

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)  
de 23 de diciembre de 2009\*

En el asunto C-305/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Consiglio di Stato (Italia), mediante resolución de 23 de junio de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de julio de 2008, en el procedimiento entre

**Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)**

y

**Regione Marche,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de la Sala Tercera, en funciones de Presidente de la Sala Cuarta, y la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. E. Juhász (Ponente), G. Arestis y J. Malenovský, Jueces;

\* Lengua de procedimiento: italiano.



oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 3 de septiembre de 2009;

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- <sup>1</sup> La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 1, apartados 2, letra a), y 8, párrafos primero y segundo, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114).
- <sup>2</sup> Dicha petición se formuló en el marco de un litigio entre el Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (agrupación interuniversitaria para las ciencias del mar; en lo sucesivo, «CoNISMa») y la Regione Marche, en relación con la decisión de esta última de no admitir la participación de dicha agrupación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios.

## Marco jurídico

### *Normativa comunitaria*

3 El cuarto considerando de la Directiva 2004/18 expone:

«Los Estados miembros deben velar por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados.»

4 A tenor del artículo 1, apartado 2, letra a), de dicha Directiva:

«Son “contratos públicos” los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.»

5 El artículo 1, apartado 8, de dicha Directiva dispone:

«Los términos “contratista”, “proveedor” y “prestador de servicios” designan a toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado.

El término “operador económico” designa tanto al “contratista” como al “proveedor” o al “prestador de servicios”. Se utiliza únicamente para simplificar el texto.

[...]»

6 El artículo 1, apartado 9, de la misma Directiva está redactado como sigue:

«Son considerados “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.

Es considerado “organismo de Derecho público” cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) dotado de personalidad jurídica y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho 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.

[...]»

7 El artículo 4 de la Directiva 2004/18, bajo el título «Operadores económicos», establece:

«1. No podrá rechazarse a candidatos o licitadores que, con arreglo a la legislación del Estado miembro en que estén establecidos, estén habilitados para realizar la prestación de que se trate, por el mero hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro donde se adjudique el contrato, deban ser personas físicas o personas jurídicas.

[...]

2. Estarán autorizadas a licitar o presentarse como candidatos las agrupaciones de operadores económicos. Para la presentación de una oferta o de una solicitud de participación, los poderes adjudicadores no podrán exigir que las agrupaciones de operadores económicos tengan una forma jurídica determinada, pero la agrupación seleccionada podrá ser obligada a asumir una forma jurídica determinada cuando se le haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.»

- 8 El artículo 44 de la referida Directiva, titulado «Verificación de la aptitud y selección de los participantes, adjudicación de los contratos», dispone en su apartado 1:

«La adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 53 y 55, habida cuenta del artículo 24, previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos en virtud de los artículos 45 y 46. Dicha verificación se llevará a cabo por parte de los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales y técnicas contemplados en los artículos 47 a 52, y, en su caso, con las normas y criterios no discriminatorios mencionados en el apartado 3».

- 9 El artículo 55 de la Directiva 2004/18, bajo el título «Ofertas anormalmente bajas», dispone:

«1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.

Dichas precisiones podrán referirse a:

- a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;
- b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;

- c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
  
- d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación;
  
- e) la posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador.

2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.

3. El poder adjudicador que compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado sólo podrá rechazar dicha oferta por esa única razón si consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por el poder adjudicador, que tal ayuda se ha concedido legalmente. El poder adjudicador que rechace una oferta por las razones expuestas deberá informar de ello a la Comisión.»

### *Normativa nacional*

<sup>10</sup> El artículo 3, apartados 19 y 22, del Decreto Legislativo n° 163, por el que se establece el Código de contratos públicos de obras, servicios y suministros de conformidad con las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori,

servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), de 12 de abril de 2006 (suplemento ordinario de la GURI n° 100, de 2 de mayo de 2006; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n° 163/2006»), dispone:

«19. Los términos “contratista”, “proveedor” y “prestador de servicios” designan a toda persona física o jurídica, o entidad sin personalidad jurídica, con inclusión de la agrupación europea de interés económico (AEIE), constituida al amparo del Decreto Legislativo n° 240, de 23 de julio de 1991, que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado.

[...]

22. El término “operador económico” comprende los conceptos de contratista, proveedor y prestador de servicios, o una agrupación de éstos.»

- 11 El artículo 34 del Decreto Legislativo n° 163/2006, bajo el título «Personas a las que pueden adjudicarse los contratos públicos (artículos 4 y 5 de la Directiva 2004/18)», establece:

«1. Sin perjuicio de los límites expresamente indicados, podrán participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos las siguientes personas:

- a) empresarios individuales, incluidos artesanos, sociedades mercantiles y cooperativas;

- b) consorcios de sociedades cooperativas de producción y de trabajo [...] y agrupaciones de artesanos [...];
  
- c) agrupaciones permanentes, constituidas entre otros como empresas conjuntas en el sentido del artículo 2615 *ter* del Código Civil, entre empresarios individuales (incluidos artesanos), sociedades mercantiles o sociedades cooperativas de producción y de trabajo, de conformidad con el artículo 36;
  
- d) agrupaciones temporales de competidores, integradas por las personas mencionadas en las letras a), b) y c) [...];
  
- e) agrupaciones ordinarias de competidores mencionadas en el artículo 2602 del Código Civil, integradas por las personas mencionadas en las letras a), b) y c) del presente apartado, incluidas las constituidas como sociedades [...];
  
- f) personas que hayan celebrado un contrato de asociación europea de interés económico (AEIE) [...];

[...].»

- 12 Con posterioridad a los hechos del asunto principal, se añadió, mediante el Decreto Legislativo n° 152, de 11 de septiembre de 2008 (GURI n° 231, de 2 de octubre de 2008), la siguiente letra a la lista anteriormente mencionada:

«*f bis*) operadores económicos, en el sentido del artículo 3, apartado 22, establecidos en otros Estados miembros y constituidos con arreglo a la legislación vigente en el Estado de que se trate.»

- 13 Por último, el artículo 2082 del Código Civil italiano dispone que «empresario» es la persona que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con el fin de producir o intercambiar bienes o servicios.

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

- 14 De la resolución de remisión se desprende que la Regione Marche convocó una licitación pública para la adjudicación de un contrato de servicios consistente en elaborar un trazado estratigráfico marino y sísmico, llevar a cabo perforaciones y extraer muestras marinas en la franja costera comprendida entre Pesaro y Civitanova Marche.

- 15 CoNISMa presentó su candidatura a dicha licitación. La entidad adjudicadora, tras formular ciertas reservas sobre la admisión de CoNISMa a la licitación del contrato en cuestión, decidió excluirlo de ésta mediante resoluciones de fechas 4, 18 y 23 de abril de 2007.

- 16 CoNISMA interpuso contra dicha exclusión un recurso extraordinario ante el Presidente de la República Italiana, procedimiento específico contemplado en el ordenamiento jurídico italiano, y alegaba que es incompatible con lo dispuesto en la Directiva 2004/18 una interpretación del artículo 34 del Decreto Legislativo nº 163/2006 en el sentido de que recoge una lista exhaustiva que no incluye a las universidades ni a los institutos de investigación, y que, por lo tanto, no se permitiría que éstos participaran en un procedimiento de adjudicación de un contrato público. En el marco de dicho procedimiento de recurso extraordinario, el Ministerio de Medio Ambiente y de Protección del Territorio solicitó el dictamen del Consiglio di Stato, como se establece en la normativa nacional pertinente.
- 17 El órgano jurisdiccional remitente manifiesta que, para emitir su dictamen, debe determinar si una agrupación interuniversitaria como CoNISMA puede ser considerada «operador económico» en el sentido de la Directiva 2004/18 y, por lo tanto, si puede admitirse su participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios como el controvertido en el litigio principal. El órgano jurisdiccional remitente manifiesta sus reservas al respecto, basándose en las siguientes consideraciones.
- 18 Con carácter preliminar, el Consiglio di Stato señala que CoNISMA es una agrupación («consorzio») integrada por veinticuatro universidades italianas y tres ministerios. Conforme a su Estatuto, no tiene ánimo de lucro y su objeto consiste en promover y coordinar las investigaciones y otras actividades científicas y aplicadas en el ámbito de las ciencias del mar entre las universidades que se adhieran a la agrupación. Puede participar en licitaciones públicas y en otros procedimientos de contratación convocados por las administraciones públicas y por las sociedades que operan en las esferas pública y privada. Sus actividades se financian principalmente mediante subvenciones concedidas por el Ministerio de Universidades e Investigación y por otras administraciones públicas, así como a través de entidades públicas o privadas, italianas o extranjeras.
- 19 El Consiglio di Stato se refiere, en primer lugar, al artículo 1, letra c), 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 (DO L 209, p. 1), a la que sucedió la Directiva 2004/18, según el cual «[se entenderá por] prestador de servicios: toda persona física o jurídica, incluidos los organismos públicos, que ofrezca servicios», y manifiesta que esta formulación parece indicar la intención de reservar la posibilidad de contratar con las entidades adjudicadoras a quienes desarrollen «institucionalmente» la actividad correspondiente a la prestación que deba realizarse en el marco del contrato de que se trate. Según este enfoque, aparte de los

operadores económicos privados, únicamente podrían ser parte en un contrato los organismos públicos que realicen con carácter lucrativo las prestaciones objeto de dicho contrato, de conformidad con la función que se les ha encomendado en el ordenamiento jurídico, con exclusión, por ende, de los organismos universitarios. El Tribunal de Justicia parece confirmar este enfoque en su sentencia de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 44), según la cual la normativa comunitaria en materia de contratos públicos se aplicaba al interesado «como agente económico operativo en el mercado». Este mismo enfoque parece seguirse, asimismo, en el artículo 3, apartado 19, del Decreto Legislativo n° 163/2006, según el cual el prestador de servicios es un operador económico que ofrece servicios «en el mercado».

20 En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que la posición de la jurisprudencia italiana no es unívoca en este tema. Algunos órganos jurisdiccionales consideran que se admite que participen en un contrato público las personas físicas y jurídicas que ejercen una actividad empresarial, así como los organismos públicos habilitados institucionalmente para ofrecer servicios análogos a los que constituyen el objeto de la licitación. Desde este punto de vista, las universidades no pueden ser incluidas en dichas categorías de empresarios privados y públicos, debido a que su fin institucional consiste en desarrollar actividades docentes y de investigación. Según otro enfoque, se admitirá que las universidades públicas y las agrupaciones formadas entre ellas participen en contratos públicos de servicios siempre que la prestación de servicios a que se refieran sea compatible con sus fines institucionales y sus disposiciones estatutarias.

21 En tercer lugar, el Consiglio di Stato hace referencia a la posición de la Autoridad de vigilancia de los contratos públicos, que establece una distinción entre los operadores económicos y las personas, como los organismos públicos carentes de carácter económico, las universidades y los departamentos universitarios, que no entran en la primera categoría en la medida en que su finalidad no es el ejercicio de una actividad económica, que se caracteriza por la producción de riquezas. Por lo tanto, no se admite que dichas entidades participen en contratos públicos, salvo si constituyen sociedades al efecto, en virtud de la autonomía reconocida a las universidades por la normativa nacional. Esta posición vendría confirmada por el artículo 34 del Decreto Legislativo n° 163/2006, que, según parece, contiene una lista exhaustiva de las personas autorizadas a participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

- 22 Para basar sus reservas, el Consiglio di Stato se refiere, por último, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual procede interpretar las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos según un criterio funcional que permita evitar que se eluda el principio fundamental de la competencia efectiva (sentencia de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, Rec. p. I-11173). Por lo que respecta, más concretamente, a los contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha señalado el objetivo principal de la normativa comunitaria en esta materia, a saber, la libre circulación de servicios y su apertura a la competencia no falseada y lo más amplia posible en todos los Estados miembros (sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartados 44 y 47).
- 23 A la luz de esta jurisprudencia, el Consiglio di Stato señala que la admisión de la participación de las universidades, los institutos de investigación y sus consorcios en los contratos públicos podría menoscabar el principio de competencia por partida doble. Por un lado, implicaría el riesgo de sustraer del mercado libre algunos tipos de contratos públicos a los que gran número de empresas ordinarias tendrían, de hecho, dificultades para acceder. Por otro lado, situaría injustamente al adjudicatario en una posición privilegiada al garantizarle una seguridad económica gracias a una financiación pública constante y previsible, de la que carecen los demás operadores económicos. No obstante, el Consiglio di Stato señala que una interpretación restrictiva del concepto de «operador económico», vinculada a la presencia estable de éste «en el mercado» y que, por tanto, impide que las universidades, los institutos de investigación y sus consorcios participen en las licitaciones relativas a contratos públicos, resultaría gravemente perjudicial para la colaboración entre entidades públicas y privadas, así como entre investigadores y empresarios y, finalmente, constituiría una restricción de la competencia.
- 24 Habida cuenta de estas consideraciones, el Consiglio di Stato decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:
- «1) ¿Deben interpretarse las disposiciones de la Directiva 2004/18 [...] en el sentido de que prohíben que una agrupación (“consorzio”) constituida exclusivamente por universidades italianas y la Administración estatal [...] participe en la adjudicación de un contrato de servicios consistente en la marcación geofísica y la extracción de muestras del mar?

- 2) Las disposiciones contenidas en el artículo 3, apartados 22 y 19, y en el artículo 34 del Decreto Legislativo n° 163/2006, según los cuales, respectivamente, “el término ‘operador económico’ comprende los conceptos de contratista, proveedor y prestador de servicios, o una agrupación de éstos” y “los términos ‘contratista’, ‘proveedor’ y ‘prestador de servicios’ designan a toda persona física o jurídica, o entidad sin personalidad jurídica, con inclusión de la agrupación europea de interés económico (AEIE), [...], que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado”, ¿se oponen a la Directiva 2004/18 [...], si se interpretan en el sentido de que reservan la participación en las adjudicaciones públicas a quienes desarrollan profesionalmente tales actividades, con exclusión de las entidades, como las que tienen por objeto la investigación, cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro?»

## **Sobre las cuestiones prejudiciales**

- <sup>25</sup> Con carácter preliminar, es preciso recordar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el Consiglio di Stato emite un dictamen en el marco de un recurso extraordinario, como el del asunto principal, constituye un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE (sentencia de 16 de octubre de 1997, Garofalo y otros, C-69/96 a C-79/96, Rec. p. I-5603, apartado 27).

### *Sobre la primera cuestión*

- <sup>26</sup> Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las disposiciones de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la participación, en un contrato público de servicios, de una agrupación constituida exclusivamente por universidades y administraciones públicas.

- 27 De la petición de decisión prejudicial se desprende que las disposiciones de la Directiva 2004/18 a las que alude el órgano jurisdiccional nacional son, concretamente, su artículo 1, apartados 2, letra a), y 8, párrafos primero y segundo, debido a que se refieren al concepto de «operador económico». Además, a tenor de dicha petición, el consorcio de que se trata no tiene por finalidad prioritaria la obtención de lucro, no dispone de una estructura organizativa empresarial y no garantiza una presencia regular en el mercado.
- 28 A efectos de responder a esta cuestión, procede señalar, de entrada, que, por un lado, las disposiciones de la Directiva 2004/18 no contienen una definición del concepto de «operador económico» y que, por otro lado, no distinguen entre los licitadores, en función de si su finalidad prioritaria es o no la obtención de lucro, y tampoco excluyen, expresamente, a entidades como aquellas de que se trata en el litigio principal. Dichas disposiciones, consideradas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, contienen, no obstante, suficientes elementos para proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente.
- 29 Así, el cuarto considerando de la Directiva 2004/18 recoge la posibilidad de que un «organismo de derecho público» participe como licitador en un procedimiento de adjudicación de un contrato público.
- 30 Igualmente, el artículo 1, apartado 8, párrafos primero y segundo, de dicha Directiva reconoce la condición de «operador económico» no sólo a toda persona física o jurídica, sino también, expresamente, a toda «entidad pública» y a las agrupaciones constituidas por tales entidades, que ofrezcan servicios en el mercado. Pues bien, el concepto de «entidad pública» puede comprender también organismos cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, que no tienen una estructura empresarial y no garantizan una presencia continua en el mercado.
- 31 Además, el artículo 4 de la misma Directiva, titulado «Operadores económicos», prohíbe, en su apartado 1, que los Estados miembros prevean la posibilidad de rechazar a candidatos o licitadores que, conforme a las normas de su Estado miembro en que

estén establecidos, estén habilitados para realizar la prestación objeto de un anuncio de licitación, por el mero hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro donde se adjudique dicho contrato, deban ser personas físicas o personas jurídicas. Esta disposición tampoco distingue entre los candidatos o licitadores según dispongan de un estatuto jurídico público o privado.

32 Por lo que respecta a la cuestión, planteada por el órgano jurisdiccional remitente, de una posible distorsión de la competencia debido a la participación en un contrato público de entidades, como el demandante en el litigio principal, que disfrutan de una posición privilegiada en comparación con la de operadores privados, gracias a la financiación pública que reciben, procede señalar que el cuarto considerando de la Directiva 2004/18 recoge la obligación de los Estados miembros de velar por que tal distorsión no se produzca por el hecho de la participación en un contrato público de un organismo de Derecho público. Esta obligación se impone, asimismo, por lo que respecta a entidades como el citado demandante.

33 Sobre este particular, es preciso recordar también las obligaciones y las posibilidades de que dispone una entidad adjudicadora, en virtud del artículo 55, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en caso de ofertas anormalmente bajas debido a la obtención de una ayuda de Estado por un licitador. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha reconocido que, en determinadas circunstancias particulares, la entidad adjudicadora tiene la obligación o, al menos, la posibilidad, de tomar en consideración la existencia de subvenciones, y en particular de ayudas no conformes con el Tratado, con objeto de, en su caso, excluir a los licitadores que las reciban (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, ARGE, C-94/99, Rec. p. I-11037, apartado 29).

34 Sin embargo, la posibilidad de una posición privilegiada de un operador económico, debido a que recibe financiación pública o ayudas de Estado, no puede justificar la exclusión de la participación en un contrato público, *a priori* y sin más examen, de entidades como el demandante en el litigio principal.

- 35 De las consideraciones anteriores resulta que el legislador comunitario no pretendió limitar el concepto de «operador económico que ofrece servicios en el mercado» únicamente a los operadores dotados de una organización empresarial, ni introducir requisitos particulares, que pudieran limitar el acceso a las licitaciones en función de la forma jurídica y la organización interna de los operadores económicos.
- 36 La jurisprudencia del Tribunal de Justicia corrobora esta interpretación.
- 37 El Tribunal de Justicia ha declarado que uno de los objetivos de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia más amplia posible (véase, en particular, en este sentido, la sentencia *Bayerischer Rundfunk* y otros, antes citada, apartado 39) y que redundan en interés del Derecho comunitario que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación (sentencia de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07, Rec. p. I-4219, apartado 26). A este respecto, es necesario añadir que dicha apertura a la competencia más amplia posible se pretende no únicamente en aras del interés comunitario en materia de libre circulación de bienes y servicios, sino también en interés de la propia entidad adjudicadora implicada, que dispondrá así de una elección más vasta en cuanto a la oferta más ventajosa y mejor adaptada a las necesidades de la colectividad pública de que se trate (véase, en este sentido, por lo que respecta a las ofertas anormalmente bajas, la sentencia de 15 de mayo de 2008, *SECAP* y *Santorso*, C-147/06 y C-148/06, Rec. p. I-3565, apartado 29).
- 38 En este espíritu de apertura de los contratos públicos a la competencia más amplia posible, el Tribunal de Justicia ha declarado también que las normas comunitarias que regulan esta materia son aplicables cuando la entidad con la que una entidad adjudicadora proyecta celebrar un contrato a título oneroso es, también ella, una entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia *Stadt Halle* y *RPL Lochau*, antes citada, apartado 47 y jurisprudencia citada). Pues bien, conforme al artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18, una entidad adjudicadora es una entidad que cumple una función de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil. Tal organismo no ejerce, con carácter principal, una actividad lucrativa en el mercado.

- 39 Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que las normas comunitarias se oponen a toda norma nacional que excluya de la adjudicación de los contratos públicos de servicios cuyo valor supere el umbral de aplicación de las Directivas a candidatos o licitadores facultados, con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que estén establecidos, para prestar el servicio en cuestión, por el mero hecho de que dichos candidatos o licitadores no tengan la forma jurídica correspondiente a una categoría determinada de personas jurídicas (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Frigerio Luigi & C.*, C-357/06, Rec. p. I-12311, apartado 22).
- 40 Además, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es preciso recordar, por un lado, que el principio de igualdad de trato no resulta violado por el mero hecho de que las entidades adjudicadoras permitan participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a organismos que reciben subvenciones que les permiten realizar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de licitadores competidores no subvencionados, y, por otro lado, que si el legislador comunitario hubiese tenido la intención de obligar a las entidades adjudicadoras a excluir a tales licitadores, lo habría mencionado expresamente (sentencia *ARGE*, antes citada, apartados 25 y 26).
- 41 Por último, de conformidad también con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las normas comunitarias no exigen que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos para que pueda ser calificada de contratista, esto es, de operador económico. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti y otros*, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 90).
- 42 Así pues, tanto de las normas comunitarias como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional, o si está o no subvencionada con fondos públicos. La capacidad efectiva de dicha entidad para cumplir los requisitos establecidos en el anuncio de

licitación se aprecia, como señala acertadamente el Gobierno checo, en una fase ulterior del procedimiento, con arreglo a los criterios establecidos en los artículos 44 a 52 de la Directiva 2004/18.

- 43 Es preciso añadir que una interpretación restrictiva del concepto de «operador económico» tendría como consecuencia que los contratos celebrados entre entidades adjudicadoras y organismos que no actúan principalmente con ánimo de lucro no serían considerados «contratos públicos», que podrían adjudicarse de común acuerdo y eludirían de este modo las normas comunitarias en materia de igualdad de trato y de transparencia, contrariamente a la finalidad de dichas normas.
- 44 Además, como señala el órgano jurisdiccional remitente, tal interpretación resultaría perjudicial para la colaboración entre entidades públicas y privadas, así como entre investigadores y empresarios, y constituiría una restricción de la competencia.
- 45 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la primera cuestión que las disposiciones de la Directiva 2004/18 y, en particular, su artículo 1, apartados 2, letra a), y 8, párrafos primero y segundo, que se refieren al concepto de «operador económico», deben interpretarse en el sentido de que permiten participar en un contrato público de servicios a entidades cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, no disponen de una estructura organizativa empresarial y no garantizan una presencia regular en el mercado, como las universidades y los institutos de investigación, así como los consorcios constituidos por universidades y administraciones públicas.

### *Sobre la segunda cuestión*

- 46 Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si lo dispuesto en la Directiva 2004/18 y, en particular, en su artículo 1, apartados 2, letra a), y 8, párrafos primero y segundo, se opone a una normativa nacional por la que se adapta el Derecho interno a dicha Directiva, si esta normativa se interpreta en el sentido de que

reserva la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a los prestadores que ofrecen servicios en el mercado sistemáticamente y con carácter profesional, con exclusión de entidades, como las universidades y los institutos de investigación, cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro.

47 A este respecto, es preciso señalar que, como se desprende del tenor literal del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2004/18, los Estados miembros tienen la facultad de habilitar o no a determinadas categorías de operadores económicos para realizar determinadas prestaciones.

48 Por tanto, como señala acertadamente la Comisión, los Estados miembros pueden regular las actividades de las entidades, como las universidades y los institutos de investigación, que no tienen ánimo de lucro y cuyo objeto se orienta principalmente a la docencia y la investigación. En particular, pueden autorizar o no que tales entidades operen en el mercado en función de si la actividad de que se trate es compatible o no con sus objetivos institucionales y estatutarios.

49 No obstante, en la medida en que tales entidades están habilitadas para ofrecer determinados servicios en el mercado, la normativa nacional por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 2004/18 no puede prohibirles participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios. Tal prohibición es incompatible con las disposiciones de la Directiva 2004/18, tal y como se han interpretado en el marco del examen de la primera cuestión prejudicial.

50 En tal supuesto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente interpretar su Derecho interno, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 2004/18 con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva y dejando

sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Magoora, C-414/07, Rec. p. I-10921, apartado 44).

- 51 En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión que la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la interpretación de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe participar a las entidades, como las universidades y los institutos de investigación, cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, aun cuando tales entidades están habilitadas por el Derecho nacional para ofrecer los servicios a que se refiere dicho contrato.

## Costas

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

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

- 1) **Las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y, en particular, su artículo 1, apartados 2, letra a), y 8, párrafos primero y segundo, que se refieren al concepto de «operador económico», deben interpretarse en el sentido de que permiten participar en un contrato público de servicios a entidades cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, no disponen de una estructura organizativa empresarial y no garantizan una presencia regular en el mercado, como las universidades y los institutos de**

**investigación, así como los consorcios constituidos por universidades y administraciones públicas.**

- 2) La Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la interpretación de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe participar a las entidades, como las universidades y los institutos de investigación, cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, aun cuando tales entidades están habilitadas por el Derecho nacional para ofrecer los servicios a que se refiere dicho contrato.**

Firmas