de obras públicas» como un «contrato que presente los caracteres [de los "contratos de obras públicas"] con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».[24] La justificación de la inclusión de dichas concesiones dentro del ámbito de aplicación de la Directiva se exponía en su undécimo considerando, según el cual radicaba en «la importancia creciente de la concesión de obras públicas y su naturaleza específica [...]».[25] Posteriormente, en la Directiva 93/37 se mantuvo la misma definición de «concesión de obras públicas», junto con la misma justificación de la inclusión de dichas concesiones.[26] En mi opinión, el legislador comunitario consideró que la esencia de una concesión radica en la inexistencia de una contraprestación, al menos íntegra, de la entidad concedente al concesionario. Estoy de acuerdo en que ello constituye una de las características

24 — Así pues, reproducía en buena parte la anterior definición de las operaciones excluidas del concepto de «contratos a título oneroso celebrados por escrito» por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 71/305.

25 — Las normas de publicidad aplicables a dichos «contratos» se establecieron mediante el nuevo artículo 1 *ter* insertado en la Directiva 71/305 mediante el artículo 1, número 2, de la Directiva 89/440.

26 — Véanse el artículo 1, letra d), y el quinto considerando de la Directiva.

fundamentales de una concesión, cuya importancia no se limita a aquellas concesiones que tiene por objeto obras públicas. A mi entender, esta característica tiene su expresión en el hecho de que el propio concesionario deba correr con el riesgo económico principal derivado de la prestación del servicio de que se trate, o al menos con una parte sustancial del mismo. Si el órgano jurisdiccional nacional está convencido de que la carga o el riesgo económicos han sido efectivamente transferidos al concesionario por el concedente de la concesión, habrá argumentos muy sólidos para presumir que la «operación» efectuada entre ellos constituye una concesión y no un contrato.

31. En mi opinión, el indicio individual más importante de si es el concesionario quien debe correr con el riesgo económico se obtiene examinando la naturaleza de la explotación que la supuesta concesión le obliga a efectuar. La sentencia BFI Holding indica de manera inequívoca que el Tribunal de Justicia considera la exigencia de explotar el derecho cedido para obtener una retribución como el elemento central de una auténtica concesión. En respuesta a una alegación formulada por Francia en sus observaciones según la cual los contratos controvertidos en aquel asunto (que tenía por objeto una empresa conjunta entre dos municipios neerlandeses para la prestación de servicios municipales de recogida de basuras y limpieza de carreteras por parte de ARA, una sociedad expresamente constituida al efecto) podían considerarse concesiones de servicios públicos, el Tribunal declaró, sin estimar necesario interpretar dicho concepto, que del acuerdo subyacente se desprendía claramente «que la retribución pagada a ARA consiste *únicamente en un precio y no en el derecho de explotación del servicio*».[27]

32. En la vista, se hizo referencia a un proyecto de Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario.[28] En dicha Comunicación, a la que se hicieron varias referencias durante la vista, la Comisión expone una serie de ejemplos de circunstancias que habían sido sometidas a la consideración de la Comisión pero que, en su opinión, no cumplían con el requisito de que el riesgo fuera soportado por el concesionario.[29] Así, por ejemplo, cuando las autoridades públicas ofrecen en realidad una garantía de indemnización contra las pérdidas futuras, o cuando no existe una explotación real por parte del concesionario del servicio cuya prestación se cede, la Comisión sostiene que la «operación» de que se trate no puede constituir una concesión.

33. Sin embargo, me inclino a compartir las observaciones de Francia según las

27 — Apartado 25 (el subrayado es mío). De este modo, el Tribunal de Justicia se adhirió implícitamente a la tesis del Abogado General Sr. La Pergola según la cual un «elemento destacado de la concesión de servicios en el ámbito comunitario [...] consiste en el hecho de que el concesionario asume por sí mismo el riesgo económico derivado de *la prestación y gestión de los servicios objeto de la concesión*» (punto 26 de sus conclusiones; el subrayado es mío).

28 — En la fecha en la que se celebró la vista (el 23 de marzo de 2000), tan sólo se había publicado en Internet un proyecto de Comunicación; véase el «Projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire des marchés publics», DG XV XV/B — 24 de febrero de 1999 (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/pub/publproc/general/concfr.pdf.), aparentemente disponible únicamente en francés. Sin embargo, posteriormente (el 29 de abril de 2000) fue publicada en el Diario Oficial como Comunicación interpretativa (véase DO 2000, C 121, p. 2).

29 — Véase, en particular, la nota 10 de la Comunicación.

cuales no existe una definición predominante de «concesión de servicios públicos». Lo único que está claro, tal como ponen de manifiesto las sentencias Lottomatica y BFI Holding, es que cuando la retribución es fija o cuantificable debe considerarse que la operación tiene carácter contractual y que está comprendida, en principio, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en materia de adjudicación de contratos públicos pertinente. En la sentencia Lottomatica, el Estado italiano había publicado un anuncio de licitación para la «concesión» del sistema de automatización del juego de la lotería italiana. Italia sostuvo que, por tratarse de una concesión para la prestación de un servicio público, no estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 77/62/CEE. [30] El Tribunal desestimó este motivo. Declaró que la «introducción del sistema de automatización controvertido no implica ninguna transferencia de responsabilidades al concesionario por lo que se refiere a las distintas operaciones inherentes al juego de la lotería» y que «consta que el contrato público controvertido tiene por objeto el suministro de un sistema de automatización integrado, que comprende, en particular, el suministro de ciertos bienes a la Administración». [31] El hecho de que el sistema sólo pasara a propiedad de la Administración al término de la relación contractual con el adjudicatario era «indiferente», ya que el «"precio" de dicho suministro [constituye] una retribución anual proporcional al volumen de los ingresos». [32] Por consiguiente, es necesario analizar en cada caso una serie de factores que indicarán si, en realidad, la operación entre las partes constituye o no un contrato escrito a título oneroso para la prestación de servicios. En las observaciones presentadas, existe un consenso generalizado sobre la pertinencia de los demás criterios citados por el Abogado General Sr. La Pergola en sus conclusiones en el asunto BFI Holding, en el sentido de que «en el caso de la concesión el beneficiario del servicio es un tercero ajeno a la relación contractual». [33] Aunque yo no excluiría por completo la posible ayuda que puede prestar este factor en determinados casos extremos, me parece que no añade mucho al requisito de que el concesionario obtenga efectivamente al menos una parte significativa de su retribución no de la entidad concedente, sino de la explotación del servicio. Si, en realidad, su único cliente fuera desde un principio la entidad adjudicadora, en lugar de terceros, resulta difícil entender cómo la «operación» entre ellas podría eludir la calificación como un «contrato a título oneroso». De hecho, una situación como ésa se asemejaría a los hechos objeto del asunto Lottomatica, en el cual el único cliente del supuesto concesionario era claramente la Administración pública responsable de organizar las loterías en Italia.

34. El consenso en las observaciones presentadas no es tan amplio por lo que respecta a la importancia de que el servicio cedido sea de interés general. En sus conclusiones en el asunto BFI Holding, el Abogado General Sr. La Pergola expresó su opinión según la cual «en Derecho comunitario la concesión de servicios exige que el servicio de que se trate revista interés general, de modo que su prestación competa institucionalmente a una autoridad pública». [34] A continuación, afirmó que «el hecho de que quien preste el servicio sea un tercero entraña una subrogación subjetiva

30 — Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29).

31 — Apartado 24.

32 — Apartado 25.

33 — Punto 26.

34 — Punto 26.

del concesionario en las obligaciones impuestas al concedente para garantizar la prestación del servicio a la colectividad».[35] En contra de lo que alegan las demandantes, yo no diría que la sentencia Sistemas informáticos sustenta esta tesis. La referencia al «servicio público» que se hizo en aquella sentencia estaba referida a la desestimación, por parte del Tribunal de Justicia, del motivo formulado por Italia en aquel asunto según el cual el desarrollo de los sistemas informáticos para la realización de determinadas actividades públicas era en sí mismo un servicio público que estaba excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 77/62.[36] El Tribunal declaró que ni los suministros de equipos necesarios ni la confección del propio sistema «permiten a la Administración realizar la tarea que se le asigna sin que en sí mismos constituyan un servicio público».[37]

35. Se diría que la supuesta importancia del interés general del servicio objeto la concesión se deriva de la definición propuesta por la Comisión tanto en su Propuesta inicial como en su Propuesta modificada de Directiva en materia de adjudicación de contratos públicos de servicios, pues en ambos casos se refirió, en el artículo 1, letra h), a la transferencia por una autoridad adjudicadora de «la ejecución de un servicio a la colectividad de su responsabilidad».[38] Me pregunto si debe interpretarse el concepto de «servicio a la colectividad» debe interpretarse, salvo la acepción más amplia de la palabra, en el sentido de que exige que se trate de un servicio de interés «general». Por el contrario, me parece que debería referirse únicamente al hecho de que los beneficiarios típicos de una verdadera «concesión de servicio público» serán terceros pertenecientes a la colectividad en general o a una categoría determinada de la misma. Ciertamente, no considero que sea necesario que el servicio de que se trate pueda ser considerado como un servicio de interés económico general en el sentido en el que dicho concepto ha sido interpretado a efectos de la aplicación del artículo 90 del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE).[39] En otras palabras, en mi opinión no debería haber ningún límite cualitativo al tipo de servicio que una entidad contratante puede adjudicar legalmente bajo la forma de una concesión, aunque lo más probable es que la mayoría de los servicios adjudicados de este modo constituyan servicios de interés público.

36. En todo caso, no veo de qué modo el Tribunal de Justicia podría definir criterios para determinar qué puede considerarse adecuadamente como un servicio de interés público y qué no. A mi entender, la decisión de que sólo los servicios de interés público puedan ser objeto de «concesiones de servicios públicos» y la consiguiente definición de dicho interés que deberá adoptarse en ese caso son a todas luces cuestiones que competen al legislador comunitario si decide armonizar, en aras del mercado interno, las normas que regulan este tipo de concesiones. Esto es algo que ha quedado confirmado por el hecho de que, en la vista,

35 — *Ibidem.*

36 — Citada en la nota 30 *supra.*

37 — Sentencia Sistemas informáticos, apartado 26.

38 — Véanse DO 1991, C 23, p. 1 y DO 1991, C 250, p. 4, inicialmente citadas en las notas 13 y 14 *supra.*

39 — Véase, por ejemplo, la reciente sentencia de 21 de septiembre de 1999, Albany International (C-67/96, Rec. p. I-5751), apartados 102 a 107.

la Comisión aceptara que no existía una definición clara de interés público en el Derecho austriaco, y que debe dejarse que sean los órganos jurisdiccionales nacionales los que determinen su alcance. Evidentemente, la aceptación de un principio como ése conduciría a la aplicación no uniforme de la Directiva 92/50, al inclinarse algunos órganos jurisdiccionales nacionales por considerar que la Directiva se aplica a las concesiones en la medida en que el objeto del servicio cedido no puede considerarse de interés público para el Estado miembro pertinente. Esto es algo que debe evitarse. En todo caso, es innecesario adoptar una postura definitiva sobre esta cuestión en el presente caso, ya que suscribo la alegación formulada por PTA en la vista según la cual, una vez que el Derecho público ha impuesto el cumplimiento de una obligación —tal como hizo el Derecho controvertido en el presente asunto mediante los artículos 26, apartado 1, y 96, apartado 1, de la TKA—, su cumplimiento debe considerarse de interés público para el Estado miembro de que se trate. También debería carecer de pertinencia el que la entidad adjudicadora sea la única entidad sujeta a la obligación de que se trate o sólo una entidad entre otras muchas, y el que la responsabilidad general de garantizar el cumplimiento de la obligación corresponda a una autoridad reguladora.

37. Así pues, la conclusión es que debe adoptarse un enfoque caso por caso de la cuestión de si un determinado contrato constituye una concesión o un contrato de servicios, que tenga en cuenta todos los factores indicativos, el más importante de los cuales es el de si mediante la supuesta concesión se confiere un derecho de explotación de un servicio concreto, así como la transferencia simultánea al concesionario de una parte significativa del riesgo derivado de dicha transferencia.

38. En sus observaciones, las demandantes formularon varias alegaciones que pretenden demostrar que, en realidad, PTA proporciona una contraprestación a HBD. En el marco de una petición de decisión prejudicial, no corresponde al Tribunal de Justicia realizar una apreciación a este respecto, que compete exclusivamente al órgano jurisdiccional o tribunal que ha remitido el asunto. Sin embargo, dado que de la quinta cuestión del BVA, en particular, se desprende claramente que éste alberga dudas sobre el grado de riesgo económico que debe soportar un concesionario, puede resultar útil para él considerar brevemente algunas de las alegaciones formuladas por las demandantes. Éstas afirman que la concesión a HBD del derecho a utilizar el logotipo de PTA tiene un valor económico considerable. Esto, unido al hecho de que la totalidad de los costes que debe soportar HBD resultan relativamente fáciles de determinar por anticipado y de que la posibilidad de vender espacios publicitarios en las guías constituye, tal como se afirmó en la vista, «una auténtica mina de oro», pone en entredicho, en opinión de las demandantes, la afirmación según la cual HBD asumió algún riesgo económico real.

39. Naturalmente, esta valoración es discutida por PTA. Ésta señala que el

punto 16 del contrato confiere expresamente a HBD la responsabilidad de elaborar la guía. Alega que, a cambio del pago de una cantidad, concedió a HBD licencia para utilizar sus datos para la elaboración de dicha guía. Sin embargo, esta licencia no se diferencia de la que estaría dispuesta a otorgar a cualquier otro operador económico que deseara explotar dicha información. Por lo que respecta al logotipo, no es que haya autorizado a HBD a utilizar su marca comercial, sino que, en la práctica, le ha obligado a hacerlo. Se trata de algo que redunda en su beneficio, ya que se beneficia de determinados espacios publicitarios gratuitos en lugares destacados de la guía. Además, el hecho de que PTA haya pagado por la adquisición de una participación en el capital de HBD, transacción absolutamente independiente de la concesión, no puede considerarse como una contraprestación pagada a esta última por dicha concesión.

40. En mi opinión, el mero hecho de que exista la probabilidad de que el concesionario pueda obtener un beneficio de la explotación de la concesión no bastaría para que un órgano jurisdiccional o tribunal nacional concluya que no existe riesgo económico. A mi entender, un órgano jurisdiccional o tribunal nacional necesitaría estar convencido con un alto grado de probabilidad de que las posibilidades de pérdidas son mínimas o incluso inexistentes. Aunque, en el presente caso, corresponde al BVA determinar este extremo, no estoy convencido de que afirmaciones como las realizadas por las demandantes sirvan para demostrar que no existe un riesgo real o efectivo. HBD debe pagar por el uso de datos que podrían obtener en las mismas condiciones otros operadores económicos. La exigencia impuesta a HBD de utilizar el logotipo de PTA beneficia claramente a esta última. El mero hecho de que posiblemente beneficie también a HBD no convierte la concesión en un contrato, ya que la magnitud de dicho beneficio no puede cuantificarse por anticipado.

D. *Exigencias generales del Tratado*

41. Todas las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia coinciden en señalar que, aun cuando la adjudicación de «concesiones de servicios públicos» no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación de las Directivas 92/50 y 93/38, las autoridades adjudicadoras están obligadas a respetar el Tratado. También se reconoce que los artículos 52 y 59 del Tratado CE (actualmente artículos 43 CE y 49 CE, tras su modificación) se oponen, en particular, a toda discriminación directa o indirecta por razón de la nacionalidad. En otras palabras, las autoridades adjudicadoras deben respetar el principio de igualdad de trato entre licitadores. También deben garantizar que no se imponga ninguna condición al licitador que, en sí misma, constituya una infracción, por ejemplo, del artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación). En el presente caso, no se ha alegado que ninguna de dichas disposiciones del Tratado haya sido infringida, al menos directamente.

42. Sin embargo, la Comisión afirma que las entidades que adjudican «concesiones

de servicios públicos» también están sujetas a una obligación más general que parece derivar de los objetivos subyacentes en los artículos 30, 52 y 59 del Tratado CE, consistente en garantizar la transparencia de los procedimientos de adjudicación. En la vista, la Comisión se refirió, en apoyo de esta tesis, a la sentencia Unitron Scandinavia y 3-S. [40] Aquel asunto tenía por objeto las obligaciones de un organismo distinto de una entidad adjudicadora, pero al que una autoridad de ese tipo había conferido derechos especiales exclusivos para ejercer una actividad de servicio público, cuando dicho organismo adjudica a terceros contratos públicos de suministro. El Tribunal declaró que «el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad no puede interpretarse restrictivamente [y que] implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir al poder adjudicador garantizar su respeto». [41] En respuesta a preguntas formuladas en la vista en relación con el alcance de esta obligación, la Comisión se mostró reticente a admitir que se extendería a exigir la publicación de los proyectos de «concesiones de servicios públicos».

43. Considero que la observancia material del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad exige que la adjudicación de concesiones respete un mínimo grado de publicidad y transparencia. Estoy de acuerdo con la Comisión en que lo que debe evitarse a toda costa es que su concesión se encubra en el secreto o la opacidad. También acepto la observación formulada por el Agente de Austria en el sentido de que la publicidad no debe asimilarse necesariamente a la publicación. De este modo, si la entidad adjudicadora se dirige directamente a una serie de licitadores potenciales, y suponiendo que estos últimos no sean todos o casi todos empresas que tengan la misma nacionalidad que dicha entidad, se respetaría, en mi opinión, la exigencia de transparencia. Por tanto, en este contexto, la transparencia consiste en garantizar la justicia y apertura fundamentales de los procedimientos de adjudicación, especialmente por lo que respecta a los licitadores potenciales que no están establecidos en el Estado miembro de la autoridad adjudicadora. Sin embargo, en mi opinión no exige que la entidad adjudicadora aplique por analogía las disposiciones de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos más pertinentes.

44. En todo caso, pocas dudas puede haber en el presente caso de que se respetó un grado suficiente de transparencia. La oferta fue publicada en el Diario Oficial austriaco, en determinados periódicos austriacos y en algunos de los principales periódicos internacionales. Además, ninguna de las partes ha afirmado que la información publicada en éstos fuera diferente de la publicada en los primeros. Esto me permite concluir que este grado de publicidad satisfizo, a primera vista, la exigencia de transparencia. Sin embargo, las demandantes alegan que, por no haberse publicado los resultados del programa piloto llevado a cabo con arreglo al anterior contrato con la predecesora de HBD entre 1992 y 1997, era imposible que cualquier otro licitador que no fuera HBD participara efectivamente en la licitación de la concesión propuesta. La exactitud de esta afirmación no puede ser comprobada por este Tribunal. En mi opinión, a no ser

40 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (C-275/98, Rec. p. I-8291).

41 — Apartado 31.

que el BVA esté convencido de que dicha publicación, o bien la entrega de la información de que se trata a los potenciales licitadores interesados serios, era fundamental para garantizar que efectivamente podían participar en la licitación, debe concluir que el procedimiento adoptado y seguido por PTA no era incompatible con el Derecho comunitario.

E. *Escisión del contrato*

45. La cuestión de la distinción entre contratos de servicios y contratos de suministro, suscitada en las cuestiones cuarta, sexta y séptima del BVA, tan sólo se plantearía en el caso de que el Tribunal de Justicia llegara a la conclusión de que, a pesar de los aspectos de concesión que presente un contrato como el controvertido en el procedimiento principal, la Directiva 93/38 era en principio aplicable. Puesto que yo considero que la tesis según la cual una concesión como la controvertida en el procedimiento principal debe considerarse excluida del ámbito de aplicación de dicha Directiva, siempre y cuando la parte más importante del riesgo económico derivado de la explotación del servicio de que se trate se transfiera al concesionario, abordo esta cuestión con carácter fundamentalmente subsidiario.

46. En realidad, el BVA desea saber si debe considerarse que un contrato caracterizado por contener elementos propios de un contrato de suministro, como por ejemplo la elaboración de guías telefónicas para PTA o en su nombre, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en materia de contratos de suministro aplicable en la época de autos, a saber, la Directiva 93/36.[42] Me parece que la respuesta a esta cuestión la proporciona claramente el artículo 1, punto 4, de la Directiva 93/38 (citada en el punto 3 *supra*). Así, los contratos que incluyan «servicios y suministros se considerarán contratos de suministro cuando el valor total de los suministros sea superior al valor de los servicios incluidos en el contrato». También el Tribunal ha reconocido, especialmente en la sentencia Gestión Hotelera Internacional, la importancia de determinar el elemento predominante de un contrato cuando los elementos que lo componen pueden estar sujetos a dos Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos diferentes.[43] Sin embargo, «corresponde al Juez nacional determinar si las obras tienen carácter accesorio respecto del objeto principal de la licitación».[44] Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, al aplicar el artículo 1, punto 4, de la Directiva 93/38, determinar si, de hecho, el valor de los elementos que pueden considerarse propios de un contrato de suministro excede del de los elementos que sólo pueden considerarse como servicios. De ser así, y suponiendo que no se llegue a la conclusión de que el contrato controvertido constituye una «concesión de servicio público», se le aplicarían exclusivamente las normas en materia de adjudicación de contratos públicos de la Directiva 93/36.

42 — Citada en la nota 11 *supra*.

43 — Sentencia de 19 de abril de 1994 (C-331/92, Rec. p. I-1329), especialmente apartados 25 a 27.

44 — *Ibidem*, apartado 28.

IV. Conclusión

47. En virtud de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Bundesvergabeamt:

«1) La puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones a efectos del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 93/38/CEE comprende los contratos que tengan por objeto la elaboración de guías telefónicas.

2) Las "concesiones de servicios públicos" no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE.

3) A falta de una definición del concepto de "concesiones de servicios públicos" adoptada por el legislador comunitario, es necesario que el órgano jurisdiccional o tribunal nacional analice en cada caso todos los factores que puedan indicar si, en realidad, la operación entre las partes constituye un contrato escrito a título oneroso para la prestación de servicios. El elemento característico y fundamental de una concesión de este tipo es la concesión del derecho a explotar un servicio determinado, acompañada de la transferencia del riesgo económico derivado de dicha explotación.

4) El cumplimiento material del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado por el Tratado exige que la adjudicación de "concesiones de servicios públicos" respete un mínimo grado de publicidad y transparencia, cuyo objeto debe ser garantizar la justicia fundamental en los procedimientos de adjudicación y dar una oportunidad razonable de participar en la licitación a los licitadores no establecidos en el Estado miembro de la entidad adjudicadora.

5) Los contratos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE que incluyan servicios y suministros serán considerados contratos de suministro a efectos de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, en virtud del artículo 1, punto 4, de dicha Directiva, cuando el valor total de los suministros es superior al valor de los servicios incluidos en el contrato.»