



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

de 28 de febrero de 2012*

«Ayudas de Estado — Ayuda concedida por las autoridades austriacas al grupo Grazer Wechelseitige (GRAWE) en el marco de la privatización del Bank Burgenland — Decisión por la que se declara la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común y se ordena su recuperación — Criterio del inversor privado en una economía de mercado — Aplicación en el supuesto de que el Estado actúe como vendedor — Determinación del precio de mercado»

En los asuntos acumulados T-268/08 y T-281/08,

Land Burgenland (Austria), representado por los Sres. U. Soltész y C. Herbst, abogados,

parte demandante en el asunto T-268/08,

República de Austria, representada por el Sr. G. Hesse, la Sra. C. Pesendorfer y los Sres. E. Riedl, M. Fruhmann y J. Bauer, en calidad de agentes,

parte demandante en el asunto T-281/08,

contra

Comisión Europea, representada inicialmente por los Sres. V. Kreuzschitz, N. Khan y K. Gross, y posteriormente por los Sres. Kreuzschitz, Khan y T. Maxian Rusche, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tienen por objeto la anulación de la Decisión 2008/719/CE de la Comisión, de 30 de abril de 2008, relativa a la ayuda estatal C 56/06 (ex NN 77/06) de Austria para la privatización del Bank Burgenland (DO L 239, p. 32),

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta),

integrado por el Sr. M. Jaeger, Presidente, y los Sres. N. Wahl (Ponente) y S. Soldevila Fragoso, Jueces;

Secretaria: Sra. T. Weiler, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 18 de mayo de 2011;

dicta la siguiente

* Lengua de procedimiento: alemán.

Sentencia

Antecedentes del litigio

Hypo Bank Burgenland AG y la Ausfallhaftung

- 1 Hasta que fue privatizado, Hypo Bank Burgenland AG (en lo sucesivo, «BB») era un banco regional que revestía la forma de sociedad anónima de Derecho austriaco y que tenía su sede en Eisenstadt (Austria). Sus actividades, que inicialmente consistían ante todo en la concesión de préstamos hipotecarios y en la emisión de cédulas hipotecarias y obligaciones municipales, se ampliaron poco a poco a todo tipo de servicios bancarios y financieros. En 2005, su balance total era de 3.300 millones de euros y pertenecía íntegramente al Land Burgenland.
- 2 Con arreglo al artículo 4 de la Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz (Ley austriaca sobre los bancos hipotecarios del Land Burgenland, LGBl n° 58/1991), en la versión resultante de la Ley LGBl n° 63/1998, en caso de suspensión de pagos del BB, el Land Burgenland garantizaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1356 del Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil austriaco), el cumplimiento de la totalidad de sus obligaciones. En virtud de estas disposiciones, los acreedores del Banco gozan de una acción directa frente al garante, que sin embargo únicamente responde cuando los activos del Banco no bastan para hacer frente a los créditos.
- 3 Este régimen de garantía de responsabilidad subsidiaria destinada a las entidades públicas de crédito (denominada «Ausfallhaftung»), en particular la del Land en favor del BB y de sus predecesores, existe desde 1928 prácticamente inalterada. No cubría ni un período ni un importe determinados. Con arreglo al régimen legal de la garantía (Gewährträgerhaftung) que entró en vigor el 29 de junio de 1991, el Land Burgenland recibía una provisión a cambio de ofrecer esta garantía legal. En virtud de un acuerdo celebrado entre la Comisión de las Comunidades Europeas y la República de Austria, que sirvió de base a la adopción de la Decisión C(2003) 1329 final de la Comisión, de 30 de abril de 2003, relativa a la ayuda E 8/02 (DO C 175, p. 8), la Ausfallhaftung debía ser derogada antes del 1 de abril de 2007. Para todas las obligaciones existentes a 2 de abril de 2003, la Ausfallhaftung se mantenía en vigor hasta su vencimiento. Durante el período comprendido entre el 2 de abril de 2003 y el 1 de abril de 2007, la Ausfallhaftung podía mantenerse en lo que respecta a las nuevas obligaciones con la condición de que venciesen antes del 30 de septiembre de 2017.

Ayudas a la reestructuración del BB autorizadas por la Comisión en 2004

- 4 Como consecuencia de un fraude relacionado con los créditos concedidos a HOWE Bau AG y detectado al verificar las cuentas anuales del ejercicio de 1999, el BB tuvo que afrontar graves dificultades económicas. Por ello, el 20 de junio de 2000, el Land Burgenland celebró un acuerdo de garantía por un importe de 171 millones de euros, a un interés del 5%, con el fin de cubrir los créditos irrecuperables frente al BB que habrían dado lugar a un sobreendeudamiento de dicha entidad. Por otra parte, con el fin de cubrir los créditos de dudoso cobro adicionales descubiertos con ocasión de un control exhaustivo, se celebró un acuerdo marco el 23 de octubre de 2000 con el principal acreedor del BB, el Bank Austria Creditanstalt AG. Dicho acuerdo contemplaba la renuncia por parte del Bank Austria Creditanstalt al reembolso de los préstamos concedidos al BB, un arreglo sobre los beneficios futuros concluido entre ambas partes, y una garantía del Land Burgenland por importe de 189 millones de euros.
- 5 Mediante escrito de 18 de junio de 2002, complementado con información adicional el 3 de julio y el 9 de septiembre de 2002, la República de Austria notificó a la Comisión las garantías concedidas por el Land Burgenland y le presentó un plan de reestructuración del BB.

- 6 Mediante escrito de 26 de junio de 2003, la Comisión puso en conocimiento de las autoridades austriacas su decisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, con respecto a las ayudas descritas.
- 7 Mediante escrito de 19 de diciembre de 2003, las autoridades austriacas hicieron saber que, en el marco de la privatización del BB, tenían la intención de modificar las ayudas controvertidas.
- 8 Mediante escrito de 21 de enero de 2004, la Comisión comunicó a la República de Austria su decisión de ampliar el procedimiento de investigación formal incoado con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, a las modificaciones previstas de las ayudas a la reestructuración del BB.
- 9 El 7 de mayo de 2004, la Comisión adoptó la Decisión 2005/691/CE relativa a la ayuda estatal C 44/03 (ex NN 158/01) que Austria quiere conceder a favor del BB (DO 2005, L 263, p. 8; en lo sucesivo, «Decisión de 2004»). En lo sustancial, la Comisión consideró que los dos acuerdos de garantía del Land Burgenland a favor del BB constituían ayudas de Estado, en particular porque esas medidas se habían adoptado en condiciones que no habrían sido aceptables para un inversor privado y conferían por lo tanto al BB una ventaja artificial frente a sus competidores. Además, dichas medidas y sus efectos sobre los competidores actuales y potenciales de otros Estados miembros falsean o amenazan con falsear la competencia y afectar a los intercambios entre los Estados miembros. No obstante, la Comisión concluyó que las medidas de reestructuración controvertidas eran compatibles con el mercado común, con arreglo al artículo 87 CE, apartado 3, letra c), en relación con las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO 1999, C 288, p. 2). En el marco de su examen de la viabilidad a largo plazo de la empresa beneficiaria de la ayuda, la Comisión subrayó que había basado su valoración en la información suministrada por las autoridades austriacas, en particular el calendario de realización de la privatización prevista del BB.

Medida controvertida adoptada en el marco de la privatización del BB

- 10 Tras dos tentativas infructuosas en 2003 y 2005, el Land Burgenland lanzó un tercer procedimiento de privatización del BB, cuya ejecución se encomendó al Banco de inversión HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA de Düsseldorf (Alemania), en colaboración con HSBC plc de Londres (en lo sucesivo, conjuntamente, «HSBC»). Este procedimiento se inició en octubre de 2005 mediante la publicación de una convocatoria de licitación en la prensa.
- 11 De entre los 14 participantes en la licitación que manifestaron formalmente su interés en presentar una oferta, sólo tres presentaron dentro del plazo establecido ofertas indicativas completas, por valor de 65, 100 y 140 millones de euros respectivamente, y tomaron parte en la segunda fase de la licitación, a cuyo término debía presentarse una oferta vinculante a más tardar el 6 de febrero de 2006. Dos licitadores presentaron ofertas vinculantes: la compañía aseguradora austriaca Grazer Wechselseitige Versicherung AG conjuntamente con la GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH (en lo sucesivo, «GRAWE»), y un consorcio austro-ucraniano que aglutinaba a las empresas austriacas SLAV AG y SLAV Finanzbeteiligung GmbH y las sociedades anónimas ucranianas Ukrpodshipnik e Ilyich (en lo sucesivo, «el consorcio»). Estas ofertas fueron posteriormente objeto de un examen individual y de negociaciones contractuales que concluyeron el 4 de marzo de 2006.
- 12 El 5 de marzo de 2006, el Land Burgenland adjudicó el BB a GRAWE, pese a que el precio de compra que ésta había ofrecido (100,3 millones de euros) era claramente inferior al ofrecido por el consorcio (155 millones de euros). Esta decisión se apoyaba especialmente en una recomendación escrita de HSBC de 4 de marzo de 2006, que fue complementada con aclaraciones verbales destinadas a los miembros del Gobierno del Land Burgenland el mismo día de la decisión. La recomendación de HSBC exponía, fundamentalmente, que si bien atendiendo al precio de compra ofrecido la decisión debía favorecer al consorcio, se recomendaba que el BB se transmitiese a GRAWE habida cuenta de los

demás criterios de selección, a saber, la seguridad en cuanto al pago del precio, la continuación de la gestión del BB evitando el recurso a la Ausfallhaftung, los aumentos de capital y la seguridad de las transacciones.

- 13 La venta del BB, que fue formalmente aprobada por las autoridades del Land Burgenland el 7 de marzo de 2006, se consumó el 12 de mayo de 2006. Previamente, el BB emitió empréstitos, en el marco de la Ausfallhaftung, por importe de 700 millones de euros, de los que 350 millones fueron suscritos por una filial de GRAWE. Por último, como consecuencia de la privatización, el período transitorio de aplicación de la Ausfallhaftung a que se ha hecho referencia en el apartado 3 finalizó prematuramente el día en que se consumó la venta.

Procedimiento administrativo

- 14 El 4 de abril de 2006, el consorcio interpuso una denuncia ante la Comisión alegando que la República de Austria había infringido la normativa en materia de ayudas de Estado al privatizar el BB. El denunciante sostenía en particular que el procedimiento de licitación, que no había sido equitativo, transparente y no discriminatorio para con él, no había dado como resultado la cesión del BB al mejor postor (el consorcio), sino a GRAWE.
- 15 Mediante escritos de 15 de mayo y 1 de junio de 2006, las autoridades austriacas respondieron a una solicitud de información de la Comisión de 12 de abril de 2006. Posteriormente, el 27 de junio de 2006, se organizó un encuentro entre representantes de la República de Austria y de la Comisión; y el 17 de julio de 2006, la Comisión envió una segunda solicitud de información a la que las autoridades austriacas respondieron el 18 de septiembre de 2006. El consorcio, por su parte, transmitió información adicional a la Comisión el 21 de abril y el 2 de junio de 2006.
- 16 Mediante escrito de 21 de diciembre de 2006, la Comisión comunicó a las autoridades austriacas su decisión de incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, en relación con la transmisión del BB a GRAWE. Dicha decisión fue publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 8 de febrero de 2007 (DO C 28, p. 8).
- 17 El 1 de marzo de 2007, la República de Austria transmitió a la Comisión sus observaciones sobre esa decisión de incoación. Por otra parte, la Comisión recibió ciertas observaciones e indicaciones de terceros interesados, entre ellos GRAWE y el consorcio, sobre las que se pronunciaron las autoridades austriacas. Se celebraron además varias reuniones entre representantes de la República de Austria y de la Comisión. Por último, las autoridades austriacas enviaron en varias ocasiones a la Comisión observaciones y documentos adicionales.
- 18 El 30 de abril de 2008, la Comisión adoptó la Decisión 2008/719/CE relativa a la ayuda estatal C 56/06 (ex NN 77/06) de Austria para la privatización del BB (DO L 239, p. 32) (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

Decisión impugnada

- 19 En la Decisión impugnada, la Comisión recuerda que, para valorar una medida adoptada en el marco de una privatización a la luz de las normas sobre ayudas de Estado, se basa en varios principios que estableció en el *XXIII Informe sobre la política de competencia* de 1993 (puntos 402 y siguientes) y en su práctica anterior. Pues bien, según ella, en el presente caso no se cumplieron los requisitos enunciados en dicho informe para poder considerar que no existe ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

- 20 Al pronunciarse sobre la cuestión de si la transmisión del BB a GRAWE constituye una ayuda de Estado, la Comisión señala, en primer término, que los recursos del Land Burgenland (que es uno de los nueve Bundesländer de Austria) deben considerarse recursos «otorgados por los Estados o mediante fondos estatales» con arreglo al artículo 87 CE, apartado 1. Además, la Comisión observa que GRAWE ejerce su actividad a escala internacional, por lo que una hipotética ventaja otorgada mediante fondos públicos distorsionaría la competencia en el sector bancario y repercutiría en el comercio intracomunitario. En cuanto a la cuestión de si GRAWE disfrutó de una ventaja selectiva, la Comisión subraya que ha de determinarse si el Land Burgenland actuó como cualquier vendedor que operase en una economía de mercado («private vendor test»).
- 21 Respecto a este último extremo, recordando que el Land Burgenland había recibido una oferta del consorcio cuyo valor nominal superaba en 54,7 millones de euros la oferta de GRAWE, la Comisión indica que un operador económico que actúe en una economía de mercado puede, no obstante, elegir la oferta más baja en dos hipótesis.
- 22 La primera de ellas se refiere al supuesto de que esté claro que la cesión al mejor postor no es realizable, lo que implica en el caso de autos examinar, en primer lugar, la seguridad de la transacción desde el punto de vista de la solidez económica del consorcio y, en segundo lugar, la probabilidad de que éste no obtenga finalmente la preceptiva autorización de la Finanzmarktaufsicht (autoridad austriaca de supervisión de los mercados financieros; en lo sucesivo, «FMA»). Pues bien, en opinión de la Comisión, no sólo no había motivo alguno para dudar de que el precio de compra de 155 millones de euros ofrecido por el consorcio podía ser financiado, sino que nada indica ni demuestra que la FMA habría prohibido la venta del BB al consorcio.
- 23 La segunda hipótesis contempla el caso de que esté justificada la toma en consideración de otros factores distintos del precio, sabiendo que los únicos factores que cabe considerar son los que hubiera tenido en cuenta un inversor que operase en una economía de mercado, lo que, según la Comisión, excluye los riesgos derivados de la posible obligación de pagar una garantía que pudiese calificarse de ayuda de Estado como la Ausfallhaftung, único factor que invocaron las autoridades austriacas. La Comisión precisa sobre este punto que, con arreglo a la jurisprudencia, cuando se analiza la forma en que habría actuado un inversor que operase en una economía de mercado, no debe confundirse el papel del Estado como vendedor de una empresa, por una parte, con las obligaciones que le incumben como poder público, por otra parte. Pues bien, ningún inversor que operase en una economía de mercado habría asumido una garantía que no respetase el principio del inversor que opera en una economía de mercado, y la decisión de suprimir la Ausfallhaftung confirma que ésta no se ajusta a las condiciones del mercado.
- 24 Habida cuenta de todas estas consideraciones, la Comisión estimó que la autoridad austriaca competente no había actuado como un vendedor que operase en una economía de mercado. La ventaja económica otorgada a GRAWE equivale, como mínimo, a la diferencia entre la oferta del consorcio y el precio real de compra.
- 25 La Comisión añade, a efectos de examinar las alegaciones formuladas por la República de Austria acerca de la importancia de la Ausfallhaftung, que, aun cuando el Land Burgenland hubiese podido tener en cuenta esa garantía como criterio para la evaluación de las ofertas, la oferta de GRAWE no era la mejor.
- 26 Por último, la Comisión consideró que la ayuda de Estado consistente en la venta del BB a GRAWE no podía considerarse compatible con el mercado común.

27 La parte dispositiva de la Decisión impugnada es del siguiente tenor:

«Artículo 1

La ayuda estatal concedida por Austria a GRAWE contraviniendo lo dispuesto en el artículo 88, apartado 3, del Tratado CE, y por consiguiente ilegalmente, es incompatible con el mercado común. La ayuda corresponde a la diferencia entre las dos ofertas finales presentadas en el marco de la licitación, convenientemente ajustada de conformidad con los parámetros descritos en los considerandos 167 a 174 de la presente Decisión.

Artículo 2

1. Austria procederá a recuperar del beneficiario la ayuda mencionada en el artículo 1.
2. El importe por recuperar devengará intereses que se calcularán desde la fecha en que estuvo a disposición del beneficiario hasta la de su recuperación.
3. Los intereses se calcularán según la regla de interés compuesto con arreglo a las disposiciones del Reglamento (CE) n° 794/2004.

Artículo 3

1. La recuperación de la ayuda mencionada en el artículo 1 será inmediata y efectiva.
2. Austria garantizará que la presente Decisión se aplique en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de su notificación.

Artículo 4

1. En el plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, Austria comunicará la siguiente información a la Comisión:
 - a) el importe total (principal e intereses) que debe recuperarse del beneficiario en consonancia con los parámetros fijados por la Comisión en la presente Decisión, junto con una explicación detallada del método utilizado para calcular dicho importe y la valoración de la propiedad por un experto independiente;
 - b) una descripción detallada de las medidas ya adoptadas o previstas en cumplimiento de la presente Decisión;
 - c) documentos que demuestren que se ha emplazado al beneficiario a reembolsar la ayuda.
2. Austria mantendrá informada a la Comisión del avance de las medidas nacionales adoptadas en aplicación de la presente Decisión hasta que la recuperación de la ayuda mencionada en el artículo 1 se haya producido. A petición de la Comisión presentará inmediatamente información sobre las medidas ya adoptadas o previstas en cumplimiento de la presente Decisión. También presentará datos detallados sobre los importes de la ayuda y los intereses ya reembolsados por el beneficiario.

Artículo 5

El destinatario de la presente Decisión será la República de Austria.»

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 28 Mediante demandas presentadas en la Secretaría del Tribunal el 11 y el 15 de julio de 2008, registradas con las referencias T-268/08 y T-281/08, respectivamente, el Land Burgenland, por una parte, y la República de Austria, por otra parte, interpusieron los presentes recursos.
- 29 Mediante auto del Presidente de la Sala Octava del Tribunal de 20 de abril de 2009, oídas las partes, se acumularon los asuntos T-268/08 y T-281/08 a efectos de la fase escrita, de la fase oral y de la sentencia, con arreglo al artículo 50 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal.
- 30 Al modificarse la composición de las Salas del Tribunal, el Juez Ponente fue adscrito a la Sala Sexta, a la que, en consecuencia, se atribuyó el presente asunto.
- 31 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Sexta) decidió abrir la fase oral del procedimiento.
- 32 En la vista celebrada el 18 de mayo de 2011 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas que les formuló el Tribunal.
- 33 Como consecuencia del impedimento de un miembro de la Sala Sexta para participar en la vista y deliberación del asunto, el Presidente del Tribunal se designó a sí mismo para completar la Sala, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento.
- 34 Mediante auto de 18 de noviembre de 2011, el Tribunal (Sala Sexta), en su nueva composición, ordenó la reapertura de la fase oral y se informó a las partes de que serían oídas en una nueva vista.
- 35 Mediante sendos escritos de 23, 24 y 25 de noviembre de 2011, la Comisión y los demandantes indicaron al Tribunal que renunciaban a ser oídos de nuevo.
- 36 En consecuencia, el Presidente del Tribunal declaró concluida la fase oral.
- 37 En el asunto T-268/08, el Land Burgenland solicita al Tribunal que:
- Anule la Decisión impugnada.
- Condene en costas a la Comisión.
- 38 En el asunto T-281/08, la República de Austria solicita al Tribunal que:
- Anule la Decisión impugnada.
- Condene en costas a la Comisión.
- 39 En los asuntos T-268/08 y T-281/08, la Comisión solicita al Tribunal que:
- Desestime los recursos por infundados.
- Condene en costas a los demandantes.

Fundamentos de Derecho

- 40 En apoyo de sus recursos, los demandantes invocan formalmente nueve motivos.

41 Tales motivos se basan, respectivamente:

en la errónea aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, al determinar el precio de mercado del BB, por cuanto la Comisión exigió, equivocadamente, la celebración de un procedimiento de licitación con vistas a la privatización controvertida;

en la inobservancia de la práctica decisoria anterior relativa a la aplicación del artículo 87 CE, apartado 1;

en la errónea aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, por cuanto la Comisión rehusó tener en cuenta el resultado incierto y la posible dilación del procedimiento de autorización ante la FMA en caso de venta del BB al consorcio;

en la errónea aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, por cuanto el Land Burgenland estaba en su derecho de tener en cuenta los riesgos derivados de la Ausfallhaftung a la hora de comparar las respectivas ofertas de GRAWE y del consorcio;

en la errónea aplicación del principio del vendedor privado en una economía de mercado en el marco del examen subsidiario de los riesgos económicos derivados de la Ausfallhaftung;

en la errónea aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, debido a la inobservancia de las normas que rigen la carga de la prueba en el marco del procedimiento de licitación controvertido;

en la errónea aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, por cuanto la oferta del consorcio no podía servir para determinar el precio de mercado del BB;

en la errónea apreciación de la emisión de empréstitos adicionales en el marco de la Ausfallhaftung;

en la errónea aplicación en varios aspectos del artículo 87 CE, apartado 1, al determinar el elemento de ayuda.

42 El Tribunal considera oportuno examinar en primer lugar los motivos primero, segundo, sexto y séptimo formulados por los demandantes, todos ellos relacionados con el marco general de examen de la operación controvertida.

43 Antes de abordar el examen de las alegaciones de las partes propiamente dicho, interesa formular una serie de observaciones preliminares sobre el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, y sobre la naturaleza y el alcance del control jurisdiccional que el juez de la Unión Europea debe llevar a cabo en este caso.

Observaciones preliminares sobre el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, y sobre la naturaleza y el alcance del control jurisdiccional

44 El artículo 87 CE, apartado 1, dispone que «salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

45 La calificación de ayuda, en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, requiere que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe ser capaz de afectar al comercio entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario,

favoreciendo a determinadas empresas o producciones, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar con falsear la competencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Rec. p. I-7747, apartados 74 y 75, y sentencia del Tribunal General de 22 de febrero de 2006, Le Levant 001 y otros/Comisión, T-34/02, Rec. p. II-267, apartado 110).

- 46 En el presente asunto, resulta obligado observar que los demandantes únicamente discuten el requisito relativo a la existencia de una ventaja económica. En efecto, los motivos formulados en apoyo de los presentes recursos tienen fundamentalmente por objeto demostrar que la Comisión se equivocó al concluir que existía una ventaja a favor de GRAWE, y que esa ventaja equivalía a la diferencia entre la oferta presentada por ésta y la presentada por el consorcio.
- 47 A este respecto, interesa recordar que, con arreglo a una jurisprudencia consolidada, el suministro de bienes o la prestación de servicios en condiciones preferenciales pueden constituir una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1 (véanse, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1988, Van der Kooy y otros/Comisión, 67/85, 68/85 y 70/85, Rec. p. 219, apartados 28 y 29, y de 20 de noviembre de 2003, GEMO, C-126/01, Rec. p. I-13769, apartado 29; y las sentencias del Tribunal General de 16 de septiembre de 2004, Valmont/Comisión, T-274/01, Rec. p. II-3145, apartado 44, y de 1 de julio de 2010, Italia/Comisión, T-53/08, Rec. p. II-3187, apartado 79).
- 48 Aplicado al supuesto de la venta de un bien por una entidad pública a un particular, la consecuencia de este principio es que debe determinarse si el precio de venta de ese bien equivale al precio de mercado por corresponder al que habría podido obtener el adquirente en condiciones normales de mercado (véase, en ese sentido, la sentencia Valmont/Comisión, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 45, y la jurisprudencia citada). Desde esta perspectiva, la Comisión debe aplicar el criterio del operador privado en una economía de mercado, con el fin de determinar si el precio pagado por el presunto beneficiario de la ayuda es el que probablemente habría pagado un operador privado en condiciones normales de competencia (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2010, Comisión/Scott, C-290/07 P, Rec. p. I-7763, apartado 68, y de 16 de diciembre de 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, Rec. p. I-13083, apartado 34, y la jurisprudencia citada). La aplicación concreta de dicho criterio implica, en principio, una apreciación económica compleja (sentencia Comisión/Scott, antes citada, apartado 68).
- 49 Por lo que respecta al alcance y la naturaleza del control jurisdiccional, en primer lugar, ha de recordarse que el concepto de ayuda de Estado, tal como se define en el Tratado, tiene carácter jurídico y debe interpretarse sobre la base de elementos objetivos. Por este motivo, el juez de la Unión debe, en principio y teniendo en cuenta tanto los elementos concretos del litigio que se presentan ante él como el carácter técnico o complejo de las apreciaciones realizadas por la Comisión, realizar un control íntegro en lo que atañe a la cuestión de si una medida está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1 (sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2000, Francia/Ladbroke Racing y Comisión, C-83/98 P, Rec. p. I-3271, apartado 25, y de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión, C-487/06 P, Rec. p. I-10515, apartado 111). El juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos (véase la sentencia Comisión/Scott, citada en el apartado 48 *supra*, apartado 65, y la jurisprudencia citada).
- 50 No obstante, en el marco de este control, no corresponde al juez de la Unión sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia. En efecto, el control que los órganos jurisdiccionales de la Unión ejercen sobre las apreciaciones económicas complejas realizadas por la Comisión es un control limitado que se circunscribe a comprobar el cumplimiento de las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la falta de error manifiesto de

apreciación y de abuso de poder (véanse las sentencias Comisión/Scott, citada en el apartado 48 *supra*, apartado 66, y la jurisprudencia citada, y del Tribunal General de 17 de diciembre de 2008, Ryanair/Comisión, T-196/04, Rec. p. II-3643, apartado 41).

- 51 En segundo lugar, hay que precisar que la legalidad de una decisión de la Comisión en materia de ayudas de Estado debe examinarse en función de la información de que podía disponer dicha institución en el momento en que la adoptó (sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. p. 2263, apartado 16, y de 14 de septiembre de 2004, España/Comisión, C-276/02, Rec. p. I-8091, apartado 31; sentencia Valmont/Comisión, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 38). De ello se desprende, en particular, que puesto que el concepto de ayuda de Estado responde a una situación objetiva que se aprecia en la fecha en que la Comisión adopta su decisión, son las apreciaciones realizadas en tal fecha las que deben tenerse en cuenta para efectuar el control jurisdiccional (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2008, Chronopost y La Poste/UFEX y otros, C-341/06 P y C-342/06 P, Rec. p. I-4777, apartado 144).

Sobre los motivos primero, segundo, sexto y séptimo

Alegaciones de las partes

- 52 Mediante su primer motivo, los demandantes sostienen, en lo sustancial, que la Comisión se equivocó al concluir, remitiéndose al *XXIII Informe sobre la política de competencia*, que la privatización de una empresa pública debía efectuarse a través de una licitación abierta, transparente e incondicional y que un precio de mercado determinado únicamente en función de una tasación pericial no era válido. Afirman que la inexistencia de un procedimiento de adjudicación regular a efectos de una privatización no implica que se esté ante una ayuda de Estado, sino únicamente que es preciso verificar de forma individualizada si la venta de que se trata no contiene elementos de ayuda, verificación que únicamente puede llevarse a cabo mediante un examen pericial. Dicho de otro modo, el *XXIII Informe sobre la política de competencia* se limita a simplificar la carga de la prueba de la inexistencia de ayuda estatal en el caso de las privatizaciones realizadas en el marco de un procedimiento de licitación. Según ellos, aun suponiendo que deba admitirse la interpretación del Informe que propugna la Comisión, no deja de ser cierto que dicho Informe, que únicamente contiene una descripción de las actividades de la Dirección General de Competencia y de los objetivos políticos considerados prioritarios en un período determinado, carece por completo de fuerza obligatoria.
- 53 Los demandantes afirman que, en el caso de autos, la venta del BB a GRAWE si se efectuó a precio de mercado. Según ellos, así se desprende claramente de los informes periciales independientes, de la valoración indicativa del BB realizada por HSBC al inicio de la tercera operación de privatización y de las ofertas de los licitadores con ocasión de la segunda tentativa de privatización (véase el considerando 68 de la Decisión impugnada). Señalan que las valoraciones controvertidas, incluida la efectuada por el consorcio, estimaron que el valor del BB se situaba entre 44,4 y 75 millones de euros. Añaden que, según se desprende de la práctica decisoria de la Comisión y de su Comunicación 97/C 209/03, relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos (DO 1997, C 209, p. 3), invocada por analogía, tales valoraciones independientes deberían considerarse válidas para determinar el valor del bien que es objeto de una venta.
- 54 Los demandantes sostienen que, al no basarse en las valoraciones independientes que se le habían propuesto (véase el considerando 68 de la Decisión impugnada) ni solicitar un nuevo examen pericial independiente, la Comisión, que en el marco del procedimiento de investigación formal tiene el deber de recabar todas las opiniones necesarias para disponer de una información completa sobre la totalidad de los datos del asunto, no efectuó un examen diligente e imparcial de los documentos puestos a su disposición para determinar con precisión la existencia y, en su caso, el importe de la ayuda.

- 55 Por último, los demandantes estiman que la obligación de recurrir a un procedimiento de licitación, tal como la contempla la Comisión, es contradictoria con el criterio del vendedor privado en una economía de mercado. Subrayan que, en las ventas efectuadas por particulares, el recurso a un procedimiento de licitación formalista es inexistente o, cuando menos, insignificante, y en la mayoría de los casos es sustituido por negociaciones con licitadores seleccionados. Por otra parte, señalan que, en su práctica decisoria, la Comisión ha concedido a las autoridades estatales un considerable margen de maniobra en lo que respecta a la organización del procedimiento de licitación. Por consiguiente, según ellos, no hay pruebas empíricas de que las ofertas presentadas en el marco de un procedimiento de adjudicación sean «más indicativas» (véase el considerando 112 de la Decisión impugnada) que una valoración de un experto. Además, argumentan que, puesto que las empresas privadas generalmente no recurren a licitaciones, la obligación de llevar a cabo un procedimiento de adjudicación impuesto por la Comisión conduciría a crear una desigualdad de trato en perjuicio de las empresas públicas, infringiendo los artículos 295 CE y 86 CE.
- 56 Mediante su segundo motivo, los demandantes alegan que la Decisión impugnada es contradictoria con la práctica decisoria anterior de la Comisión, por lo que vulnera el principio de igualdad de trato. Afirman que, hasta el momento, en los casos en que no se había llevado a cabo un procedimiento de licitación en el marco de una operación de privatización, o se había llevado a cabo de forma irregular, la Comisión se había conformado siempre con exámenes periciales para determinar el precio de mercado. Subrayan, además, que, según han podido saber, la Comisión únicamente declaró la existencia de un elemento de ayuda en el marco de una operación de privatización una vez, en el asunto que dio lugar a la Decisión 2008/717/CE de la Comisión, de 27 de febrero de 2008, relativa a la ayuda estatal C 46/07 (ex NN 59/07) concedida por Rumanía a favor de la empresa Automobile Craiova (anteriormente Daewoo România) (DO L 239, p. 12), asunto en el que la Comisión, contrariamente a lo sucedido en el caso de autos, comprobó el valor de mercado basándose en una tasación de la empresa privatizada.
- 57 Mediante su sexto motivo, los demandantes sostienen, en lo sustancial, que, al exigir a las autoridades austriacas que demostrasen que el consorcio no cumplía los criterios para la adjudicación del BB, singularmente desde el punto de vista de la seguridad de la transacción y de la evitación del recurso a la Ausfallhaftung (véanse, en particular, los considerandos 129, 132, 133, 145 y 156 de la Decisión impugnada), la Comisión ignoró la carga de la prueba y las obligaciones de información que incumben a los participantes en un procedimiento de licitación. Según ellos, las pruebas de que un licitador cumple los criterios de adjudicación deben ser aportadas durante el procedimiento de licitación por el propio licitador, y no *a posteriori* por la Comisión. Sostienen que, en el caso de autos, el consorcio no aportó dentro de plazo las pruebas de su solvencia y de la refinanciación del BB, pese a que había sido oportunamente advertido de su obligación de hacerlo. Añaden que las pruebas aportadas *a posteriori* deben declararse inadmisibles, so pena de crear una discriminación con respecto a los demás licitadores. Los demandantes indican asimismo que, ante la falta de tales pruebas, el Land Burgenland podía legítimamente albergar dudas en cuanto a la solvencia del consorcio.
- 58 Por último, en el marco de su séptimo motivo, los demandantes sostienen, en lo esencial, que, puesto que el procedimiento de licitación se consideró viciado por irregularidades, por basarse en criterios de selección ilegales como la valoración de la Ausfallhaftung (véanse los considerandos 134 y siguientes y 141 y siguientes de la Decisión impugnada), la oferta de adquisición del consorcio no puede servir para determinar el precio de mercado del BB (véanse los considerandos 109 a 114 de la Decisión impugnada). Añaden que de la práctica decisoria de la Comisión se desprende que rehusó tener en cuenta resultados de un procedimiento de adjudicación irregular al determinar el elemento de ayuda. Según ellos, en el caso de autos, es innegable que la asunción de un riesgo mayor por parte del Land Burgenland debido a la posibilidad de que se exigiese la Ausfallhaftung condujo al consorcio a aumentar de forma excesiva su oferta a modo de compensación asimilable a una «prima de riesgo». Alegan que el carácter exorbitante, incluso disparatado, de la oferta de compra presentada por el

consorcio resulta concretamente confirmado por el importe de las demás ofertas presentadas (véase el considerando 66 de la Decisión impugnada) y por las valoraciones independientes (véase el considerando 68 de la Decisión impugnada), que la Comisión debería haber tenido en cuenta.

59 La Comisión niega la totalidad de las imputaciones formuladas por los demandantes.

Apreciación del Tribunal

60 El examen del primer motivo requiere, fundamentalmente, pronunciarse sobre dos cuestiones: la primera consiste en determinar si la Comisión efectivamente exigió, basándose en el *XXIII Informe sobre la política de competencia*, que el precio de mercado del BB únicamente pudiese determinarse mediante una licitación. La segunda cuestión se refiere a si en el caso de autos la Comisión podía, sin incurrir en un error manifiesto de apreciación, excluir el recurso a los informes periciales presentados durante el procedimiento de investigación de la medida controvertida y que los demandantes invocan a efectos de evaluar dicho precio de mercado.

61 De la lectura global de la Decisión impugnada se desprende que los demandantes se equivocan al afirmar que la Comisión parte del principio de que una privatización «debe efectuarse a través de una licitación abierta, transparente e incondicional». En efecto, en su apreciación, la Comisión se limitó a mencionar que «al valorar [...] desde el punto de vista de las ayudas estatales una medida en el marco de una privatización se basa en varios principios contemplados en el *XXIII Informe sobre la política de competencia* [...] y en su práctica subsiguiente».

62 El punto 403 del *XXIII Informe sobre la política de competencia* tiene la siguiente redacción:

«En pro de una mayor transparencia, conviene señalar una vez más los principios generales que la Comisión aplica a las privatizaciones, los cuales han ido desarrollándose con los años a partir del estudio de expedientes individuales.

Cabe recordar que, con arreglo a lo previsto en el artículo 222 [CE], el Derecho comunitario no establece distinciones en función del régimen de propiedad, público o privado, de las empresas. Por consiguiente, las ayudas a la privatización como tales no pueden sustraerse al principio básico de incompatibilidad de las ayudas estatales con el mercado común establecido en el apartado 1 del artículo 92.

Cuando la privatización se lleva a cabo por medio de la venta de acciones en bolsa, se considera en general que se ha efectuado en condiciones de mercado y que no supone la concesión de ayuda. Antes de la emisión de acciones, pueden condonarse o reducirse las deudas sin que ello haga suponer que se ha concedido ayuda, siempre que el producto de la emisión supere la reducción de la deuda.

Si la empresa no se privatiza mediante la venta de acciones en bolsa, sino a través de una operación de compraventa, es decir, mediante la venta de la empresa íntegramente o por partes a otras empresas, han de concurrir las siguientes condiciones para que, sin ulterior examen del caso, pueda considerarse que no ha habido concesión de ayuda:

que la empresa se saque a subasta pública, transparente y no condicionada a otras obligaciones, tales como la adquisición de activos distintos de aquellos a los que se refiera la oferta o la continuación de determinadas actividades;

que la empresa se venda al mejor postor;

que los ofertantes dispongan de tiempo suficiente para realizar una valoración adecuada de los activos antes de presentar su oferta.

Las privatizaciones por emisión de acciones o subasta pública en las condiciones señaladas no han de notificarse previamente a la Comisión para que determine la existencia de ayuda, pero los Estados miembros pueden hacerlo si creen conveniente contar con la mayor seguridad jurídica que ofrece una aprobación formal. En los demás casos, las operaciones de compraventa deben examinarse para ver si suponen la concesión de ayuda, por lo que han de notificarse. Ello se aplica en particular a los siguientes casos:

- ventas previa negociación con un único adquirente potencial o un número restringido de ofertantes;
- ventas previa condonación de deudas por el Estado, otras empresas públicas o cualquier organismo público;
- ventas previa capitalización de deudas o ampliación de capital;
- ventas en condiciones inusuales en las transacciones similares entre operadores del sector privado.

En ningún caso puede haber discriminación alguna basada en la nacionalidad de los adquirentes potenciales de las acciones o los activos de que se trate.

Toda venta que no pueda considerarse efectuada en condiciones comerciales normales debe ir precedida por una valoración realizada por expertos independientes. Todas las privatizaciones en sectores sensibles (fibras sintéticas, textil, industria del automóvil, etc.) han de notificarse previamente a la Comisión.»

- 63 Tal como reconocen los propios demandantes, las directrices enunciadas en dicho informe únicamente tienen por objeto precisar en qué casos se presume que las medidas de privatización proyectadas por los Estados miembros no contienen elementos de ayuda y, por consiguiente, no procede notificarlas, salvo que las autoridades nacionales deseen cerciorarse de la seguridad jurídica de la transacción.
- 64 Por lo tanto, de dichas orientaciones no se desprende que la Comisión exija en todos los casos la convocatoria de una licitación abierta, transparente e incondicional. Éstas se limitan a indicar que, en el caso de que se desarrolle tal procedimiento, debe reunir una serie de requisitos para que se presuma que la privatización se ajusta a las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado.
- 65 El citado informe tampoco aporta ningún dato relevante para el presente asunto en lo que respecta a la eventual admisibilidad de los informes periciales presentados a efectos de la determinación del precio de mercado de la entidad que se proyecta privatizar. La única indicación aportada en relación con los exámenes periciales es que «toda venta que no pueda considerarse efectuada en condiciones comerciales normales debe ir precedida por una valoración realizada por expertos independientes». Ahora bien, precisamente en el caso de autos no se contempla esta última hipótesis, puesto que la Comisión excluyó explícitamente, en el marco de la licitación llevada a cabo con vistas a privatizar el BB, que se tratase de una venta celebrada en condiciones comerciales especiales (véanse, en este sentido, los considerandos 111 y 112 de la Decisión impugnada).
- 66 Del conjunto de estas consideraciones se desprende que carece por completo de respaldo la afirmación de los demandantes de que la Comisión, vulnerando el principio de igualdad entre operadores privados y entes públicos, concluyó, basándose en el *XXIII Informe sobre la política de competencia*, que en el caso de la transmisión de una empresa para su privatización únicamente podía determinarse el precio de mercado mediante una licitación.

- 67 Por todas estas razones, no procede pronunciarse sobre el alcance jurídico del *XXIII Informe sobre la política de competencia*, que, como se ha indicado anteriormente, únicamente tenía por objeto recordar a los Estados miembros, en aras de la transparencia y la claridad, las orientaciones generales seguidas por la Comisión a la hora de examinar las medidas adoptadas en el marco de las privatizaciones de empresas.
- 68 Queda, pues, por determinar, en el marco del primer motivo, si la Comisión no incurrió en un error manifiesto de apreciación al rehusar tener en cuenta los distintos exámenes periciales que los demandantes invocaron en el caso de autos para determinar el precio de mercado del BB.
- 69 A este respecto, debe recordarse que el precio de mercado de una empresa, que generalmente viene determinado por el juego de la oferta y la demanda, equivale al precio más elevado que un inversor privado que actúe en condiciones normales de competencia estaría dispuesto a pagar por dicha empresa (véase, en ese sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Alemania/Comisión, C-277/00, Rec. p. I-3925, apartado 80, y la jurisprudencia citada en el apartado 48 *supra*).
- 70 Cuando un poder público se propone vender una empresa de su propiedad y recurre para ello a una licitación abierta, transparente e incondicional, puede presumirse que el precio de mercado equivale a la oferta más elevada, debiendo acreditarse, en primer lugar, que dicha oferta es vinculante y creíble, y, en segundo lugar, que no está justificada la toma en consideración de factores económicos distintos del precio, como los riesgos fuera de balance existentes entre las ofertas. Por lo tanto, la Comisión no incurre en un error manifiesto de apreciación al concluir que el elemento de ayuda puede evaluarse tomando como referencia el precio de mercado, que a su vez viene determinado por las ofertas concretas presentadas en el marco de una licitación.
- 71 En tales circunstancias, no puede reprocharse a la Comisión que no tuviese en cuenta las valoraciones periciales independientes mencionadas en el considerando 68 de la Decisión impugnada, que según los demandantes, corroboran su tesis de que el precio ofrecido por GRAWE para la adquisición del BB se ajusta al precio de mercado.
- 72 En efecto, el recurso a tales exámenes periciales para la determinación del precio de mercado del BB únicamente tendría sentido en la hipótesis de que no se hubiese celebrado una licitación para su venta o en la hipótesis de que la licitación llevada a cabo no se hubiese considerado abierta, transparente e incondicional. A este respecto, es indiscutible que las ofertas válida y efectivamente presentadas en el marco de una licitación convocada con el fin de privatizar una empresa son, en principio, más indicativas del precio de mercado de dicha entidad que unos informes periciales independientes. En efecto, tales informes, con independencia del método y de los parámetros elegidos para su elaboración, se basan en un estudio prospectivo y, por lo tanto, conducen a una estimación del precio de mercado de la empresa en cuestión de un valor inferior al que resulta de ofertas concreta y válidamente presentadas en el marco de una licitación regularmente celebrada.
- 73 Por idénticas razones, no puede reprocharse a la Comisión que no considerase necesaria la elaboración de un estudio *ex post* por un experto independiente ni que por ello faltase a su deber de examinar con diligencia e imparcialidad las medidas sobre las que ha de pronunciarse. Como se desprende claramente de los considerandos 112 y 113 de la Decisión impugnada, la Comisión se basó en la conclusión de que, ante la existencia de ofertas de compra vinculantes del BB, las valoraciones periciales independientes, cualquiera que fuese su autor, su fecha de elaboración o el método de análisis elegido, carecían, como tales, de relevancia para determinar si el precio pagado por GRAWE por la adquisición del BB se ajustaba al precio de mercado. Por otra parte, los demandantes no han demostrado que la Comisión se abstuviese de considerar la totalidad de las informaciones y evaluaciones que le habían sido presentadas, en particular por las autoridades austriacas, durante el procedimiento administrativo.

- 74 Por consiguiente, procede desestimar el primer motivo.
- 75 Mediante su segundo motivo, estrechamente vinculado con el primero, los demandantes pretenden demostrar que la Decisión impugnada se aparta de la práctica decisoria hasta entonces seguida por la Comisión, por ser la primera vez que la Comisión exige a un Estado miembro que desea privatizar una empresa de su propiedad que organice una licitación abierta, transparente e incondicional.
- 76 Sobre este punto, el Tribunal recuerda que el concepto de ayuda de Estado es de carácter jurídico y se interpreta a la luz de criterios objetivos (véase la sentencia Valmont/Comisión, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 37, y la jurisprudencia citada). La calificación de una medida como ayuda de Estado no puede depender, por lo tanto, de una apreciación subjetiva de la Comisión y debe determinarse con independencia de cualquier práctica administrativa anterior de la Comisión, suponiendo que dicha práctica haya quedado probada (véanse, en ese sentido y por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, Freistaat Sachsen y otros/Comisión, C-57/00 P y C-61/00 P, Rec. p. I-9975, apartados 52 y 53, y la sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2005, Regione autonoma della Sardegna/Comisión, T-171/02, Rec. p. II-2123, apartado 177).
- 77 En tales circunstancias, los demandantes no pueden alegar la vulneración del principio de igualdad de trato amparándose en la práctica decisoria anterior. La Comisión está obligada a llevar a cabo un análisis individualizado de las circunstancias de cada asunto, por lo que no se encuentra vinculada por decisiones anteriores.
- 78 En cualquier caso, los demandantes, que formulan afirmaciones generales, señalando que hasta entonces la Comisión siempre ha «salvado» las privatizaciones, no han indicado en qué medida las circunstancias que dieron lugar a las decisiones que citan y las consideraciones jurídicas subyacentes en éstas son comparables a las del caso de autos. En particular, no se ha acreditado que ninguna de esas decisiones tuviese por objeto una situación en la que, a semejanza del caso de autos, se hubiese concluido que el precio de mercado del bien o la entidad que debía transmitirse había sido válidamente fijado mediante una licitación abierta, transparente e incondicional.
- 79 Resulta de estas consideraciones que el segundo motivo no puede, en ningún caso, estimarse.
- 80 Por lo que respecta al sexto motivo, basado en que la Comisión ignoró la carga de la prueba y las obligaciones de información que pesan sobre los participantes en un procedimiento de licitación convocado con vistas a la privatización de una empresa, se pone de manifiesto, de entrada, que, mediante su argumentación, los demandantes confunden, por una parte, las obligaciones de información que incumben a los licitadores en todo procedimiento de licitación y, por otra parte, la exigencia de un examen diligente e imparcial que se impone a la Comisión con respecto a las presuntas medidas de ayuda.
- 81 En cuanto a las obligaciones de información que se imponen a los licitadores en el marco de un procedimiento de adjudicación, los demandantes sostienen, en lo sustancial, que el consorcio debería haber aportado pruebas de su solvencia y de que la FMA se habría pronunciado a favor de la transmisión del BB a éste.
- 82 Pues bien, como ha señalado acertadamente la Comisión, el consorcio no estaba precisamente en condiciones de aportar la menor indicación acerca del resultado favorable o no del procedimiento de autorización ante la FMA en la hipótesis de que el Land Burgenland se hubiese decantado por su oferta. Por otra parte, dado que el importe de la oferta de compra presentada por el consorcio era claramente superior al de la oferta presentada por GRAWE y que, por tanto, no cabía excluir la existencia de una ventaja a favor de ésta, correspondía precisamente a las autoridades competentes aportar indicios sólidos de que el examen llevado a cabo por la FMA habría conducido a prohibir la cesión del BB al consorcio, lo que no hicieron.

- 83 En cuanto a la prueba de la capacidad y de la solvencia económicas del consorcio, se pone de manifiesto que ninguna de las partes en el procedimiento de investigación formal ha puesto en duda la capacidad de aquél de reunir los fondos necesarios para pagar el precio de compra ofrecido. Por otra parte, se desprende de los autos que, en principio, la prueba de la capacidad económica de un licitador para pagar el precio de compra ofrecido se aprecia en una fase temprana del procedimiento de adjudicación, a saber, en la fase de la «diligencia debida», que, a decir de los demandantes, implica un examen de los balances y de los recursos personales y materiales de los licitadores cuya oferta se ha considerado firme y admisible. Ahora bien, resulta obligado observar que la oferta del consorcio no se rechazó hasta la fase final de las negociaciones mantenidas en el marco de ese procedimiento, puesto que, como se menciona en el considerando 53 de la Decisión impugnada, «Austria partía de que el consorcio, tal como había anunciado durante las negociaciones, iba a aportar un socio comercial financieramente sólido».
- 84 Los restantes aspectos evocados por los demandantes, relativos a la capacidad del consorcio para controlar eventuales problemas de liquidez en caso de adquisición del BB (véanse los considerandos 78 y 79 de la Decisión impugnada, que tratan de la «refinanciación del BB tras su venta»), aparte de que únicamente son relevantes en el caso de que hubiera de tenerse en cuenta la *Ausfallhaftung*, hipótesis que se examinará a continuación (véanse los apartados 149 y siguientes de la presente sentencia), carecen igualmente de fundamento. Se desprende, en efecto, de la Decisión impugnada que el consorcio nunca excluyó el principio mismo de un riesgo de retirada de clientes y de cancelación de líneas de crédito interbancarias (aunque lo hubiese estimado en un nivel inferior que la Comisión) y que aportó, a modo de garantía, declaraciones de intenciones procedentes de diversos bancos (véase el considerando 78 de la Decisión impugnada). En tales circunstancias, no puede sostenerse que el consorcio no hubiese aportado garantía alguna de su solvencia.
- 85 Además, debe señalarse que, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal en la vista acerca de si, y en qué medida, los demandantes ponían en duda la capacidad económica del consorcio para pagar los 155 millones de euros del precio de compra del BB, éstos confirmaron que no habían puesto en duda en modo alguno el hecho de que el consorcio estuviese en condiciones de pagar dicho precio.
- 86 Habida cuenta del conjunto de estas consideraciones, procede desestimar el sexto motivo.
- 87 Por último, en cuanto al séptimo motivo, basado en que la oferta del consorcio no podía servir para determinar el precio de mercado, interesa recordar que, como se desprende del examen del primer motivo (véase, en particular, el apartado 70 *supra*), cuando un poder público se propone vender una empresa de su propiedad y para ello recurre a una licitación abierta, transparente e incondicional, puede presumirse que el precio de mercado equivale a la oferta más elevada, debiendo acreditarse, en primer lugar, que dicha oferta es vinculante y creíble, y, en segundo lugar, que no está justificada la toma en consideración de factores económicos distintos del precio, como los riesgos fuera de balance existentes entre las ofertas.
- 88 Por lo tanto, la Comisión no incurre en un error manifiesto de apreciación al concluir que el elemento de ayuda puede evaluarse tomando como referencia el precio de mercado, que a su vez viene determinado por las ofertas concretas presentadas en el marco de la licitación.
- 89 Por otra parte, desde la perspectiva del vendedor privado en una economía de mercado, las razones subjetivas o de orden estratégico que conducen a un licitador concreto a presentar una oferta de un importe determinado no son decisivas. El vendedor privado en economía de mercado optará, en principio, por la oferta de compra más elevada, con independencia de las razones que hayan llevado a los potenciales compradores a presentar ofertas de una determinada cuantía. Por consiguiente, debe desestimarse la alegación de los demandantes de que el importe de la oferta presentada por el consorcio es exorbitante.

- 90 En cuanto a la argumentación de los demandantes según la cual la Comisión no podía basarse en los resultados de un procedimiento de adjudicación que ella misma consideró irregular, basta recordar que, pese a que en la fase de incoación del procedimiento de investigación formal había manifestado dudas acerca de la regularidad de la licitación, en particular desde el punto de vista del respeto de la igualdad de trato entre licitadores (véase, a este respecto, el considerando 42 de la Decisión impugnada), la Comisión llegó a la conclusión de que las carencias de que adolecían las condiciones de la licitación no habían influido en el importe de las ofertas efectivamente presentadas y que, por lo tanto, la oferta nominal más elevada constituía un buen valor indicativo del precio de mercado (véase el considerando 143 de la Decisión impugnada).
- 91 Además, como prolongación de las consideraciones expuestas en el marco del segundo motivo, debe concluirse que la referencia a la supuesta práctica decisoria constante de la Comisión no aporta un respaldo adicional al punto de vista defendido por los demandantes. Por lo que respecta, en particular, a los asuntos que dieron lugar a la Decisión 2000/513/CE de la Comisión, de 8 de septiembre de 1999, relativa a las ayudas concedidas por Francia a la empresa Stardust Marine (DO 2000, L 206, p. 6), y a la Decisión 2000/628/CE de la Comisión, de 11 de abril de 2000, sobre las ayudas concedidas por Italia a Centrale del Latte di Roma (DO L 265, p. 15), a los que se remiten los demandantes, basta observar que se referían a situaciones en que precisamente no se había celebrado una licitación abierta, transparente e incondicional.
- 92 En consecuencia, el séptimo motivo debe igualmente desestimarse.

Sobre el tercer motivo, basado en la errónea aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, por cuanto la Comisión rehusó tener en cuenta el desenlace incierto y la posible dilación del procedimiento de autorización ante la FMA en caso de venta del BB al consorcio

Alegaciones de las partes

- 93 Los demandantes alegan que la Comisión, al aplicar el criterio del vendedor privado en economía de mercado, llevó a cabo un examen incompleto de la seguridad de la transacción. Reprochan fundamentalmente a la Comisión que no tuviese suficientemente en cuenta, al evaluar y comparar las ofertas de adquisición del BB, el desenlace incierto y la posible duración del procedimiento de autorización ante la FMA en caso de venta al consorcio. Ahora bien, según ellos, un vendedor privado habría elegido, precisamente por estas razones, la oferta de GRAWE, que, aunque de importe inferior al de la presentada por el consorcio, expiraba el 31 de marzo de 2006 y, habida cuenta de los informes periciales citados en el apartado 68 de la Decisión impugnada y de la experiencia adquirida de las anteriores tentativas de privatización del BB, era particularmente interesante.
- 94 Según los demandantes, la afirmación de la Comisión de que la duración del procedimiento de examen efectuado por la autoridad de vigilancia no puede justificar la exclusión de un participante en una licitación, puesto que ello permitiría discriminaciones contra licitadores extranjeros (véase el considerando 130 de la Decisión impugnada), no tiene en cuenta que ha de distinguirse entre el papel del Estado como vendedor privado y el que ejerce soberanamente en su condición de autoridad reguladora de los mercados financieros. A este respecto señalan que, habida cuenta de la independencia de la FMA y de las normas a que está sometida, las autoridades austriacas no pueden obtener información alguna sobre el resultado del procedimiento de autorización. Además, según ellos, el reproche de la Comisión se refiere a una cuestión que no pertenece al ámbito de las ayudas de Estado (sino más bien al de la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales) e ignora el reparto competencial entre el Estado federal y los Länder.

- 95 Los demandantes añaden que, en el caso de autos, la forma de actuar del Land Burgenland, que consistió en elegir en un primer momento al adquirente para, posteriormente, solicitar las autorizaciones necesarias, no sólo es conforme con el criterio del vendedor privado, sino que también es reconocida en la práctica decisoria de la Comisión.
- 96 Los demandantes alegan que, como se desprende en particular de un escrito del consultor de HSBC fechado el 3 de marzo de 2008 y transmitido a la Comisión el 5 de marzo de 2008, en el caso de autos existían múltiples indicios de que la venta del BB al consorcio no podría autorizarse.
- 97 Subrayan, en primer lugar, que los miembros del consorcio no disponían de ninguna calificación de una agencia de calificación internacionalmente reconocida, pese a tratarse, como menciona la Comisión en varias de sus comunicaciones y decisiones, de un requisito indispensable para poder ejercer actividades en los mercados bancarios y de capitales europeos.
- 98 Los demandantes estiman, seguidamente, que al no haber presentado el consorcio un análisis de solvencia, se remitieron a la práctica de las agencias de calificación según la cual a una empresa no puede, en principio, atribuírsele una calificación más alta que la del Estado en que se encuentra establecida, en este caso Ucrania, que tiene una nota máxima de «BB» («sub investment grade»).
- 99 Los demandantes hacen referencia, por otra parte, a los defectos de que adolecía el plan de negocio («business plan») presentado por el consorcio (véase el escrito de las autoridades austriacas de 1 de marzo de 2007), a la falta de experiencia de éste en el mercado bancario europeo y al deseo del propio consorcio de desarrollar una nueva política empresarial para el BB, que en el futuro y según se desprende de los comentarios de HSBC, podría conducir a la pérdida de sus fondos propios, y, en consecuencia, a la intervención del Land Burgenland en virtud de la Ausfallhaftung. Exponen que tales aspectos habrían sido necesariamente tenidos en cuenta por la FMA, que, en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 5, apartado 1, número 3, de la Bankwesengesetz (BWG, Ley federal sobre el sistema bancario), debía evaluar si el consorcio ofrecía garantías de una gestión económicamente sólida y prudente del BB tras su adquisición, cuestión que la Comisión se abstuvo de examinar incumpliendo la obligación de motivación prevista en el artículo 253 CE.
- 100 Las estimaciones pesimistas en cuanto a la autorización de la FMA en caso de cesión del BB al consorcio también encuentran apoyo, a decir de los demandantes, en los datos relativos a las debilidades estructurales y funcionales del sector bancario ucraniano, tal como se desprenden en particular de los informes periódicos del Fondo Monetario Internacional. Señalan que tales informes fueron explícitamente mencionados por las autoridades austriacas durante el procedimiento de investigación formal y, en cualquier caso, son accesibles al público. En su réplica, los demandantes mencionan que la evolución reciente del sector bancario ucraniano ha venido a confirmar las inquietudes que expresaron en el momento de los hechos.
- 101 Según los demandantes, ha de tenerse en cuenta también que el cumplimiento por la FMA de su obligación de control habría resultado más difícil en el caso de una adquisición del BB por el consorcio, debido a la falta de colaboración institucionalizada entre la FMA y las autoridades ucranianas, en particular a través de un protocolo de acuerdo celebrado con el banco nacional ucraniano.
- 102 Además, los demandantes mencionan que el Land Burgenland no se basó únicamente en sus propias evaluaciones, sino que se puso en contacto de modo informal con la FMA para asegurarse de la fiabilidad de sus previsiones acerca de la probabilidad de que dicha autoridad concediese una autorización al consorcio. Según la información facilitada por la FMA, el resultado del procedimiento de autorización de la adquisición del BB por el consorcio habría estado totalmente abierto, pero era seguro que dicho procedimiento daría lugar en un primer momento a una prohibición en el caso de una adquisición del BB por el consorcio. Pues bien, según los demandantes, el carácter incierto y la mayor duración de esa adquisición no eran aceptables para el Land Burgenland, en su condición de

vendedor privado. A consecuencia de ello, como indicó la República de Austria en un escrito de 1 de junio de 2006, el Land Burgenland había partido del principio de que «la FMA no iba a autorizar, y probablemente no podía autorizar, la adquisición del banco por el consorcio». Las conclusiones a que llega el auto de medidas provisionales del Landesgericht Eisenstadt (tribunal regional de Eisenstad, Austria) de 26 de mayo de 2006 confirman esta situación. Los demandantes precisaron que de las discusiones mantenidas entre las autoridades competentes y la FMA se desprendía que, en caso de transmisión del BB a GRAWE, cabía contar con una decisión de autorización en el plazo de unas semanas. En cambio, en caso de transmisión del BB al consorcio, la FMA dio a entender que el procedimiento duraría probablemente seis meses o, en el peor de los casos, un año. Según los demandantes, no cabe duda alguna de que en caso de venta al consorcio, el procedimiento de autorización ante la FMA habría sido considerablemente más largo y su desenlace mucho más incierto.

- 103 Por último, los demandantes subrayan que la Comisión aplicó erróneamente el criterio del vendedor privado al exigir, en relación con la cesión del BB a GRAWE, pruebas de que la venta al consorcio era manifiestamente irrealizable o de que la FMA habría ciertamente prohibido tal venta. Señalan que, como explicó claramente el consultor de HSBC en sus observaciones de mayo de 2006, un vendedor privado razonable habría intentado maximizar el importe previsto del precio de compra, definido como la oferta cuyas probabilidades de obtención son mayores. Pues bien, según ellos, dado que el importe previsto del precio de compra propuesto por GRAWE era claramente superior al del consorcio, la decisión del Land Burgenland en favor de GRAWE estuvo justificada, habida cuenta de que el precio de compra nominal inferior ofrecido por GRAWE se veía compensado con creces por la mayor seguridad de la transacción. Dicho de otro modo, la Comisión no integró en su análisis la probabilidad, que cifran en un 50 %, de que la venta al consorcio no fuese autorizada por la FMA.
- 104 En la réplica, los demandantes subrayan que la Comisión se contradice en cuanto al margen de precisión de que disponía el Land Burgenland en lo que respecta al resultado del procedimiento ante la FMA: pese a reconocer que el resultado de dicho procedimiento no podía estimarse con precisión de antemano, en otros pasajes de sus escritos, la Comisión exige que la denegación de autorización para la adquisición del BB por el mejor postor fuese manifiesta.
- 105 La Comisión niega las imputaciones formuladas por los demandantes.

Apreciación del Tribunal

- 106 El presente motivo se refiere a la problemática, evocada en el considerando 121 *in fine* de la Decisión impugnada, de la autorización que ha de otorgar la autoridad reguladora de los mercados financieros competente en el marco del proceso de privatización, a saber, la FMA. Los demandantes sostienen, en efecto, que el desenlace incierto y la dilación del procedimiento de autorización en el caso de que el BB se vendiese al consorcio justificaron que éste se transmitiese, en definitiva, a GRAWE, pese a que la oferta presentada por ésta fuese de cuantía inferior.
- 107 A este respecto, las partes concuerdan en la circunstancia, mencionada en el considerando 120 de la Decisión impugnada, de que un vendedor que opere con arreglo a los principios de la economía de mercado puede elegir la oferta más baja si está claro que la cesión al mejor postor no es realizable. Interesa subrayar, más concretamente, que contrariamente a lo que los demandantes han dado a entender, la Comisión reconoció claramente en el considerando 125 de la Decisión impugnada que un vendedor en economía de mercado no habría optado por un comprador que, con toda probabilidad, no hubiese obtenido las autorizaciones necesarias de las autoridades competentes.
- 108 Corresponde, por lo tanto, al Tribunal determinar si la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación al concluir que los elementos expuestos por los demandantes —con el fin de demostrar, en primer lugar, que la autorización por la FMA de la cesión del BB al consorcio adolecía de

incertidumbre y, en segundo lugar, que el procedimiento de autorización ante la FMA en caso de transmisión del BB al consorcio sería más largo— no justificaban, atendiendo al criterio del operador privado en economía de mercado, que se decidiese ceder el BB a GRAWE.

- 109 Por lo que respecta, en primer lugar, al tenor propiamente dicho del procedimiento de autorización, se desprende de los autos que, en virtud del artículo 20, apartado 3, de la BWG, aplicable en el momento de los hechos, la adquisición de una participación cualificada en una entidad de crédito austriaca está sujeta a su declaración y su autorización.
- 110 El examen de la adquisición de una participación cualificada se lleva a cabo con arreglo a un test de aptitud y honorabilidad («Fit & Proper») que se define en el artículo 5, apartado 1, de la BWG. Como se desprende en particular de los considerandos 125 y 126 de la Decisión impugnada, no discutidos por las partes, con arreglo al artículo 20 de la BWG, la FMA no puede someter al adquirente de un banco a criterios de cualificación y de experiencia hasta que las partes de la negociación han celebrado un acuerdo de venta vinculante. De ello se desprende que, en la práctica, la FMA no puede evaluar simultáneamente a varios adquirentes potenciales. Dicha autoridad confirmó, además, a la Comisión que únicamente iniciaba el examen de la adquisición de una participación cualificada si existía una intención concreta y abiertamente manifestada de adquisición y venta en ambas partes de la transacción. Por lo tanto, en el caso de autos, el Land Burgenland tenía que decantarse definitivamente por una de las ofertas de compra del BB antes de que pudiese iniciarse el procedimiento de autorización de la adquisición ante la FMA. Además, según la información facilitada por las propias autoridades austriacas, la FMA, como órgano administrativo independiente, está sujeto a obligaciones de confidencialidad y de imparcialidad. De modo que no puede emitir *a priori* pronósticos sobre el resultado de un procedimiento de autorización iniciado.
- 111 Por otro lado, las partes convienen en que la FMA puede prohibir la adquisición dentro de los tres meses siguientes a la declaración; en caso contrario, la adquisición se reputará autorizada. Si la FMA estima que su examen requiere más tiempo que los tres meses de que dispone, debe primero prohibir la adquisición antes del vencimiento del plazo de tres meses. Esta prohibición no prejuzga, sin embargo, la decisión definitiva de la FMA sobre la adquisición de la participación cualificada.
- 112 En segundo lugar, en cuanto a las alegaciones específicamente formuladas por los demandantes, consisten fundamentalmente, primero, en consideraciones generales acerca de la actitud reservada, e incluso hostil, que las autoridades de vigilancia han tenido o deberían, en general, tener frente a los operadores procedentes de Ucrania; segundo, en indicaciones relativas a la situación de los miembros del consorcio, y tercero, en indicaciones facilitadas por la propia FMA.
- 113 Por lo que respecta, en primer término, a las consideraciones generales acerca de la actitud muy reservada que las autoridades de vigilancia efectivamente han tenido, como pone de manifiesto el ejemplo de la resolución del Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Organismo federal de control de los servicios financieros alemán), que, al término de un examen de trece meses de duración, rechazó la adquisición de NordFinanz Bank AG por un grupo ucraniano, o la negativa a otorgar en 1994 una concesión bancaria a un predecesor de uno de los miembros del consorcio (SLAV), o deberían, en general, tener (habida cuenta, en particular, de la armonización en el ámbito europeo de las normas de procedimiento y los criterios de evaluación aplicables a la evaluación prudencial de las adquisiciones y los aumentos de participación en entidades del sector financiero) frente a las personas físicas o jurídicas establecidas en Ucrania, no son, a los efectos del presente asunto, ni pertinentes ni convincentes en cuanto al fondo.
- 114 Para empezar, tales elementos no pueden aportar la menor indicación acerca del resultado concreto que habría tenido el procedimiento de autorización ante la FMA en el caso de que el Land Burgenland hubiese decidido vender el BB al consorcio. En el caso de autos, no se trataba de determinar si las entidades del sector bancario ucraniano están sujetas a obligaciones y controles de suficiente calidad, es decir, equivalente a la de las obligaciones y controles efectuados en los Estados

miembros de la Unión. Como expuso claramente la Comisión, sin que los demandantes la contradijesen, el examen efectuado por la FMA sobre la adquisición de participaciones en las entidades bancarias tiene como finalidad determinar si los potenciales adquirentes presentan, a la luz de los criterios de cualificación y experiencia contemplados en el artículo 20 de la BWG, garantías de fiabilidad con vistas a una gestión sólida y transparente de la entidad crediticia de que se trate.

- 115 Por otra parte, es de señalar que algunas de las consideraciones expuestas en el caso de autos, particularmente en la réplica, se refieren al desarrollo de nuevas prácticas como consecuencia de la crisis financiera sobrevenida a escala mundial. Ahora bien, como se desprende de la jurisprudencia citada en el apartado 51, la legalidad de una decisión de la Comisión en materia de ayudas de Estado debe apreciarse en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que la adoptó.
- 116 Por consiguiente, no procede tener en cuenta acontecimientos posteriores a la adopción de dicha Decisión, que por definición, no se han puesto en conocimiento de la Comisión. Deben, pues, declararse inadmisibles las alegaciones basadas, en primer lugar, en la prudencia que, como consecuencia de la crisis financiera, deben mostrar en lo sucesivo los órganos de control y las autoridades de regulación financiera, y, en segundo lugar, en las modificaciones del Derecho aplicable que puedan derivarse de lo anterior.
- 117 Seguidamente, la argumentación desarrollada por los demandantes pasa por alto el hecho de que el deseo expresado por el consorcio de adquirir el BB podía analizarse como una voluntad de fundar un establecimiento de crédito en Austria. A este respecto, si bien la integración de uno de los miembros del consorcio, Active Bank, fue abordada por los demandantes, no se demostró en cambio que ésta únicamente se plantease tras la eventual cesión del BB al consorcio. Este elemento debería también haberse tenido en cuenta en el procedimiento de examen ante la FMA.
- 118 Además, estas consideraciones generales omiten el hecho de que, como subrayan los demandantes en sus respectivas demandas, la FMA debe examinar toda solicitud de adquisición de participaciones en una entidad financiera sin prejuicios. El hecho de que algunos de los miembros del consorcio estuviesen originalmente establecidos en Ucrania no puede, por sí solo, explicar que la FMA depare un resultado negativo al procedimiento de autorización.
- 119 En segundo término, por lo que se refiere a los indicios presentados por los demandantes en relación con el consorcio, a saber, la falta de calificación por una agencia internacionalmente reconocida, las carencias de que supuestamente adolecía su plan de negocio, su falta de experiencia o incluso la política comercial que tenía intención de desarrollar en el BB, tampoco son pertinentes en el marco de la evaluación de las posibilidades de éxito del procedimiento de autorización ante la FMA.
- 120 Para empezar, los demandantes no han indicado si la FMA habría tenido en cuenta estos elementos en su evaluación, ni en qué medida.
- 121 Además, como ha subrayado la Comisión, mediante su argumentación basada en las supuestas carencias de que adolecía el plan de negocio del consorcio, su falta de experiencia o la política comercial que tenía intención de desarrollar en el BB, los demandantes expresan en realidad preocupaciones relativas al futuro empresarial del BB, es decir, de la entidad puesta en venta, y que son en principio ajenas a las que animan a un vendedor en una economía de mercado.
- 122 En último término, los demandantes sostienen, en lo sustancial, que se desprende de contactos informales con la FMA que, en caso de venta a GRAWE, podía contarse con una decisión de autorización en las semanas siguientes a la venta del BB, mientras que, en el caso de venta al consorcio, cabía esperar que el procedimiento de autorización durase seis meses, o incluso un año. Esta información fue supuestamente facilitada en una reunión de 31 de enero de 2006 y confirmada el 2 de marzo de 2006. Al haber sido, pues, informado de que el resultado del procedimiento de

autorización estaba totalmente abierto, el Land Burgenland «partió del principio de que la FMA no iba a autorizar, y probablemente no podía autorizar, la adquisición del banco por el consorcio», razón por la que decidió vender el BB a GRAWE.

123 Pues bien, como mencionó la Comisión en el considerando 127 de la Decisión impugnada, al indicar, de modo informal, que el resultado del procedimiento de autorización estaba abierto, la FMA no prejuzgó el resultado negativo o positivo de dicho procedimiento. La Comisión no se equivocó en cuanto al sentido de la información facilitada por las autoridades austriacas.

124 Por lo que respecta, en tercer lugar, a la toma en consideración de la duración probable del procedimiento de autorización ante la FMA, procede, con carácter preliminar, recordar que la Comisión consideró que la duración probablemente más larga del procedimiento ante la FMA no constituía un obstáculo para la venta del BB al consorcio.

125 A este respecto, la Comisión motivó su postura en los siguientes términos (véase el considerando 130 de la Decisión impugnada):

«Tampoco la duración del procedimiento de la FMA —menos de un mes en el caso de GRAWE, pero hasta un año en el caso del consorcio— es suficiente para excluir al consorcio como comprador. Austria ha planteado que el BB habría sufrido de la prolongada inseguridad, lo que en última instancia podría haber causado dificultades al banco. La Comisión no puede aceptar este argumento como principio ni en casos concretos. Básicamente se produciría una discriminación respecto a todos los licitadores de fuera de la Unión Europea y probablemente también respecto a los de otros Estados miembros, ya que este argumento podría aplicarse asimismo a cualquier licitador que la FMA no conociera en ese momento, a saber, cualquier empresa que no fuera austriaca. Por lo que respecta a este caso concreto, la Comisión constata que el BB no atravesaba dificultad alguna en el momento de la venta. Como la venta se arrastraba ya desde el año 2003, no se explica suficientemente la razón de tanta prisa. En este contexto, el argumento de que GRAWE había puesto un plazo a su oferta tampoco puede aceptarse, ya que habría abierto numerosas posibilidades de influir de forma discriminatoria en los procedimientos de licitación.»

126 Procede observar que la Comisión suscribió la valoración de las autoridades austriacas según la cual, en caso de adquisición del BB por el consorcio, era de esperar que el procedimiento de autorización pudiese durar hasta un año (aunque una duración de seis meses le parecía más probable), mientras que en caso de adquisición del BB por GRAWE, esa duración habría sido de tres meses (véase el considerando 130 de la Decisión impugnada).

127 En cambio, rehusó considerar que dicha circunstancia pudiese excluir al consorcio por dos razones: la primera, de carácter teórico, se refiere al riesgo de consagrar una discriminación contra todos los licitadores no austriacos; la segunda, relativa al caso de autos, se basa en la constatación de que el BB no atravesaba dificultades en el momento de la transmisión y por lo tanto no había ninguna urgencia particular en vender el BB a GRAWE.

128 Pues bien, como han señalado los demandantes, el primer motivo para excluir la consideración de la duración del procedimiento de autorización ante la FMA, a saber, el riesgo de originar una discriminación frente a los licitadores establecidos en otros países, ignora la distinción fundamental que debe establecerse, a efectos de determinar la existencia de una ventaja en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, entre las obligaciones que el Estado debe asumir en su condición de empresa que desarrolla una actividad económica y las obligaciones que pueden corresponderle como poder público (véase, en este sentido, la sentencia Ryanair/Comisión, citada en el apartado 50 *supra*, apartado 84).

- 129 En el caso de autos, si bien el Estado actúa en calidad de operador privado en economía de mercado al tomar la decisión de vender el BB, opera en virtud de sus prerrogativas de poder público cuando actúa como autoridad encargada de la evaluación prudencial de las adquisiciones y aumentos de participación en entidades del sector financiero. Así pues, no puede reprocharse al Land Burgenland el que la FMA indicase que, en el caso de GRAWE, que dicha autoridad ya conocía, podía adoptarse una resolución de autorización en el plazo de unas semanas, mientras que en el caso del consorcio, que la FMA no conocía —lo que implicaba una investigación más exhaustiva—, el procedimiento de autorización con vistas a la privatización del BB duraría probablemente varios meses.
- 130 Por lo tanto, la Comisión incurrió en un error al alegar, en apoyo de su negativa a considerar que la duración probablemente más larga del procedimiento de autorización ante la FMA en caso de venta al consorcio pudiese obstaculizar dicha venta, que existía un riesgo de quebrantamiento de la igualdad de trato entre licitadores. Hay, en efecto, una contradicción entre, por una parte, el hecho de examinar la actitud del Land Burgenland con arreglo al criterio del operador privado en una economía de mercado y, por otra parte, el de oponerle el riesgo de vulnerar el principio de no discriminación debido a la diferente duración del procedimiento de autorización en el caso de cesión del BB a GRAWE y en el caso de cesión al consorcio.
- 131 No obstante, este error únicamente podría invalidar la Decisión impugnada si la Comisión no hubiese expuesto ningún otro motivo válido en apoyo de su postura. En efecto, según una jurisprudencia consolidada, un motivo erróneo no puede justificar la anulación del acto si existen otros motivos que bastan para fundamentarlo (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de abril de 2011, Grecia/Comisión, C-321/09 P, no publicada en la Recopilación, apartado 61, y la jurisprudencia citada).
- 132 Pues bien, en lo que atañe al segundo motivo expuesto por la Comisión en este contexto, tomado del caso de autos y según el cual no había una especial urgencia que justificase vender el BB a GRAWE en lugar de al consorcio, no es censurable. Es cierto que, según se desprende de la exposición de los hechos, las gestiones realizadas por el Land Burgenland con vistas a la venta del BB databan de 2003 y que, como afirman los demandantes, precisamente porque el proceso de privatización del BB había sido particularmente largo y costoso, el Land Burgenland no quería perder otra oportunidad de vender el BB. Por ello, no puede excluirse que, dadas las dudas que albergaba en cuanto al resultado del procedimiento de autorización ante la FMA, el Land Burgenland prefiriese ceder el BB a GRAWE, cuya oferta era de duración limitada. Sin embargo, el Land Burgenland debería haber aportado además pruebas concretas para demostrar que la dilación del procedimiento ante la FMA en caso de cesión del BB al consorcio habría comprometido seriamente las posibilidades de su privatización, extremo que no ha quedado demostrado.
- 133 Se desprende de todas estas consideraciones que la Comisión no incurrió en un error manifiesto de apreciación al concluir que ni el resultado incierto ni la duración probablemente mayor del procedimiento ante la FMA —en el caso de que se hubiese decidido ceder el BB al consorcio— justificaban que se excluyese al consorcio como adquirente.
- 134 En cuarto lugar, en cuanto a la alegación de los demandantes de que la Comisión dio muestras de un excesivo rigor desde el punto de vista de la aplicación del criterio del inversor privado en una economía de mercado al exigir, en el caso de autos, «que la venta a la oferta más alta no fuera realizable» (véase el considerando 120 de la Decisión impugnada), tampoco puede aceptarse.
- 135 En efecto, una lectura de conjunto de la parte de la motivación de la Decisión impugnada que se refiere a la seguridad de la transacción pone claramente de manifiesto que la formulación utilizada obedece al empleo de una expresión excesiva, puesto que la Comisión se preocupó de examinar atentamente las alegaciones que las autoridades austriacas habían presentado para demostrar el carácter incierto y la longitud previsible del procedimiento de autorización ante la FMA. Por ello, la Comisión admitió claramente que quedaba «fuera de duda que un vendedor que act[uase] en una

economía de mercado no se decidiría por un comprador que con toda probabilidad no obtendría la necesaria autorización de la FMA (o de cualquier otra autoridad competente en el asunto)» (considerando 125 de la Decisión impugnada).

- 136 Por lo tanto, la Comisión no negó al Land Burgenland un «margen de previsión» en el caso de autos. Simplemente concluyó que no había nada que probase o que indicase que la FMA habría prohibido la cesión al consorcio (véase el considerando 133 de la Decisión impugnada).
- 137 Además, los demandantes no han demostrado cómo pudieron llegar a la conclusión de que existía una probabilidad del 50 % de que la venta del BB al consorcio no se materializase (y, *a sensu contrario*, del 50 % de que sí lo hiciese).
- 138 Por último, en cuanto al cumplimiento de la obligación de motivación en relación con la consideración del procedimiento de autorización ante la FMA, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, la motivación exigida por el artículo 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados así como el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (véase la sentencia Chronopost y La Poste/UFEX y otros, citada en el apartado 51 *supra*, apartado 88, y la jurisprudencia citada).
- 139 En el caso de autos, resulta obligado observar que los demandantes pudieron, habida cuenta de la exposición circunstanciada realizada en los considerandos 125 a 133 de la Decisión impugnada, entender el razonamiento que condujo a la Comisión a concluir que un vendedor que operase en una economía de mercado no habría excluido al consorcio como adquirente del BB basándose en las consecuencias del procedimiento de autorización ante la FMA. Por otra parte, como se desprende del examen del presente motivo, el Tribunal, basándose en esa misma exposición, ha estado en disposición de ejercer su control.
- 140 Habida cuenta del conjunto de las consideraciones anteriores, procede igualmente desestimar el tercer motivo.

Sobre el cuarto motivo, basado en la errónea aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, por cuanto el Land Burgenland estaba en su derecho de tener en cuenta los riesgos financieros derivados de la Ausfallhaftung

Alegaciones de las partes

- 141 Los demandantes estiman que, contrariamente a lo que afirma la Comisión, un vendedor privado habría tenido en cuenta necesariamente los riesgos derivados de la Ausfallhaftung. Según ellos, la distinción que la Comisión estableció entre vendedores públicos y vendedores privados es particularmente artificial y formalista, porque no ofrece una imagen realista del comportamiento de los operadores económicos en el mercado.
- 142 En primer lugar, alegan que si bien es cierto que en los asuntos Gröditzter Stahlwerke (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2003, Alemania/Comisión, C-334/99, Rec. p. I-1139, apartados 136 y siguientes), Stardust Marine (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de

2002, Francia/Comisión, C-482/99, Rec. p. I-4397) y BP Chemicals (sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 1998, BP Chemicals/Comisión, T-11/95, Rec. p. II-3235) se hace referencia a la cuestión de si el Estado había contraído obligaciones como accionista o como poder público, los hechos enjuiciados en dichos asuntos eran claramente distintos de los del caso de autos.

- 143 Los demandantes señalan que, en el caso de autos, el Land Burgenland no intervino ante el BB como poder público ni concedió la Ausfallhaftung en el marco de sus prerrogativas de poder público. Subrayan en particular que dicha garantía se basa en una disposición del Derecho privado austriaco, a saber, el artículo 1.356 del Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, relativo a la Ausfallbürgschaft (fianza en caso de impago). La Ausfallhaftung equivale a una «declaración de patronazgo de Derecho civil», distinta de las garantías de Estado concedidas por los Länder alemanes (Anstaltslast y Gewährträgerhaftung), mediante la cual el Land Burgenland mejora la situación económica del Banco y que no es sino reflejo de los intereses del Land como propietario. Según ellos, este análisis concuerda además con la jurisprudencia del Oberste Gerichtshof (Tribunal Supremo austriaco) que, en sentencia de 4 de abril de 2006, declaró que «la Ausfallhaftung cumple una función de sustitución de fondos propios» y «constituye, por ello, un instrumento de financiación de los fondos propios». El hecho de que el Land Burgenland se obligase en virtud de la Ausfallhaftung en el marco de una ley obedece a la necesidad de ofrecer una publicidad suficiente a esta obligación.
- 144 En segundo lugar, los demandantes exponen que la Comisión reconoció que la Ausfallhaftung concedida en favor de los bancos austriacos era una ayuda de Estado existente y, por tanto, legal hasta que finalizase el plazo de transición. Señalan que sus efectos deberían haberse tenido en cuenta en el marco de la apreciación de la privatización controvertida. Según ellos, el enfoque de la Comisión a este respecto es contradictorio y compromete las posibilidades que tiene un Land de privatizar un banco cuando no está en condiciones de minimizar, al mismo tiempo, el riesgo de verse obligado a intervenir como consecuencia de la Ausfallhaftung.
- 145 En tercer lugar, los demandantes estiman que la no consideración de la Ausfallhaftung no se expone de modo coherente en la Decisión impugnada. Según ellos, la Comisión no puede a la vez negarse a tener en cuenta las consecuencias de la Ausfallhaftung a la hora de examinar la decisión de ceder el BB a GRAWE y tener en cuenta la cantidad que debe pagarse en virtud de esa garantía al calcular el elemento de ayuda (véase el considerando 170 de la Decisión impugnada).
- 146 En cuarto lugar, los demandantes consideran que el enfoque de la Comisión constituye un obstáculo a la privatización y está en contradicción con la Decisión de 2004, que había supeditado la concesión de ayudas de reestructuración a la privatización del BB.
- 147 En quinto y último lugar, los demandantes subrayan que el Land Burgenland redujo significativamente los efectos distorsionadores de la competencia de la Ausfallhaftung al tomar la decisión de ceder el BB a GRAWE, empresa que se beneficia de una sólida calificación y que presenta un perfil de riesgo mínimo. Por otra parte, afirman que el Land Burgenland deseaba inscribir su acción en el marco de las medidas útiles que se habían acordado en relación con las ayudas de reestructuración que fueron objeto de la Decisión de 2004.
- 148 La Comisión se opone a todas estas alegaciones.

Apreciación del Tribunal

- 149 La Comisión describió en la Decisión impugnada (véase en particular la nota a pie de página nº 9, relativa al considerando 21) la Ausfallhaftung como un régimen de garantía legal que entraña la obligación de las autoridades estatales, en particular regionales, de intervenir en caso de insolvencia o de liquidación de la entidad de crédito. En virtud de esta garantía, los acreedores de las entidades de crédito pueden ejercer una acción directa frente a la autoridad pública garante en el supuesto de que

la entidad de crédito se encuentre inmersa en un procedimiento de liquidación o de insolvencia y los activos de dicha entidad no basten para satisfacer sus créditos. Esta descripción de la Ausfallhaftung no ha sido formalmente impugnada por los demandantes.

- 150 Resulta de la propuesta de la Comisión de medidas útiles relativas a la Ausfallhaftung que la República de Austria se había comprometido a suprimir esta garantía al término de un período transitorio. Concretamente, y como se desprende del apartado 3 de la presente sentencia, las obligaciones existentes a 2 de abril de 2003 quedan cubiertas por la Ausfallhaftung hasta la fecha de su vencimiento. Durante el período transitorio, que se extendía hasta el 1 de abril de 2007, a menos que las entidades financieras interesadas fuesen privatizadas con anterioridad, la Ausfallhaftung se mantenía para las nuevas obligaciones cuya fecha de vencimiento fuese anterior al 30 de septiembre de 2017.
- 151 Se deduce de lo anterior que, aun cuando el BB fuese privatizado, el Land Burgenland debería continuar garantizando, por una parte, las obligaciones contraídas por éste antes del 2 de abril de 2003 (y cualquiera que fuese la fecha de vencimiento de las mismas) y, por otra parte, las obligaciones contraídas durante el período transitorio (que expira en el momento de la privatización) cuyo vencimiento tuviese lugar antes del 30 de septiembre de 2017.
- 152 Desde esta perspectiva, los demandantes sostienen que la Comisión debía necesariamente tener en cuenta, en su evaluación de las ofertas de compra, la Ausfallhaftung, que, en el momento de la venta, cubría cerca de 3.100 millones de euros del pasivo del BB. Según ellos, como el Land Burgenland podía verse obligado a responder por las pérdidas del BB aun después de su privatización, tenía derecho a asegurarse que su adquirente presentase garantías de seriedad y solvencia suficientes, que fuesen más allá de la mera capacidad para pagar el precio de compra, con el fin de contrarrestar todo riesgo de liquidación o procedimiento concursal del BB. En definitiva, las autoridades austriacas afirmaron que la cesión del banco a GRAWE a un precio claramente inferior al propuesto por el consorcio estaba totalmente justificada por el menor riesgo de tener que responder de la obligación de garantía en virtud de la Ausfallhaftung.
- 153 Ahora bien, en opinión de la Comisión, la Ausfallhaftung, que se había calificado anteriormente como ayuda existente, no podía tenerse en cuenta cuando se trata, como en el caso de autos, de examinar una transacción determinada a la luz del principio del operador privado en economía de mercado. La razón expuesta reside en que, por definición, esa garantía, que fue calificada de ayuda, no es de las que concedería un vendedor privado. Por lo tanto, en la Decisión impugnada, la Comisión se negó a tener en cuenta la Ausfallhaftung en los siguientes términos:

«(135) En opinión de la Comisión, la “Ausfallhaftung” es un elemento que el Estado federado de Burgenland no debería haber tenido en cuenta. Si se hubiera tenido en cuenta la “Ausfallhaftung”, se hubieran mezclado, como ya se señaló en la Decisión de incoación, el papel del Estado federado de Burgenland como donante de ayuda estatal con el de vendedor del banco.

[...]

(137) [...] El punto de vista de Austria no se ve respaldado por ningún precedente en el que un inversor en una economía de mercado haya tenido en cuenta una garantía calificada de garantía estatal: y según se desprende de esta hipótesis, ningún inversor en una economía de mercado habría asumido una garantía que no hubiera correspondido al principio de un inversor en una economía de mercado, y la decisión de abolir la “Ausfallhaftung” confirma que la “Ausfallhaftung” no se concedió en condiciones de mercado. El Tribunal de Justicia ha sostenido que las garantías consideradas ayudas ilegales no podían tenerse en cuenta al calcular los posibles costes de liquidación. Esto no significa que, por el contrario, pueda tenerse en cuenta una ayuda existente. En opinión de la Comisión no es relevante que se trate de una

ayuda ilegal o existente. Siempre que la medida se haya clasificado como ayuda estatal, ningún vendedor en una economía de mercado la habría concedido y, por consiguiente, no habría tenido en cuenta tal medida.»

154 Esta postura de la Comisión debe ser aprobada.

155 En efecto, se desprende de la jurisprudencia que, al aplicar el criterio del inversor privado, procede establecer una distinción entre las obligaciones que el Estado debe asumir por su condición de accionista de una sociedad y las obligaciones que pueden corresponderle como poder público (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión, C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103, apartado 22).

156 Así, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 28 de enero de 2003, Alemania/Comisión (citada en el apartado 142 *supra*, apartados 133 a 141), el Tribunal de Justicia excluyó que diversos préstamos y garantías, que un inversor privado nunca hubiera concedido en las mismas condiciones y que debían calificarse de ayudas de Estado ilegales, pudiesen tomarse en consideración al examinar la cuestión de si la liquidación de Gröditzter Stahlwerke era más onerosa que su privatización a un precio negativo.

157 Los demandantes sostienen equivocadamente que dicho asunto no es pertinente, por referirse a una ayuda de Estado ilegal y no a una ayuda existente. En efecto, lo determinante a efectos de la aplicación del criterio del operador privado es saber si las medidas en cuestión son de las que habría podido conceder un operador privado en economía de mercado que, a más o menos largo plazo, pretendiese obtener beneficios. Por lo tanto, con independencia de la calificación que hubiese podido darse a las obligaciones controvertidas, la cuestión fundamental que se plantea es la de saber si dichas obligaciones son de las que podría haber contraído un operador privado en economía de mercado.

158 Por lo tanto, aun suponiendo que, pese al carácter obligatorio de la Decisión C(2003) 1329 final, las autoridades austriacas pudiesen impugnar, en el marco del presente procedimiento, la calificación de la Ausfallhaftung como ayuda de Estado, adoptada en esa misma Decisión, ha de concluirse que, habida cuenta de las características antes descritas del régimen instaurado por la Ausfallhaftung, ésta no fue contraída en las condiciones normales del mercado, y, por consiguiente, no puede tomarse en consideración al apreciar el comportamiento de las mencionadas autoridades a la luz del criterio del inversor privado en economía de mercado.

159 Habida cuenta de todas estas consideraciones, no puede reprocharse a la Comisión que rehusase tener en cuenta la Ausfallhaftung en el marco de la evaluación de las respectivas ofertas presentadas por el consorcio y por GRAWE para la adquisición del BB.

160 En consecuencia, procede desestimar el cuarto motivo.

Sobre el quinto motivo, basado en la errónea aplicación del principio del vendedor privado en una economía de mercado en el marco del examen subsidiario de los riesgos derivados de la Ausfallhaftung

161 Mediante el presente motivo, los demandantes afirman, en lo sustancial, que el examen, con carácter subsidiario, de los riesgos económicos asumidos por el Land Burgenland si se hubiese decidido vender el BB al consorcio es erróneo. Subrayan en particular que la apreciación de la magnitud de la pérdida de liquidez consecutiva a la aplicación de la Ausfallhaftung se basa en hipótesis erróneas y no está suficientemente motivada. Por otra parte, señalan que la Comisión se equivocó al no tener en cuenta, en el escenario de liquidación del BB, un informe pericial independiente del que el Land Burgenland no podía sino fiarse.

162 Es preciso recordar que la Comisión examinó, a mayor abundamiento, las alegaciones de los demandantes en relación con la toma en consideración de la Ausfallhaftung (véanse los considerandos 144 a 157 de la Decisión impugnada). Al término de ese examen, llegó a la conclusión de que la oferta de GRAWE, aun cuando se secundase el punto de vista de la República de Austria y se tomase en consideración la Ausfallhaftung, no era la mejor.

163 Pues bien, comoquiera que ha de confirmarse la alegación principal expuesta por la Comisión, a saber, la que conduce a la conclusión de que la Ausfallhaftung no podía tenerse en cuenta al evaluar las ofertas de compra del BB (véase el cuarto motivo), no procede examinar el fundamento del presente motivo, que se dirige únicamente contra la argumentación expuesta con carácter subsidiario y que, por definición, no puede desvirtuar la solución adoptada en definitiva por la Comisión. En efecto, según una jurisprudencia consolidada, un motivo erróneo no puede justificar la anulación del acto viciado por ese error si dicho motivo es de carácter redundante y existen otros motivos que bastan para fundamentarlo (véase la sentencia Grecia/Comisión, citada en el apartado 131 *supra*, apartado 61, y la jurisprudencia citada).

164 Por consiguiente, el presente motivo debe declararse inoperante.

Sobre el octavo motivo, basado en la errónea apreciación de la emisión de empréstitos en el marco de la Ausfallhaftung

Alegaciones de las partes

165 Los demandantes sostienen que la Comisión concluyó equivocadamente que, debido a la emisión, la víspera del cierre de la venta, de empréstitos adicionales por importe de 380 millones de euros a favor de GRAWE, ésta gozó de una ventaja. Según ellos, la Comisión pasó por alto que, según se desprende de diversos testimonios y del calendario de emisiones de títulos comunicado por las autoridades austriacas, las nuevas emisiones de títulos fueron anunciadas a los dos licitadores y les beneficiaron en la misma medida. Añaden que la Comisión no comparó la respectiva ventaja que ambos licitadores habrían podido obtener de las nuevas emisiones de títulos, dado su perfil de riesgo y su distinta calificación. Alegan, en particular que, dado que GRAWE gozaba de una muy buena calificación, la ventaja derivada de la Ausfallhaftung habría sido en su caso muy reducida. El consorcio, por su parte, se habría aprovechado masivamente de ella, lo que habría compensado con creces el precio de compra. Afirman que la Comisión no lo tuvo en cuenta en absoluto al comparar los dos precios de compra ofrecidos, lo que constituye un error manifiesto de apreciación al determinar los hechos.

166 Además, los demandantes estiman que, aun suponiendo que la emisión de empréstitos adicionales por importe de 380 millones de euros únicamente se hubiese prometido a GRAWE, la ventaja que se habría derivado para ésta sería escasa, habida cuenta de su excelente perfil de riesgo.

167 La Comisión rechaza todas estas alegaciones.

Apreciación del Tribunal

168 Interesa recordar que la Comisión concluyó, en el considerando 171 de la Decisión impugnada, lo siguiente:

«La emisión de empréstitos adicionales por un importe de 380 millones EUR en el marco de la garantía estatal no se mencionó en la “process letter” ni en el proyecto de contrato con GRAWE. La Comisión opina que este acuerdo ha desempeñado un papel de considerable importancia en el proceso de venta y debería haberse mencionado en el proyecto de contrato con el consorcio. Además el consorcio confirmó que no había tenido en cuenta en su oferta la emisión de empréstitos

adicionales. Por esta razón la Comisión considera que la ventaja concedida a GRAWE por la ventajosa situación de refinanciación gracias a los 380 millones adicionales requiere un ajuste que incremente la diferencia entre la oferta del consorcio y el precio de venta real. La base para el cálculo son los intereses pagados por el BB por los empréstitos adicionales por un valor de 380 millones EUR comparados con los costes de refinanciación del BB tras el cierre de la venta.»

- 169 Es a estas conclusiones a las que se refieren los demandantes en el marco del presente motivo. Alegan, sustancialmente, que el ajuste al alza del valor total de la ventaja obtenida por GRAWE como consecuencia de la emisión de empréstitos adicionales por importe de 380 millones de euros obvia el hecho de que esa emisión de títulos también habría beneficiado al consorcio.
- 170 Pues bien, aunque según se desprende de los considerandos 148 y 171 de la Decisión impugnada, la Comisión no se negó a integrar esa emisión de empréstitos adicionales en el escenario de liquidación, examinado con carácter subsidiario, que propusieron las autoridades austriacas en caso de cesión al consorcio, se limitó a indicar, al evaluar el importe de la ventaja concedida a GRAWE, concretamente, que la oferta presentada por el consorcio no tenía en cuenta la emisión de empréstitos adicionales. En este contexto, la Comisión tuvo en cuenta, por una parte, que la emisión de empréstitos adicionales por valor de 380 millones de euros no se mencionaba ni en la «process letter» ni en el proyecto de contrato con el consorcio, y, por otra parte, que éste había confirmado que, efectivamente, no tomó en consideración dicha emisión.
- 171 La alegación de los demandantes según la cual, aun suponiendo que la emisión de empréstitos adicionales únicamente se ofreciera a GRAWE, ésta no gozó de ninguna ventaja añadida, dada su calificación financiera más alta y su perfil de riesgo más favorable que los del consorcio, no se apoya en ninguna explicación convincente y, por ese solo motivo, debe desestimarse.
- 172 Suponiendo que los demandantes pretendan en realidad invocar, en el presente motivo, el riesgo económico asumido por el Land Burgenland en virtud de la Ausfallhaftung, debe recordarse que, como se desprende del examen del cuarto motivo (véase el apartado 158), esa garantía no es un elemento que deba tenerse en cuenta al apreciar la medida controvertida a la luz del criterio del inversor privado en economía de mercado. Además, y como ha subrayado la Comisión, al evaluar el importe de la ayuda lo importante no era determinar cuál habría sido la hipotética ventaja de que habría gozado el BB en el caso de ser adquirido por el consorcio, sino más bien saber cuál era la ventaja concreta y objetivamente concedida a GRAWE.
- 173 Así pues, procede desestimar el octavo motivo.

Sobre el noveno motivo, basado en la errónea aplicación en varios aspectos del artículo 87 CE, apartado 1, al determinar el elemento de ayuda

Alegaciones de las partes

- 174 Los demandantes reprochan a la Comisión que llegase a la conclusión de que existía una ayuda sin determinar con certeza que GRAWE había resultado favorecida. Afirman que ello constituye una aplicación errónea del artículo 87 CE, apartado 1, puesto que la Comisión no establece una distinción suficiente entre la existencia de una ayuda y la importancia del elemento de ayuda. Reprochan asimismo a la Comisión que no tomase en consideración, en el apartado 156 de la Decisión impugnada, el riesgo de impago del precio por el consorcio a la hora de comparar su oferta con la de GRAWE, lo que según ellos constituye un error manifiesto en la determinación de los hechos. Por último, reprochan a la Comisión que exigiese, en el considerando 174, segunda frase, de la Decisión impugnada, la toma en consideración de la ventaja que podía obtenerse de la imputación fiscal diferida de las pérdidas, mientras que las ventajas fiscales de la transacción para el consorcio no se examinaron.

175 La Comisión cuestiona el fundamento de las alegaciones de los demandantes.

Apreciación del Tribunal

- 176 Mediante su argumentación, los demandantes reprochan a la Comisión que llegase a la conclusión de que existía una ventaja sin asegurarse siquiera de que los ajustes evocados en los considerandos 167 a 174 de la Decisión impugnada, destinados a tener en cuenta las diferencias entre las dos ofertas presentadas y la ventaja adicional que obtuvo GRAWE de la emisión de empréstitos adicionales por importe de 380 millones de euros, conducirían a la conclusión de que existía una ayuda negativa.
- 177 Pues bien, si se excluye el razonamiento subsidiario expuesto con respecto al escenario de liquidación y si se tiene en cuenta que la Comisión no incurrió en un error manifiesto de apreciación al estimar que únicamente debía tomarse en consideración la ventaja adicional que GRAWE había obtenido de la emisión adicional de empréstitos por importe de 380 millones de euros (véanse los apartados 168 a 171), los demandantes no han podido demostrar que los referidos ajustes conducirían a neutralizar la ventaja económica que GRAWE obtuvo a través de la privatización del BB.
- 178 En efecto, el importe de partida de la ayuda que ha de ser recuperada resulta en principio de la diferencia de 54,7 millones de euros entre la oferta de precio del consorcio y el precio de compra efectivamente pagado por GRAWE, importe que debe ajustarse en función de las diferencias en los parámetros que, en concreto, tuvieron en cuenta respectivamente GRAWE y el consorcio al presentar sus ofertas de adquisición del BB. La Decisión impugnada únicamente contempla, sin embargo, dos tipos de ajustes a la baja, a saber, el de 2,1 millones de euros que resulta de la diferencia en el importe de la compensación por reembolso anticipado (véase el considerando 168 de la Decisión impugnada) y el de importe por definir que corresponde a la transmisión al Land Burgenland de cuatro empresas inmobiliarias (véanse los considerandos 18 y 172 de la Decisión impugnada).
- 179 En conclusión, el noveno motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.
- 180 Resulta de todo lo anterior que los presentes recursos deben ser desestimados.

Costas

- 181 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimados los motivos de la República de Austria y del Land Burgenland, procede condenarlos en costas, de conformidad con lo solicitado por la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

decide:

- 1) **Desestimar los recursos.**
- 2) **Condenar en costas a la República de Austria y al Land Burgenland.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Fragoso

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 28 de febrero de 2012.

Firmas