

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. L.A. GEELHOED  
de 21 de abril de 2005<sup>1</sup>

**I. Introducción**

**II. Marco jurídico**

*A. Disposiciones pertinentes de la Directiva*

1. En el presente asunto, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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,<sup>2</sup> al haber adjudicado el municipio de Mödling un contrato de eliminación de residuos sin observar las normas de procedimiento y publicación establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2.

2. La Comisión sostiene que se han incumplido las obligaciones reguladas en el artículo 8 de la Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2. Asimismo son aquí relevantes las definiciones dadas en el artículo 1, letras a), b) y c).

3. Con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, se entenderá por «contratos públicos de servicios: los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora [...]». Según el artículo 1, letra b), de esta Directiva, se entenderá por «entidad adjudicadora: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes [...]». Por último, el artículo 1,

1 — Lengua original: neerlandés.

2 — DO L 209, p. 1.

letra c), de la Directiva define al «prestador de servicios» como «toda persona física o jurídica, incluidos los organismos públicos, que ofrezca servicios [...]».

4. En virtud del artículo 8 de la Directiva 92/50, «los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI». Las disposiciones de los citados títulos contienen fundamentalmente normas en materia de sumisión a la competencia y de publicidad. El artículo 11, apartado 1, de la misma Directiva dispone que «[l]as entidades adjudicadoras adjudicarán los contratos públicos de servicios con arreglo a los procedimientos definidos en las letras d), e) y f) del artículo 1, adaptados a los fines de la presente Directiva». Los procedimientos a los que se refiere esta disposición son, respectivamente, los «procedimientos abiertos», los «procedimientos restringidos» y los «procedimientos negociados». El artículo 15, apartado 2, de la Directiva 92/50 prevé que «las entidades adjudicadoras que deseen adjudicar un contrato público de servicios mediante procedimiento abierto, restringido o —siempre que se reúnan las circunstancias descritas en el artículo 11— negociado, darán a conocer su intención por medio de un anuncio.»

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

### B. Normativa nacional

6. La ley reguladora de la gestión de residuos de Baja Austria (en lo sucesivo, «Ley regional de residuos») establece en su artículo 9, apartado 3, que los municipios de Baja Austria se encargarán de la recogida y tratamiento de residuos y de la creación o puesta a disposición de infraestructuras, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley. Según el artículo 11 de la misma Ley, cada municipio organizará el servicio de recogida de residuos y velará por su buen funcionamiento.

### III. Hechos

7. El 21 de mayo de 1999, el municipio de Mödling decidió recurrir a un organismo independiente para el ejercicio de las funciones que le habían sido atribuidas legalmente en materia de gestión de residuos. A tal efecto, constituyó la sociedad Abfallwirtschafts GmbH (en lo sucesivo, «Abfall GmbH»). Según el acta de la reunión del Pleno del Ayuntamiento, el municipio de Mödling tendría, en principio, todas las participaciones sociales. El objeto social de Abfall GmbH era la prestación de servicios en el ámbito de la gestión ecológica de residuos y la realización de actividades comerciales conexas, esencialmente en materia de eliminación de residuos, que comprendía la elaboración y el desarrollo de un concepto de gestión de residuos, principalmente para el municipio de Mödling.

8. El 16 de junio de 1999, se firmó la escritura de constitución de AbfallGmbH. El capital social de la empresa pertenecía íntegramente al socio único, es decir, al municipio de Mödling.

9. El 25 de junio de 1999, el municipio de Mödling acordó ceder la gestión de residuos en el territorio municipal a AbfallGmbH, de conformidad con la Ley regional de residuos, la Ley federal sobre gestión de residuos y el Reglamento municipal de residuos. Asimismo, concedió una opción sobre los contratos relativos al tratamiento de residuos que en aquel momento estaban vigentes. En virtud de un contrato de arrendamiento celebrado entre el municipio de Mödling y AbfallGmbH se proveía el material y personal necesarios para el tratamiento de residuos.

10. El 15 de septiembre de 1999, se firmó un acuerdo de eliminación de residuos por el que el municipio de Mödling cedía la recogida y tratamiento de residuos en exclusiva a AbfallGmbH. El acuerdo era de duración indefinida y entró en vigor con efecto retroactivo a 1 de julio de 1999. Este contrato establecía que el municipio de Mödling pagaría a AbfallGmbH una remuneración consistente en una cantidad fija por cada cubo de basura o contenedor, como contraprestación por la recogida y tratamiento de residuos, objetos de grandes dimensiones, basura, residuos biodegradables y sustancias peligrosas. Aparte de este contrato, AbfallGmbH no llegó a ningún

acuerdo con otros municipios o mancomunidades. Sin embargo, la estación de carga de residuos del municipio de Mödling también prestaba sus servicios a otras empresas de tratamiento de residuos de Derecho privado en el ámbito del transporte y prensado de residuos domésticos.

11. El mismo 15 de septiembre de 1999, el contrato de arrendamiento del material y personal necesario para el tratamiento de residuos entró en vigor por tiempo indefinido y con efecto retroactivo a 1 de julio de 1999. AbfallGmbH estaba obligada a emplear al personal nombrado por el municipio con arreglo a las condiciones aplicables al personal enviado en comisión de servicios. El contrato estipulaba que el municipio de Mödling había cedido a AbfallGmbH el derecho de dar instrucciones al personal.

12. El 1 de octubre de 1999, el Pleno del Ayuntamiento de Mödling acordó que el municipio, como socio único de AbfallGmbH, transmitiría el 49 % de sus participaciones sociales a la empresa privada Saubermacher Dienstleistungs Aktiengesellschaft (en lo sucesivo, «Saubermacher AG»). El acta de la reunión de 1 de octubre de 1999 mencionaba que, tras la resolución adoptada el 25 de junio de 1999 por el Pleno, se había entablado una serie de conversaciones con empresas, principalmente con Saubermacher AG, que estaban interesadas en participar en el capital social. Finalmente, las propuestas de las empresas habían sido sometidas a la opinión de KPMG, que había elegido la

propuesta de Saubermacher AG como la que garantizaba la mejor explotación.

13. El 6 de octubre de 1999, se modificó la escritura de constitución, de modo que la mayor parte de las decisiones pudiera tomarse por mayoría simple. Además, el quórum para la junta general se fijó en el 51 % del capital social. Se aseguró la representación de la empresa en sus relaciones internas y externas mediante el nombramiento de al menos dos administradores con firma conjunta.

14. El 13 de octubre de 1999, el municipio de Mödling cedió el 49 % de sus participaciones a Saubermacher AG en virtud de un contrato de cesión.

15. A partir del 1 de diciembre de 1999, AbfallGmbH pasó a ser operacional, esto es, después de que Saubermacher AG hubiera adquirido sus participaciones en dicha empresa.

16. Del 1 de diciembre de 1999 al 31 de marzo de 2000, AbfallGmbH trabajó exclusivamente para el municipio de Mödling. Tras la entrada en servicio de la estación de carga prestó igualmente sus servicios a terceros. En el primer ejercicio contable a partir del 1 de abril de 2000, las actividades de AbfallGmbH para el municipio de Mödling representaban entre el 70 y el 80 % de su volumen de negocios.

#### IV. Procedimiento administrativo previo

17. El 20 de marzo de 2002, la Comisión envió a la República de Austria un escrito de requerimiento en el que declaraba que el municipio de Mödling no había convocado una licitación para adjudicar el contrato de recogida y tratamiento de residuos, a pesar de que se trataba de un contrato público de servicios regulado por la Directiva 92/50. Mediante escrito de 23 de junio de 2002, la República de Austria se opuso a tal requerimiento. En su opinión, la adjudicación a AbfallGmbH del contrato de recogida y tratamiento de residuos no estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de las directivas en materia de contratos públicos al tratarse, desde un punto de vista jurídico, de una transacción interna, denominada «in house».

18. Por considerar insatisfactoria esta respuesta, la Comisión dirigió el 3 de abril de 2003 un dictamen motivado a la República de Austria. Como ésta se limitaba en su contestación a dicho dictamen a repetir los argumentos que había alegado en su respuesta al escrito de requerimiento, el 28 de enero de 2004 la Comisión interpuso el presente recurso.

19. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le

incumben en virtud 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, al haber adjudicado el municipio de Mödling un contrato de eliminación de residuos sin observar las normas de procedimiento y publicación establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2.

residuos infringe la Directiva 92/50. Por consiguiente, violó el principio de que el objeto del litigio debe delimitarse con precisión. De este modo ignoró el objetivo del procedimiento administrativo previo, que consiste en dar al Estado miembro de que se trate la oportunidad de formular adecuadamente las alegaciones que, en su defensa, estime pertinentes. En segundo lugar, la Comisión incumplió la regla básica de que a ella le incumbe aportar la prueba del incumplimiento. Por último, el recurso de la Comisión tiene como fundamento una base jurídica errónea.

— Condene en costas a la República de Austria.

20. La República de Austria solicita que se desestime el recurso por inadmisibile y, subsidiariamente, por infundado.

## V. Alegaciones de las partes y apreciación

### A. Admisibilidad

#### 1. Alegaciones de las partes

21. En su escrito de contestación, el Gobierno austriaco niega que el recurso sea admisible. En primer lugar, la Comisión no explicó claramente por qué considera que la celebración del contrato de eliminación de

22. Según el Gobierno austriaco, procede examinar por separado los acontecimientos que dieron lugar a la adjudicación del contrato a AbfallGmbH. Si se efectúa tal examen, se llega a la conclusión de que la Directiva 92/50 no es aplicable. En efecto, el primer paso, la constitución de AbfallGmbH que pertenece al 100 % al municipio de Mödling, no es un acto que esté comprendido dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la adjudicación de contratos públicos. Tampoco el segundo paso, la celebración del contrato de eliminación de residuos entre el municipio de Mödling y AbfallGmbH, implica una infracción de la Directiva 92/50, al tratarse de una transacción interna, denominada «in house». El tercer paso, la venta por el municipio de Mödling del 49 % de las participaciones en AbfallGmbH a una empresa privada, tampoco se rige por las normas relativas a la adjudicación de contratos públicos. Por consiguiente, en el presente asunto no se

trata de una infracción de la Directiva 92/50, sino que la adjudicación del contrato a AbfallGmbH tendría que haberse cotejado directamente con las disposiciones del Tratado CE (disposiciones sobre ayudas).

23. La Comisión sólo habría logrado demostrar una infracción de la Directiva 92/50 si se hubiera basado en las dos hipótesis siguientes, a saber, que los distintos pasos que condujeron a la constitución de AbfallGmbH y subsiguientemente a la participación de una empresa privada en esta sociedad, de hecho, habían sido elegidos de tal manera que se eludiera la aplicación de la Directiva 92/50, o bien, que tras la venta de las participaciones se esconde en realidad la adjudicación a un socio privado de un contrato que debe calificarse de público. Sin embargo, la Comisión nunca se pronunció sobre estas hipótesis.

24. Además, en el procedimiento administrativo previo, la Comisión nunca expuso que considerara como un único acto la adjudicación del contrato de eliminación de residuos, por una parte, y la cesión del 49 % de las participaciones y la modificación de estatutos, por otra. Asimismo, no aportó ninguna prueba para fundamentar sus motivos; en especial, no demostró que el municipio de Mödling hubiera tenido la intención de eludir la ley. Por último, sólo formuló esta imputación en su escrito de réplica.

25. La Comisión contradice las alegaciones del Gobierno austriaco. Según ella, la adjudicación del contrato de eliminación de residuos a AbfallGmbH, participada por Saubermacher AG, no puede analizarse artificialmente en tres pasos. A este respecto, recuerda que en su escrito de requerimiento (punto 13) afirmó que la adjudicación del contrato a AbfallGmbH, que inicialmente era una empresa que pertenecía al 100 % al municipio de Mödling, no era más que un paso intermedio para llegar a una empresa de economía mixta tras la cesión del 49 % de las participaciones a una compañía privada. Así se desprende del hecho de que, después de la resolución adoptada por el Ayuntamiento el 25 de junio de 1999, se entablaron conversaciones con empresas interesadas en participar en el capital social. El breve período de dos semanas entre la celebración del contrato con AbfallGmbH y el acuerdo de ceder las participaciones demuestra que el objetivo del municipio de Mödling era desde el principio confiar el servicio a una sociedad en cuyo capital social una empresa privada tuviera una participación significativa. En consecuencia, el Gobierno austriaco no puede alegar que desconocía el objeto del recurso.

## 2. Apreciación

26. Según jurisprudencia reiterada, incumbe a la Comisión, en todo recurso interpuesto con arreglo al artículo 226 CE, indicar las imputaciones precisas sobre las que debe pronunciarse el Tribunal de Justicia, así

como, al menos de forma sumaria, los fundamentos de Derecho y de hecho sobre los que se basan, en particular, dichas imputaciones.

27. El escrito de interposición de recurso, al igual que el escrito de requerimiento y el dictamen motivado que la Comisión dirige al Estado miembro y que delimitan el objeto del litigio, debe permitir al Estado miembro en cuestión presentar su defensa y refutar todas las imputaciones formuladas en su contra por la Comisión.

28. Esa jurisprudencia se opone a recursos por incumplimiento presentados en virtud de un escrito de interposición que, por contener imputaciones imprecisas o no exponer los fundamentos de Derecho o de hecho, vulnera los derechos de defensa.<sup>3</sup>

29. En el caso de autos, la Comisión expuso claramente en el procedimiento administrativo previo por qué consideraba que el Gobierno austriaco no había observado las normas de procedimiento cuando celebró el contrato de eliminación de residuos. Abordó exhaustivamente las circunstancias fácticas que habían conducido a la adjudicación del contrato de eliminación de residuos y los fundamentos jurídicos en los que basó el incumplimiento.

30. En particular, de los hechos relativos a la conclusión del contrato y de las circunstancias en las que Saubermacher AG había adquirido una participación en AbfallGmbH la Comisión dedujo que en el caso de autos se trataba de un contrato sujeto a la Directiva 92/50. Con ello, el objeto del presente recurso quedó suficientemente delimitado.

31. Por consiguiente, la alegación del Gobierno austriaco de que la Comisión no delimitó el objeto del recurso carece de fundamento.

32. Las restantes imputaciones del Gobierno austriaco contra la admisibilidad se refieren al fondo del asunto. Más adelante me referiré a ellas en la apreciación del fondo del recurso.

33. De las consideraciones anteriores se desprende que procede desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por el Gobierno austriaco.

## B. *Sobre el fondo*

### 1. Alegaciones de las partes

34. En su recurso, la Comisión afirma que debe considerarse que el municipio de

<sup>3</sup> — Véanse, entre otras, las sentencias de 29 de septiembre de 1998, Comisión/Alemania (C-191/95, Rec. p. I-5449), apartado 55, y de 22 de abril de 1999, Comisión/Rcino Unido (C-340/96, Rec. p. I-2023), apartado 36.

Mödling, en su calidad de ente territorial es una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50. La eliminación de residuos es un servicio incluido en la categoría nº 16 del anexo I A de la Directiva. En consecuencia, el contrato de prestación de tal servicio debe adjudicarse con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI. Además, el contrato de eliminación de residuos excede del umbral fijado en 200.000 derechos especiales de giro (DEG) por el artículo 7, apartado 1, letra a), inciso ii), de la Directiva 92/50, tal como fue modificado por el artículo 1, apartado 1, de 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.<sup>4</sup> De ello se deduce que las normas de procedimiento y de publicidad establecidas en los artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2, de la Directiva 92/50, respectivamente, son plenamente aplicables.

35. La Comisión entiende que en el caso de autos ya no existe una relación interna entre el municipio de Mödling y AbfallGmbH. En apoyo de esta tesis, se remite a la sentencia Teckal,<sup>5</sup> en la que el Tribunal de Justicia declaró que las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos no son aplicables cuando «el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios». Cuando la entidad adjudicadora

no tiene la intención de confiar a un tercero las tareas que le son encomendadas, sino que sólo pretende una redistribución interna de dichas tareas, las directivas relativas a la prestación de servicios públicos no resultan de aplicación. Sin embargo, desde el momento en que una empresa privada participa en el capital social del adjudicatario, la entidad adjudicadora ya no puede ejercer un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Una participación minoritaria de una compañía privada basta para excluir la existencia de una relación interna.

36. La Comisión añade que la participación minoritaria de Saubermacher AG implica que ésta adquirió importantes derechos de veto y la facultad de nombrar, en pie de igualdad de derechos, a uno de los dos administradores:

— Saubermacher AG goza de un derecho de veto para materias importantes con respecto a AbfallGmbH, como el aumento o la reducción del capital social, la adaptación del objeto social delimitado en los estatutos, la fusión y la cesión o el fraccionamiento de las participaciones sociales.

— Al nombrar a uno de los dos administradores, Saubermacher AG ejerce una influencia decisiva sobre AbfallGmbH, dado que los dos administradores se encargan conjuntamente de la gestión y representación de la sociedad en sus relaciones internas y externas y dado

4 — DO L 328, p. 1.

5 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartado 50.



que tienen firma conjunta. Además, las actividades operativas de los administradores no dependen de que la junta general adopte previamente decisiones al respecto.

37. El Gobierno austriaco opina que la firma del contrato de eliminación de residuos con AbfallGmbH no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 por tratarse de una transacción interna, denominada «in house». Según este Gobierno, la participación de una persona privada en una empresa no excluye que pueda haber una relación interna. El elemento determinante es el «grado de autonomía» de la otra parte contratante, es decir, de AbfallGmbH, y no la posible influencia que ejerza el socio privado dentro de esta empresa. En el caso de autos, AbfallGmbH carece de facultad de decisión autónoma tanto en el momento de la celebración del contrato como en la actualidad.

38. Según el Gobierno austriaco, tampoco se trata de un verdadero contrato entre la entidad adjudicadora y el prestador de servicios en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, dado que la entidad adjudicadora puede influir en el funcionamiento del prestador de servicios, por lo que éste carece de autonomía.<sup>6</sup>

39. Además, el criterio establecido en la sentencia Teckal,<sup>7</sup> consistente en ejercer «un control análogo al que [se] ejerce sobre sus propios servicios», requiere un control comparable, y no idéntico. Se impone una apreciación global de las circunstancias desde el punto de vista jurídico y desde la perspectiva de los hechos para determinar si existe un control comparable. Si se toman en cuenta todos los factores relevantes, queda claro que el municipio de Mödling, incluso después de la cesión del 49 % de sus participaciones, puede ejercer tal control «comparable». Se trata de los siguientes elementos:

- Al tener la mayoría de votos en la junta general, el municipio de Mödling puede en cualquier momento resolver el contrato de eliminación de residuos con AbfallGmbH o incluso disolver a esta última.
- El municipio de Mödling puede determinar por sí solo las actividades de AbfallGmbH en todos los aspectos, puesto que los dos administradores deben respetar los límites establecidos por la junta general.

6 — Véanse también las conclusiones del Abogado General Léger que precedieron a la sentencia de 7 de diciembre de 2000, ARGÉ (C-94/99, Rec. p. I-11037), apartado 59.

7 — Citada en la nota 5 *supra*.

— De conformidad con el contrato de fijación, todos los acuerdos sobre las actividades de AbfallGmbH pueden tomarse por mayoría simple (lo que significa que el municipio de Mödling los puede tomar por sí solo).

## 2. Apreciación

41. Para apreciar la procedencia del presente recurso interpuesto por la Comisión deben examinarse las dos cuestiones siguientes:

— Simplemente por tener la mayoría de participaciones y derechos de voto, el municipio de Mödling puede en cualquier momento y sin indicar los motivos destituir al administrador de AbfallGmbH y cesar al administrador propuesto por la empresa privada. Asimismo, en la junta general puede acordar una reducción de la remuneración del administrador.

a) ¿Debe considerarse a AbfallGmbH, en la que Saubermacher AG posee el 49 % de las participaciones, como una entidad jurídica que, a pesar de haber adquirido autonomía jurídica como personalidad jurídica distinta, sigue constituyendo una parte intrínseca de la organización de la que el municipio de Mödling dispone para cumplir sus tareas públicas, entre otras, la eliminación de residuos? En caso de respuesta afirmativa, el contrato de eliminación de residuos que el municipio de Mödling adjudicó a AbfallGmbH deberá considerarse un contrato celebrado dentro de la organización municipal. En esta hipótesis, no se trata de un contrato al que las normas de adjudicación de la Directiva 92/50 resulten de aplicación.

40. En su escrito de réplica, la Comisión rechaza la tesis del Gobierno austriaco de determinar caso por caso, y teniendo en cuenta todas las circunstancias, si existe una relación de control interna. Tal examen provocaría inseguridad jurídica respecto a la aplicabilidad de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos. En cambio, el criterio empleado por la Comisión, es decir, la influencia de un tercero sobre el adjudicatario, permite delimitar de manera sencilla y previsible el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50.

b) Y, asumiendo que AbfallGmbH en su forma jurídica actual, es decir, incluida la participación que en ésta tiene Saubermacher AG, y según los estatutos y normativa legal aplicables tuviera que considerarse una entidad que se sitúa

fuera de la organización del municipio de Mödling, ¿se cumplieron debidamente las normas pertinentes de la Directiva 92/50?

42. Como ya he indicado más arriba, el recurso de la Comisión plantea la cuestión de qué debe entenderse por un contrato que no se adjudica dentro de la propia estructura de poder de la entidad adjudicadora. Según jurisprudencia reiterada, la Directiva 92/50 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito un contrato a título oneroso con una entidad formalmente distinta de ella.<sup>8</sup> De ello se desprende que un contratista no se considera comprendido dentro de la misma estructura de poder que la entidad adjudicadora si jurídicamente puede diferenciarse de ésta. Sin embargo, pueden darse otras circunstancias en las que la licitación no es obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora.<sup>9</sup> La sentencia Teckal establece en este sentido dos criterios acumulativos que sirven para determinar si todavía existe una estructura de poder interna. Esto es el caso si se cumplen los criterios de que «el ente territorial ejer[ce] sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona reali[za] la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».<sup>10</sup>

43. En la sentencia Teckal antes citada, el ente diferenciado estaba totalmente en manos de una corporación pública. En la sentencia Stadt Halle,<sup>11</sup> que se dictó después de finalizar la fase escrita del presente asunto, se trataba de averiguar si una entidad adjudicadora puede ejercer sobre una sociedad denominada «de economía mixta», esto es, una sociedad cuyo capital social también está participado por empresas privadas, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. El Tribunal de Justicia declaró que «la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios».

44. En ese asunto, uno de los factores en los que se basó el Tribunal de Justicia para emitir su fallo era que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una compañía privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.<sup>12</sup>

8 — Véanse las sentencias ARGE, citada en la nota 6 *supra*, apartado 40, y Teckal, citada en la nota 5 *supra*.

9 — Véase la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (C-26/03, Rec. p. I-1), apartado 49.

10 — Sentencia Teckal, citada en la nota 5 *supra*.

11 — Citada en la nota 9 *supra*.

12 — Sentencia Stadt Halle, citada en la nota 9 *supra*.

45. En resumen, una entidad jurídica que como persona jurídica diferente haya adquirido autonomía jurídica no puede considerarse parte de una entidad adjudicadora si al mismo tiempo una empresa privada participa en el capital social de la sociedad.

46. De los hechos expuestos en los puntos 7 a 16 *supra* y de los elementos de los estatutos, mencionados por la Comisión y no impugnados, según se hallan reflejados en el punto 36 *supra*, se deduce lo siguiente:

- Saubermacher AG posee una participación en el capital social de AbfallGmbH del 49 %;
- a esta participación corresponde el derecho de nombrar a uno de los administradores;
- dichos administradores responden de la actividad empresarial de AbfallGmbH;
- para acuerdos importantes que afectan a la organización y estructura de la sociedad se requiere la mayoría cualificada de la junta general de socios.

47. Sobre la base de estos datos ya resulta justificado concluir que entre el municipio de Mödling y AbfallGmbH no existe una relación interna en virtud de la cual el municipio pueda ejercer un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Ello no es óbice para que el municipio pueda decidir terminar la cooperación con Saubermacher AG. Para ello, tendrá que observar las normas generales y especiales del Derecho privado nacional y del Derecho nacional de las personas jurídicas, reglas que regulan las relaciones entre las partes cooperantes en una sociedad, de lo que se desprende que en cualquier caso tendrá que tener en cuenta los intereses legítimos de Saubermacher AG. En efecto, parece poco probable que Saubermacher AG habría estado dispuesta a iniciar una colaboración con el municipio de Mödling mediante la adquisición de una participación significativa en AbfallGmbH, siendo el municipio el otro socio mayoritario, si la continuidad de dicha colaboración dependiera exclusivamente del libre arbitrio del municipio.

48. En el caso de autos, visto el desarrollo del proceso de independización y la actuación de la propia AbfallGmbH, no cabe considerar la transformación del servicio interno del municipio de Mödling en una empresa privada como una operación interna «in house».

49. En efecto, inmediatamente después de la constitución de AbfallGmbH por el municipio de Mödling, el 16 de junio de 1999, éste

empezó a buscar un socio privado para la sociedad de nueva constitución una vez que el Pleno había adoptado la resolución de 25 de junio. Con la participación de Saubermacher AG, el municipio de Mödling consiguió la pericia necesaria para la gestión empresarial de AbfallGmbH.

tratamiento de residuos en exclusiva a AbfallGmbH, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 y si la normativa se cumplió debidamente.

50. La interpretación de los hechos se ve, una vez más, confirmada por los siguientes datos:

— Se inició la ejecución del contrato de eliminación de residuos entre el municipio de Mödling y AbfallGmbH sólo después de que Saubermacher AG adquiriera una participación en AbfallGmbH.

— Las actividades de AbfallGmbH se dirigen entre un 20 y un 30 % también a terceros (véase el punto 16 *supra*).

51. Dado que AbfallGmbH, en su forma jurídica actual, esto es, con la participación que en ella tiene Saubermacher AG, y según los estatutos y normativa legal aplicables, debe considerarse una entidad que se sitúa fuera de la organización del municipio de Mödling, procede comprobar si el contrato de eliminación de residuos, por el que el municipio de Mödling cedió la colecta y

52. En primer lugar, observo que el municipio de Mödling es un ente territorial. El Gobierno austriaco tampoco lo niega. El artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50 establece que se entenderá por «entidad adjudicadora»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes. Por consiguiente, el municipio de Mödling, en su condición de ente territorial, es una entidad adjudicadora y está comprendido dentro del ámbito de aplicación personal de la Directiva.

53. Asimismo, los servicios objeto de la relación litigiosa se rigen por la Directiva. Dentro de las categorías de los servicios a los que se refiere la Directiva, el anexo I A menciona en la categoría 16 las actividades relativas al «alcantarillado y eliminación de desperdicios. Servicios de saneamiento y servicios similares». Para el contenido exacto de estos servicios, el anexo I A se remite a la clasificación CCP (Clasificación Central de Productos de Naciones Unidas), que se señala al lado de cada categoría. La actividad principal de AbfallGmbH consiste en la recogida y tratamiento de residuos, objetos de grandes dimensiones, basura, residuos

biodegradables y sustancias peligrosas. De ello resulta que las funciones esenciales de AbfallGmbH se incluyen en los servicios detallados en el anexo I A de la Directiva y que las disposiciones de ésta les son de aplicación.

Mödling pagará a AbfallGmbH una remuneración consistente en una cantidad fija por cada cubo de basura o contenedor, como contraprestación por la recogida y tratamiento de residuos.

54. El siguiente aspecto que procede examinar es la naturaleza de las relaciones entre el municipio de Mödling y AbfallGmbH. En el octavo considerando se precisa 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». El artículo 1, letra a), define el concepto de «contratos públicos de servicios» a los efectos de la Directiva como «contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora».

56. Además, las dos personas jurídicas que celebraron el acuerdo deben poder diferenciarse jurídicamente, pues de otro modo se trataría de una prestación de servicio «in house». En los puntos 46 a 50 ya he afirmado que no cabe considerar a AbfallGmbH, ni de Derecho ni de hecho, como un servicio interno del municipio de Mödling.

55. Para poder calificar la relación de contrato público, procede verificar si el acuerdo se celebró en forma de contrato y si se convino una contraprestación pecuniaria. Esto es el caso en el presente asunto. Consta indiscutiblemente que el contrato de eliminación de residuos, por el que el municipio de Mödling cedió en exclusiva a AbfallGmbH la recogida y tratamiento de residuos, estipula que el municipio de

57. El hecho de que se tomara la decisión de llegar a un acuerdo entre el municipio de Mödling y AbfallGmbH cuando ésta pertenecía completamente al municipio de Mödling no invalida la afirmación de que, con arreglo al artículo 8 de la Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2, el contrato público de que se trata tuvo que adjudicarse observando lo dispuesto en los títulos III a VI de esta Directiva. En efecto, la certeza de que AbfallGmbH obtendría el contrato del municipio de Mödling hizo que la adquisición de una participación en tal empresa resultara atractiva para un posible comprador privado. Sin embargo, estas formas de independización externa, en las que la entidad emancipada se vuelve apetitosa para los interesados

privados por haber conseguido de antemano como «dote» un contrato por tiempo indefinido, no pueden afectar a la eficacia de la Directiva 92/50. Ésta resulta igualmente de aplicación a este tipo de construcciones.

58. A la luz de las consideraciones anteriores, llego a la conclusión de que la Comisión demostró la infracción del artículo 8 de la Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2.

## VI. Conclusión

59. En virtud de lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que:

- Declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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, al haber adjudicado el municipio de Mödling un contrato de eliminación de residuos sin observar las normas de procedimiento y publicación establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2.
  
- Condene en costas a la República de Austria.