



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
de 23 de mayo de 2012¹

Asunto C-159/11

Azienda Sanitaria Locale di Lecce
contra
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce,
Consiglio Nazionale degli Ingegneri,
Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione
Tecnico-economica (OICE),
Etacons srl,
Ing. Vito Prato Engineering srl,
Barletti — Del Grosso e Associati srl,
Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce,
Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia)]

«Contratación pública — Asociación público-pública — Directiva 2004/18/CE — Omisión del procedimiento público de adjudicación — Prestación de un servicio consistente en el estudio y la evaluación de la vulnerabilidad sísmica de determinados hospitales — Contratos celebrados entre un poder adjudicador y una universidad pública — Contratos a título oneroso en que la contraprestación se limita a los costes soportados — Condición de operador económico»

I. Introducción

1. En el presente procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, el Consiglio di Stato (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») plantea al Tribunal de Justicia una cuestión relativa a la interpretación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.²

2. La petición de decisión prejudicial se ha formulado en el marco de un procedimiento entre la Azienda Sanitaria Locale di Lecce (en lo sucesivo, «ASL de Lecce») y una serie de asociaciones de ingenieros y arquitectos en relación con un convenio celebrado entre la ASL de Lecce y la Università del Salento (en lo sucesivo, «Universidad») para la realización, a título oneroso, de actividades de estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de los hospitales de la provincia de Lecce. Las citadas asociaciones de ingenieros y arquitectos, que no intervinieron en dicho proyecto, reprochan a

1 — Lengua original: alemán.

2 — DO L 134, p. 114.

la ASL de Lecce haber adjudicado el contrato a la Universidad sin recurrir a un procedimiento público de adjudicación y, por tanto, de forma ilícita. La ASL de Lecce, en cambio, alega que el convenio se enmarca en el ámbito de la cooperación y coordinación entre organismos públicos, pues se celebró para alcanzar un objetivo de interés general.

3. Con el presente asunto se brinda al Tribunal de Justicia una vez más la ocasión de desarrollar su jurisprudencia en materia de contratación pública. Partiendo de su sentencia Comisión/Alemania,³ el Tribunal de Justicia debe decidir si está justificada la aplicación de la normativa sobre contratación pública en una situación como la del procedimiento principal, en que una universidad pública es contratada por un organismo público para una actividad de asesoramiento. A este respecto deben tenerse en cuenta diversos aspectos, como por ejemplo la facultad de la universidad para actuar como operador económico y que la contraprestación recibida cubra los costes.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. El artículo 1, apartados 2, 8 y 9 de la Directiva 2004/18 establecen:

«2.

- a) Son “contratos públicos” los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.[...]
- d) Son “contratos públicos de servicios” los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.

[...]

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

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

[...]

9. Son considerados “poderes adjudicadores”: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado “organismo de Derecho público” cualquier organismo:

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

3 — Sentencia de 9 de junio de 2009 (C-480/06, Rec. p. I-4747).

- b) dotado de personalidad jurídica, y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

[...]»

5. Con arreglo al artículo 7, la Directiva es de aplicación a los contratos públicos cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA»), sea igual o superior a un umbral de 206.000 euros, cuando se trate de contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores distintos de los contemplados en el anexo IV. Con arreglo al artículo 9 de la Directiva, el cálculo del valor estimado de un contrato público deberá basarse en el importe total, sin incluir el IVA, pagadero según las estimaciones del poder adjudicador. En este cálculo se tendrá en cuenta el importe total estimado, incluida cualquier forma de opción eventual, y las eventuales prórrogas del contrato.

6. Con arreglo al artículo 16, letra f), de la Directiva, ésta se ha de aplicar a los contratos públicos de servicios relativos a servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio.

7. Con arreglo al artículo 20 de la Directiva, los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II A se adjudicarán con arreglo a los artículos 23 a 55. El artículo 28 dispone que, para adjudicar sus contratos públicos, los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos nacionales, adaptados a efectos de la presente Directiva. El anexo II A contiene, entre otras, una relación de las siguientes categorías de servicios: «servicios de investigación y desarrollo» (categoría 8) y «servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos» (categoría 12).

B. *Derecho nacional*

8. El artículo 15, apartado 1, de la Ley n° 241, de 7 de agosto de 1990, por la que se introducen nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y del derecho de acceso a los documentos administrativos (nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi),⁴ dispone que las administraciones públicas podrán celebrar acuerdos entre sí en todo momento para regular el ejercicio de actividades de interés general en régimen de colaboración.

9. El artículo 66 del Decreto del Presidente della Repubblica n° 382/1980 establece:

«Las Universidades podrán llevar a cabo actividades de investigación y consultoría en virtud de contratos o convenios celebrados con entidades públicas y privadas, siempre que dichas actividades no obstaculicen el desarrollo de su función científico-didáctica. La ejecución de tales contratos y convenios se encomendará, por norma general, a los departamentos o, cuando no se hubieran constituido, a los establecimientos o a las clínicas universitarias o a determinados profesores a tiempo completo.

4 — GURI n° 192, de 18 de agosto de 1990.

Los ingresos derivados de las prestaciones realizadas en virtud de los contratos y convenios mencionados en el apartado anterior se distribuirán con arreglo a lo previsto en un reglamento.

[...]

El personal docente y no docente que colabore en dichas prestaciones podrá ser recompensado con un importe anual total no superior al 30 % de su retribución total. En cualquier caso, las cantidades así abonadas al personal no podrán superar el 50 % de los ingresos totales derivados de las prestaciones.

El reglamento mencionado en el párrafo segundo establecerá la cantidad que se destinará a los gastos generales soportados por la Universidad y los criterios de reparto entre el personal del importe previsto en el tercer párrafo.

[...]

Los ingresos derivados de la actividad mencionada en el párrafo anterior constituyen ingresos del presupuesto de la Universidad.»

10. De la resolución de remisión se desprende que, con arreglo a las disposiciones específicas que rigen su actividad, las universidades son los centros principales de investigación científica.

III. Hechos, proceso principal y cuestión prejudicial

11. Mediante el pliego de condiciones aprobado por el Director General de la ASL de Lecce por resolución de 7 de octubre de 2009 y el posterior convenio denominado «contrato de consultoría» se concluyó un acuerdo escrito entre la citada ASL de Lecce y la Universidad. El objeto de dicho acuerdo era la realización, a título oneroso, del estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias de la provincia de Lecce, a la luz de las recientes normas nacionales promulgadas en materia de seguridad de las instalaciones, especialmente de los edificios estratégicos.

12. En el pliego de condiciones se especificaban las prestaciones que debían realizarse del siguiente modo:

- determinación del tipo de estructura, de los materiales utilizados en la construcción y de los métodos de cálculo aplicados; breve comprobación del estado de hecho con respecto a la documentación del proyecto facilitada;
- comprobaciones sobre la adecuación de la estructura, breve análisis de la respuesta sísmica global del edificio, eventuales análisis locales sobre elementos o subsistemas estructurales significativos para determinar la respuesta sísmica global;
- elaboración de los resultados de lo previsto en el guión anterior y redacción de fichas técnicas de diagnóstico estructural; en particular, informes sobre el tipo de estructura observada, sobre los materiales y sobre el estado de conservación de la estructura, con especial referencia a los aspectos que inciden en mayor medida en la respuesta estructural en relación con el riesgo sísmico de la ubicación de la instalación; fichas técnicas de clasificación de la vulnerabilidad sísmica de los hospitales; informes técnicos sobre los elementos o subsistemas estructurales considerados críticos en relación con la evaluación de la vulnerabilidad sísmica; sugerencias preliminares y breve descripción de las obras de adaptación o mejora sísmica que pueden realizarse, con especial referencia a las ventajas y límites de las distintas tecnologías posibles, en términos técnico-económicos.

13. En virtud del contrato de consultoría, la actividad debía desarrollarse en estrecha colaboración entre el grupo de trabajo creado por la ASL de Lecce y el grupo de trabajo universitario, eventualmente con la ayuda de personal externo altamente cualificado; la responsabilidad científica recaería en dos personas designadas por la parte que ordenó el encargo y por el Departamento de la Universidad, respectivamente; la titularidad de los resultados de la actividad de análisis correspondía a la ASL de Lecce si bien con la obligación, en caso de publicación de los resultados en el ámbito técnico-científico, de citar expresamente al Departamento. Por todos los servicios, la ASL de Lecce abonaría a la Universidad la cantidad de 200.000 euros, sin IVA, pagadera en cinco pagos parciales. En caso de resolución anticipada del contrato, la Universidad tendría derecho a un importe en función del volumen del trabajo hasta entonces realizado y los costes soportados.

14. En virtud de tres recursos presentados por el Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, la Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consulenza Tecnico-economica (OICE) —junto con las sociedades Etacons Srl, Vito Prato Engineering Srl, Barletti-del Grosso & Associati Srl— y el Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce, respectivamente, el TAR de Puglia declaró ilegal la adjudicación directa a la Universidad del encargo antes citado por no haber seguido los procedimientos de licitación pública.

15. Contra las correspondientes sentencias, la ASL de Lecce y la Universidad interpusieron recursos de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente. Éste, en su resolución de remisión, expone reservas en el sentido de que la Directiva 2004/18 podría oponerse a la celebración de un contrato como el controvertido. Por ese motivo, se pregunta si el acuerdo controvertido cumple los requisitos jurídicos que se imponen a una asociación público-pública, desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Afirma que, aunque existen razones para creer que es así, no es posible afirmarlo con certeza, ya que otros aspectos indican lo contrario. Puesto que, en su opinión, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se pueden extraer orientaciones interpretativas relevantes, el Consiglio di Stato ha suspendido el procedimiento y ha remitido al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

La Directiva 2004/18, y en particular, el artículo 1, apartado 2, letras a) y d), el artículo 2, el artículo 28 y el anexo II, categorías 8 y 12, ¿se oponen a una normativa nacional que permite la celebración de acuerdos por escrito entre dos Administraciones adjudicadoras para el estudio y la evaluación de la vulnerabilidad sísmica de establecimientos hospitalarios que se realizarán a la luz de la legislación nacional en materia de seguridad de las instalaciones y en particular de los edificios estratégicos, a cambio de una contraprestación no superior a los costes soportados para la ejecución de la prestación, cuando la Administración ejecutante pueda presentar la condición de operador económico?

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

16. La resolución de remisión de 9 de noviembre de 2010 se recibió en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2011.

17. Han presentado alegaciones por escrito la ASL de Lecce, la Universidad, el Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI), la Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consulazione Tecnico-economica (OICE), el Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC), los Gobiernos italiano, checo, polaco y sueco y la Comisión Europea, dentro del plazo establecido por el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

18. En la vista celebrada el 27 de marzo de 2012 comparecieron para formular alegaciones los representantes de la ASL de Lecce, de la Universidad, de CNI, de OICE, de CNAPPC, de los Gobiernos italiano, polaco y sueco y de la Comisión.

V. Alegaciones esenciales de las partes

19. A las alegaciones de las partes del procedimiento haré referencia, cuando sea necesario, a lo largo de mi argumentación.

VI. Apreciación jurídica

A. Consideraciones generales

20. Según los términos de la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si las disposiciones nacionales vigentes pueden calificarse como compatibles con la Directiva 2004/18 en la medida en que permiten la celebración de acuerdos como el descrito en la cuestión prejudicial. Sin embargo, si se considera en todo su contexto el problema jurídico que subyace al presente asunto, habrá que reconocer que la cuestión de fondo de la que primordialmente se ha de ocupar el Tribunal de Justicia se refiere a la compatibilidad del acuerdo controvertido con la Directiva 2004/18. Para poder ofrecer al órgano jurisdiccional remitente una respuesta que resulte de utilidad en la resolución del litigio principal, parece razonable desplazar el centro del análisis a este otro aspecto. Por eso, en mi examen de la cuestión voy a analizar si en el caso de autos se han incumplido las exigencias de la Directiva 2004/18. A tal fin, no considero necesario reformular la cuestión prejudicial, pues la apreciación de una eventual infracción aclarará indirectamente si el Derecho nacional vigente es conforme con el Derecho de la Unión. En caso de que, a raíz del análisis, se llegue a la conclusión de que el acuerdo controvertido no satisface lo dispuesto en la Directiva 2004/18, la actual legislación italiana tampoco podrá considerarse compatible con el Derecho de la Unión.

21. La Directiva 2004/18 se opondría a un acuerdo como el celebrado entre la ASL de Lecce y la Universidad si el contrato referente a la realización de actividades de investigación y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de determinados hospitales constituyese, con arreglo al Derecho de la Unión, una operación sujeta a contratación pública, pues en el caso de autos no se convocó ninguna licitación. Como se deduce de la resolución de remisión, en lugar de eso se adjudicó el contrato directamente a la Universidad. Si se confirmase la existencia de una operación sujeta a contratación pública, habría que analizar a continuación si, en su caso, se puede aplicar una excepción que justifique que se prescindiera de la licitación pública, debiendo considerarse en el caso de autos tanto las excepciones codificadas en la propia Directiva 2004/18 como el instituto jurídico desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la asociación entre organismos públicos para cumplir una misión de interés general.

B. Aplicabilidad de la Directiva 2004/18

22. Esto, en cualquier caso, requiere previamente que el acuerdo controvertido esté comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, lo cual constituye el primer punto del examen, al que me dedicaré a continuación.

1. Existencia de un contrato público

a) Prestación de servicios

23. Para que la Directiva pueda considerarse aplicable desde el punto de vista material debe existir un «contrato público». El acuerdo controvertido podría clasificarse en alguno de los tipos de contrato público enumerados en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva. A mi parecer, en vista de la información disponible sobre los hechos, cabría calificar dicho acuerdo de «contrato público de

servicios» en el sentido de la definición legal contenida en el artículo 1, apartado 2, letra d). En él se definen los contratos públicos de servicios como los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II. Atendiendo a su objeto, los servicios que conforme al acuerdo debe prestar la Universidad se corresponden con el tipo relacionado en la categoría 12 del anexo II A («servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos»). En efecto, se trata de complejos trabajos técnicos que tienen por objeto tanto comprobar la adecuación de la estructura como el riesgo sísmico de los edificios. Guardan una evidente relación con la arquitectura y prevén una amplia actividad de asesoramiento en ese campo por parte del correspondiente personal cualificado de la Universidad.

b) Contrato entre un poder adjudicador y un operador económico

24. Además, la definición de «contrato público de servicios», que se basa en el concepto de contrato público del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva, requiere un contrato por escrito entre un poder adjudicador y un operador económico.

25. La exigencia legal de forma escrita se cumple, ya que el «contrato de consultoría» celebrado el 29 de octubre de 2009 se plasmó por escrito.

26. Con arreglo al artículo 1, apartado 9, de la Directiva, son considerados «poderes adjudicadores» el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público. En su condición de parte de la Administración pública, la ASL de Lecce cumple los requisitos para ser calificada de poder adjudicador en el sentido de la Directiva.

27. Por lo que respecta a una eventual clasificación de la Universidad como «operador económico», cabe señalar que este concepto, con arreglo al artículo 1, apartado 8, de la Directiva, también comprende a los «prestadores de servicios». Por éstos se ha de entender «toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrezca [...] la realización de [...] servicios en el mercado». La propia Università del Salento, tal como se deduce de sus observaciones escritas,⁵ es pública. A este respecto, resulta significativa la disposición del artículo 66 del Decreto del Presidente de la República n° 382/1980, pues faculta a las universidades para celebrar contratos y acuerdos con instituciones públicas y privadas con el fin de ejercer actividades de investigación y consultoría. De ahí se desprende que el Derecho nacional permite a las universidades actuar no sólo como centros de enseñanza e investigación, sino también como operadores económicos en el sentido de la definición antes citada.

28. En este punto procede remitirse a la sentencia CoNISMa,⁶ en que el Tribunal de Justicia confirmó que las universidades, como operadores económicos, también pueden participar en licitaciones. El Tribunal de Justicia declaró que la condición de operador económico no está reservada necesariamente a operadores dotados de una organización empresarial.⁷ Por el contrario, puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que sea apta para garantizar la ejecución del contrato público, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional, o si está o no subvencionada con fondos públicos.⁸ Asimismo, el Tribunal de Justicia declaró que una interpretación restrictiva del concepto de «operador económico» tendría como consecuencia que los contratos

5 — Página 2 del escrito de la Universidad.

6 — Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (C-305/08, Rec. p. I-12129).

7 — *Ibid.*, apartado 35.

8 — *Ibid.*, apartado 42.

celebrados entre entidades adjudicadoras y organismos que no actúan principalmente con ánimo de lucro no serían considerados «contratos públicos», que podrían adjudicarse de común acuerdo y eludirían de este modo las normas de la Unión en materia de igualdad de trato y de transparencia, contrariamente a la finalidad de dichas normas.

29. En consecuencia, el acuerdo celebrado entre la ASL de Lecce y la Universidad debe considerarse como un contrato escrito entre un poder adjudicador y un operador económico.

c) Naturaleza onerosa del servicio

30. Otro requisito para la calificación de un acuerdo como «contrato público» a los efectos del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva es su carácter oneroso. El concepto de «carácter oneroso» requiere que a la prestación del servicio por el licitador se contraponga también una obligación de remuneración por el poder adjudicador. Además de a la intervención de dos personas, con esto se hace referencia a la reciprocidad en forma de intercambio material de prestaciones. Esta reciprocidad de la relación contractual es necesaria para que exista una operación sujeta a contratación pública.

31. Es cierto que en el caso de autos, conforme al acuerdo controvertido, la ASL de Lecce contrajo una obligación de remuneración frente a la Universidad. Sin embargo, se da aquí la particularidad de que la contraprestación comprometida estaba establecida de manera que no excediese los costes soportados. Ante este hecho se plantea la cuestión de si las remuneraciones destinadas a cubrir costes también satisfacen el concepto de «carácter oneroso». A mi parecer, existen ciertos argumentos favorables a una interpretación amplia de este término, en el sentido de que se ha de considerar comprendido todo tipo de remuneración que pueda tener un valor en dinero.

32. Como acertadamente expuso el órgano jurisdiccional remitente en su resolución de remisión,⁹ la sola falta de beneficio no convierte en gratuito el acuerdo contractual. Éste sigue siendo a título oneroso desde el punto de vista económico, pues el destinatario sí recibe una prestación de carácter pecuniario,¹⁰ por lo que en principio puede estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18. Al margen de esto, se puede sostener que sólo una interpretación amplia del concepto de «carácter oneroso» satisface el objetivo de las directivas sobre contratación pública, que consiste en permitir una auténtica competencia en el mercado.¹¹ Sólo así se puede garantizar la eficacia práctica de dichas directivas y evitar la elusión de la normativa sobre contratación pública mediante el pacto de formas distintas de remuneración en que no sea evidente la finalidad de obtención de beneficios, por ejemplo, mediante operaciones de permuta o mediante la renuncia a créditos recíprocos existentes entre las partes contratantes.¹²

33. Esta interpretación del concepto de remuneración es también coherente con la amplia definición de remuneración que hace el Tribunal de Justicia en cuanto a la libre prestación de servicios del artículo 56 TFUE.¹³ Habida cuenta de que la Directiva 2004/18, en vista de su fundamento jurídico en el artículo 95 CE (actualmente artículo 114 TFUE), persigue la realización de las libertades fundamentales en el mercado interior, como se pone de manifiesto en su segundo considerando,

9 — Véase la página 22, apartado 34, de la resolución de remisión.

10 — Véase Hailbronner, K., *Das Recht der Europäischen Union* (coord. Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), parte B5, marg. 24, p. 4, a cuyo parecer la característica de la onerosidad en principio se puede apreciar en cualquier ventaja con valor pecuniario. En sentido similar, Eisner, C., «Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (Teil 1)», *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, p. 190, según el cual la operación de que se trate se ha de valorar a la luz de las disposiciones sobre contratación pública siempre que se acuerde efectivamente una remuneración por la prestación de un servicio.

11 — Véase Frenz, W., *Handbuch Europarecht*, vol. 3 (Beihilfe- und Vergaberecht), Heidelberg 2007, p. 617, marg. 2012.

12 — *Ibid.*

13 — Véase la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Humbel y Edel (263/86, Rec. p. 5365), apartado 18. Budischowsky, J., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (coord. Heinz Mayer), Viena 2003, artículo 49 CE, marg. 8. p. 5, considera que si la contraprestación cubre los costes ya cumple el requisito de onerosidad.

parece coherente una interpretación amplia del concepto de «carácter oneroso». Por lo tanto, de conformidad con esta amplia interpretación no se puede exigir necesariamente que el prestador de servicios persiga la obtención de beneficios: para que se cumpla el requisito relativo al carácter oneroso debe bastar con que el prestador de servicios perciba simplemente una remuneración que cubra los costes en forma de compensación de gastos. En consecuencia, el concepto de remuneración debe comprender también las meras compensaciones.¹⁴

34. En definitiva, el acuerdo controvertido es de carácter oneroso, y en el caso de autos estamos ante un «contrato público de servicios» en el sentido definido por el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva.

2. Superación del umbral aplicable

a) ¿Se alcanza el umbral aplicable?

35. Las directivas sobre contratación pública, con sus estrictas exigencias de procedimiento, no son aplicables a todo contrato, por pequeño que sea, sino que, para someterse a las normas de adjudicación, el contravalor dinerario de cada contrato debe alcanzar un determinado umbral. Por criterios de proporcionalidad, los procedimientos de adjudicación, a veces muy costosos, no se pueden aplicar a cualquier contrato de pequeña cuantía. Además, cuando el importe del contrato es reducido, difícilmente se puede hablar de un interés comercial transfronterizo serio.

36. Por lo tanto, con el valor límite se divide la normativa sobre contratación pública en dos clases: por encima del umbral se han de observar las disposiciones específicas de las directivas, y por debajo de él solamente es aplicable la normativa primaria de la Unión en materia de contratación pública, con los principios no escritos que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta división se manifiesta relevante en el presente asunto porque el valor límite en el caso de autos posiblemente no se haya alcanzado, y esto es algo que procede examinar en detalle.

37. Con arreglo al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2004/18, el cálculo del valor estimado de un contrato público deberá basarse en el importe total, sin incluir el IVA, pagadero según las estimaciones del poder adjudicador. En el cálculo se tendrá en cuenta el importe total estimado, incluida cualquier forma de opción eventual, y las eventuales prórrogas del contrato. De los autos se desprende que la ASL de Lecce se comprometió al pago de una remuneración de 200.000 euros sin IVA. Si se parte de este importe como valor estimado de los servicios pactados en el contrato, se ha de concluir que queda por debajo del límite de 206.000 euros establecido en el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18 en su versión vigente en el momento de celebración del acuerdo controvertido, el 29 de octubre de 2009. En consecuencia, la compatibilidad del acuerdo controvertido con la normativa de la Unión en materia de contratación pública no se habría de valorar a la luz de la Directiva 2004/18, sino que habría que atender únicamente al Derecho primario, principalmente a las disposiciones sobre las libertades fundamentales.

38. Por otro lado, como la Comisión señala en sus observaciones escritas,¹⁵ no se puede pasar por alto que el umbral se redujo poco tiempo después a 193.000 euros, mediante el Reglamento (CE) n° 1177/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, con efectos a partir del 1 de enero de 2010.¹⁶ Así, el valor estimado de los servicios quedaría por encima del nuevo umbral. Esto lleva a

14 — Véase Frenz, W., *loc. cit.* (nota 11), p. 618, marg. 2013.

15 — Véase la nota 22 del escrito de la Comisión.

16 — Reglamento de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (DO L 314, p. 64).

preguntarse cuál es el valor límite aplicable al caso de autos, lo que depende a su vez de la cuestión de cuál es la versión de la Directiva 2004/18 aplicable en este caso. Para poder responder se ha de aclarar cuál es el momento determinante para la aplicabilidad de una directiva sobre contratación pública.

39. La Directiva 2004/18 contiene una serie de disposiciones que pretenden ayudar a quienes deben aplicarla a establecer el momento determinante para el cálculo del importe del contrato. Por ejemplo, el artículo 9, apartado 2, de la Directiva dispone que el momento determinante para el cálculo ha de ser el momento del envío del anuncio de licitación o, si éste no es necesario, el momento en que se inicie el procedimiento. Por lo tanto, sería concebible tener como base dichas disposiciones para determinar la aplicabilidad temporal de la versión pertinente de la Directiva 2004/18. Sin embargo, se ha de señalar que en ellas se parte de que el procedimiento de licitación haya tenido lugar efectivamente, sin indicar cómo proceder cuando (como en el caso de autos) se haya omitido la licitación, por la causa que sea. Por lo tanto, ante la falta de disposiciones expresas para la mencionada situación, procede realizar algunas reflexiones fundamentales para hallar una solución que tenga suficientemente en cuenta dicha situación.

40. En mis conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Alemania,¹⁷ llamé la atención sobre el hecho de que los umbrales establecidos en las directivas sobre contratación pública son objeto de ajustes con regularidad. Esto hace que sean necesarias unas normas claras para determinar cuál es el umbral aplicable. Por eso, allí propuse que, en caso de omisión de la licitación, se considere que el momento determinante para establecer el valor límite aplicable y, por tanto, indirectamente también la aplicabilidad temporal de una directiva sobre contratación pública, es el momento de la negociación del contrato.¹⁸ Esto parece lógico, sobre todo si se ha de buscar un momento en que exista suficiente certeza acerca del volumen total de los servicios contratados y sobre el previsible valor del contrato. Las disposiciones antes citadas del artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2004/18 se basan en esa misma idea. Puesto que hay que suponer que, a más tardar, en el momento de celebrarse el contrato existe una certeza definitiva sobre el valor previsible del contrato, en el caso de autos éste ha de ser el momento determinante. En consecuencia, en el caso de autos se ha de aplicar la versión anterior de la Directiva 2004/18. Dado que el valor del servicio pactado en el contrato es inferior al valor límite establecido en dicha versión, como ya se ha expuesto, la compatibilidad del acuerdo controvertido con la normativa de la Unión en materia de contratación pública en principio debe comprobarse únicamente a la luz del Derecho primario.

41. Si bien en los Tratados no existen disposiciones expresas sobre contratación pública,¹⁹ el Tribunal de Justicia ha desarrollado principios sobre contratación pública partiendo de las libertades fundamentales, del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y del principio de igualdad de trato y, en función de cada caso concreto, ha establecido exigencias en esta materia que deben observar los poderes adjudicadores. Por ejemplo, el principio de igualdad de trato consagrado en el Derecho primario exige en materia de contratación pública que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad.²⁰ De esta exigencia de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se infiere una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita garantizar la competencia en la adjudicación de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.²¹

17 — Véanse mis conclusiones de 14 de abril de 2010 presentadas en dicho asunto (sentencia de 15 de julio de 2010, C-271/08, Rec. p. I-7091), punto 143.

18 — *Ibid.*

19 — Véase Frenz, W., *loc. cit.* (nota 11), p. 533, marg. 1721.

20 — Sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 48.

21 — Sentencias de 15 de octubre de 2009, Acoset (C-196/08, Rec. p. I-9913), apartado 49, y de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartado 21. Sobre esta relación entre el principio de no discriminación y el principio de transparencia, véanse las sentencias de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda (C-507/03, Rec. p. I-9777), apartados 30 y 31; de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia (C-412/04, Rec. p. I-619), apartado 66; de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartados 17 y 18, y de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartados 60 y ss.

42. Sin embargo, para un análisis pormenorizado del cumplimiento de los principios del Derecho primario en materia de contratación pública no contamos con las necesarias referencias y aclaraciones sobre los hechos por parte del órgano jurisdiccional remitente. Esto se debe, principalmente, a que el órgano jurisdiccional remitente limita su petición de interpretación del Derecho de la Unión a la Directiva 2004/18, y, en consecuencia, sus explicaciones se refieren exclusivamente a los aspectos relevantes para una interpretación de este acto de Derecho derivado.

43. Procede recordar, a este respecto, que en relación con la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales el Tribunal de Justicia ha señalado la necesidad de exponer de modo suficiente el marco legal y fáctico del procedimiento principal en la resolución de remisión. Esta exigencia tiene por objeto, por un lado, que el Tribunal de Justicia pueda llegar a una interpretación del Derecho de la Unión eficaz para el juez nacional²² y, por otro, que los gobiernos de los Estados miembros y las demás partes interesadas puedan presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.²³ Sin embargo, al menos en lo que al caso de autos se refiere, sólo podrán alcanzarse ambos objetivos si el órgano jurisdiccional remitente formula al Tribunal de Justicia la correspondiente petición de interpretación del Derecho primario y completa su exposición del marco legal y fáctico del procedimiento principal con las necesarias aclaraciones. Por lo tanto, se recomienda indicar al órgano jurisdiccional remitente la posibilidad de una nueva petición.

44. No obstante, sólo cabrá plantear una nueva cuestión prejudicial si se confirma definitivamente que, en efecto, no se ha superado el valor límite aplicable. Incumbe al juez nacional realizar las comprobaciones necesarias de los hechos para excluir con seguridad que existan otros importes que deban incluirse en la contraprestación acordada. En particular, debe prestar atención al método de cálculo empleado por la ASL de Lecce para determinar el valor del contrato. El juez nacional deberá examinar una serie de aspectos, entre ellos, si se fijaron las partidas del cálculo en cifras excesivamente bajas, si el convenio controvertido preveía la posterior revisión de dichas partidas, para ajustarlas a los gastos efectivos, y si entre las partes del contrato se había pactado una fragmentación de los contratos que incluyese el cálculo separado de las partidas.²⁴ Habida cuenta de la escasa diferencia entre el valor del contrato y el umbral aplicable en el presente caso, resulta especialmente importante la aclaración de estos aspectos.

b) Presunción de pertinencia de la cuestión prejudicial

45. Si realmente el valor del contrato fuera inferior al umbral aplicable de 206.000 euros, esto suscitaría dudas acerca de la pertinencia de la cuestión prejudicial, pues ésta se refiere expresamente a la interpretación de la Directiva 2004/18, y no a la del Derecho primario, que sería el relevante. En ese sentido, la cuestión prejudicial podría manifestarse como no pertinente al no quedar totalmente clara su relación con la realidad o con el objeto del procedimiento principal.

46. No obstante, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales prevista en el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las

22 — Véase la sentencia de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo y otros (C-320/90 a C-322/90, Rec. p. I-393), apartado 6.

23 — Véanse las sentencias de 25 de marzo de 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi y otros (C-480/00 a C-482/00, C-484/00, C-489/00 a C-491/00 y C-497/00 a C-499/00, Rec. p. I-2943), apartado 73, y de 21 de septiembre de 1999, Albany (C-67/96, Rec. p. I-5751), apartado 40.

24 — En relación con los métodos de cálculo, en todas las directivas sobre contratación pública se establecen expresamente prohibiciones de elusión. Por un lado, se prohíbe la fragmentación de los contratos cuando se lleve a cabo con la intención de sustraerse a la aplicación de la correspondiente directiva. Por otro lado, las directivas prohíben su elusión mediante la elección del método de cálculo. Además, de las prohibiciones de elusión se deduce una prohibición general de infracálculo, ya sea deliberado o negligente (véase Frenz, W., *loc. cit.*, nota 11, p. 209, marg. 822; Trepte, P., *Public Procurement in the EU*, 2ª ed., Oxford 2007, pp. 262 y 263).

particularidades del asunto pendiente ante él, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.²⁵ Cuando las cuestiones planteadas versan sobre la interpretación de una disposición de Derecho de la Unión, en principio el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse.²⁶

47. Por lo tanto, la presunción de pertinencia de que disfrutaban las cuestiones planteadas con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales nacionales sólo puede destruirse en casos excepcionales, cuando resulte evidente que la interpretación solicitada de las disposiciones del Derecho de la Unión mencionadas en dichas cuestiones no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.²⁷ Esto último no sucede en el caso de autos, pues no se puede descartar que el órgano jurisdiccional remitente, tras valorar todas las circunstancias del caso, especialmente la forma en que la ASL de Lecce calculó el valor del contrato,²⁸ llegase a la conclusión de que en el caso de autos finalmente fuera precisa una aplicación de la Directiva 2004/18 por haberse superado el umbral aplicable.

48. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia debe atender a la petición del órgano jurisdiccional remitente e interpretar la Directiva 2004/18.

3. Falta de aplicabilidad de alguna excepción

49. Mientras los umbrales establecen una limitación meramente pecuniaria para la aplicación de la normativa sobre contratación pública, las directivas prevén, además, excepciones explícitas para ámbitos concretos. De ellas se han de distinguir las excepciones no escritas, desarrolladas por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia y que se refieren esencialmente a situaciones en que los organismos públicos regionales o locales desempeñan en común funciones de interés general. La finalidad de las excepciones consiste en ajustar el alcance de las directivas sobre contratación pública. En particular, con ellas se pretende extraer del ámbito de aplicación de la Directiva los ámbitos en que no se pone en peligro la competencia desde el punto de vista específico de la contratación pública, en que no hay un interés comercial transfronterizo o en que, por las particularidades y necesidades especiales del ámbito de que se trate, no resulta adecuada la aplicación de esta normativa.²⁹

50. Con independencia de qué tipo de excepción proceda aplicar en cada caso, no se ha de olvidar que, debido al objetivo perseguido por las directivas sobre contratación pública de que la adjudicación de contratos públicos se someta a normas comunes en todos los Estados miembros y la contratación pública en general se rijan por criterios de competencia, las excepciones de las directivas se han de entender como taxativas y, además, en principio deben ser objeto de una interpretación estricta.³⁰

51. En el caso de autos entran en consideración tanto excepciones codificadas como no escritas, cuya aplicabilidad voy a examinar a continuación en ese mismo orden sistemático.

25 — Esta jurisprudencia presume que el órgano jurisdiccional nacional dispone de un conocimiento directo de los hechos del asunto y de los argumentos aducidos por las partes, por lo que está mejor situado para apreciar, con pleno conocimiento de causa, la pertinencia de las cuestiones de Derecho suscitadas en el litigio del que conoce y la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su resolución (véase la sentencia de 22 de junio de 2000, *Marca Mode*, C-425/98, Rec. p. I-4861), apartado 21.

26 — Véanse, entre otras, las sentencias de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 38; de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros* (C-18/01, Rec. p. I-5321), apartado 19; de 19 de abril de 2007, *Asemfo* (C-295/05, Rec. p. I-2999), apartado 30, y de 1 de octubre de 2009, *Gottwald* (C-103/08, Rec. p. I-9117), apartado 16.

27 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman y otros* (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 61; de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon* (C-212/06, Rec. p. I-1683), apartado 29, y *Gottwald*, citada en la nota 26, apartado 17.

28 — Véase el punto 44 de las presentes conclusiones.

29 — Véase *Frenz, W.*, *loc. cit.* (nota 11), p. 670, marg. 2197.

30 — Véanse las sentencias de 10 de marzo de 1987, *Comisión/Italia* (199/85, Rec. p. 1039), apartado 14; de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartado 43; de 17 de noviembre de 1993, *Comisión/España* (C-71/92, Rec. p. I-5923), apartado 10, y de 13 de enero de 2005, *Comisión/España* (C-84/03, Rec. p. I-139), apartados 48 y 58.

a) Excepciones codificadas

i) Contrato de servicios en virtud de un «derecho exclusivo»

52. En primer lugar se debe tener en cuenta la excepción del artículo 18 de la Directiva 2004/18, con arreglo al cual «la presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador [...] sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado». Para que fuera aplicable esta excepción sería preciso acreditar que en el presente caso existe un derecho exclusivo de la Universidad a prestar el tipo de servicios pactados.

53. A este respecto baste señalar que, aunque el Derecho italiano declara en el artículo 6, apartado 4, de la Ley n° 168/1989, que las universidades son «los centros principales de investigación científica» y, en el artículo 15, apartado 1, de la Ley n° 241/1990, las faculta para «celebrar acuerdos entre sí en todo momento para regular el ejercicio de actividades de interés general en régimen de colaboración», de ahí no se puede deducir ningún derecho exclusivo en el sentido mencionado. Ni en el ordenamiento jurídico italiano ni en el Derecho de la Unión se consagra legalmente ningún derecho exclusivo de las universidades a ejercer actividades de estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias por encargo de la Administración pública. Se ha de dar la razón al Gobierno checo³¹ en que dichas actividades, por su propia naturaleza, deben entenderse más bien como una actividad accesoria de investigación de las universidades, y no como el cumplimiento de su función fundamental en cuanto centro de transmisión académica del saber, en virtud de la cual las universidades gozan de un derecho exclusivo en el sistema educativo de cada Estado miembro.

54. En consecuencia, en el caso de autos no se cumple el supuesto de la excepción prevista en el artículo 18 de la Directiva 2004/18.

ii) Excepción especial para servicios de investigación y desarrollo

55. Por otro lado, procede analizar si es de aplicación la excepción del artículo 16, letra f), de la Directiva 2004/18. Con arreglo a dicha disposición, la Directiva no se ha de aplicar a los contratos de servicios que tengan por objeto «servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio».

56. Esta última condición se cumple la medida en que la ASL de Lecce se comprometió contractualmente al pago de una remuneración. Pero no está claro si se cumplen los demás requisitos del supuesto de hecho. En efecto, aunque conforme al contrato de consultoría la titularidad de todos los resultados obtenidos de la actividad de análisis correspondía a la ASL de Lecce, ésta se comprometió a citar expresamente al Departamento en caso de publicación de los resultados en el ámbito técnico-científico. Esto suscita la pregunta de hasta qué punto la ASL de Lecce era titular exclusiva de los resultados del análisis. En principio, no se puede descartar que fuera así. A falta de datos más concretos sobre el contenido del acuerdo y sus consecuencias jurídicas con arreglo al Derecho nacional, no es posible afirmar con certeza que se cumpla este requisito de la excepción prevista en el artículo 16, letra f), de la Directiva 2004/18. Para ello sería preciso investigar y valorar los

31 — Véanse los puntos 17 y 18 del escrito del Gobierno checo.

hechos, actividad para la que no está facultado el Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE,³² pues corresponde a la competencia del juez nacional. A éste le incumbe examinar si, atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso de autos, procede aplicar la excepción del artículo 16, letra f), de la Directiva 2004/18.

b) Excepciones no escritas

57. Como ya he señalado, el Tribunal de Justicia, mediante su práctica jurisprudencial, ha desarrollado otras dos excepciones, referidas, respectivamente, a las operaciones internas («in house») y a diversas formas de la cooperación intermunicipal.³³ Con vistas a un examen de su aplicabilidad al caso de autos, procede exponer sus rasgos esenciales.

i) Operaciones internas

58. El concepto de operación interna presupone un intercambio de prestaciones que, desde el punto de vista jurídico, se produzca dentro de una misma persona jurídica. Por lo tanto, las operaciones internas no representan adquisiciones relevantes, ya que el poder adjudicador realiza las prestaciones con sus propios medios. Según declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau,³⁴ esto está admitido por la normativa sobre contratación pública. En ella, el Tribunal de Justicia expuso que «una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios». Entendió que «en tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora». Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas de la Unión en materia de contratos públicos a tal situación.³⁵

59. En el marco de este tema se examina también la situación en que una corporación de Derecho público adjudica un contrato a una persona que, si bien es jurídicamente autónoma, tiene una relación especial con aquélla.³⁶ También a este respecto la cuestión es, en definitiva, si estamos ante un contrato sujeto a contratación pública. En primer lugar se plantea la cuestión de si participan en la operación dos personas diferentes, una de las cuales puede actuar como poder adjudicador y la otra, como licitador. Mientras que la independencia jurídica entre dos sujetos permite negar de antemano que se trate de un mismo sujeto, no está exenta de dificultades la cuestión de si en una operación concreta éstos tienen respectivamente la condición de poder adjudicador y de licitador. En ciertas circunstancias, ambos sujetos pueden estar vinculados entre sí en relación con un acuerdo determinado de tal manera que, por falta de contrato, no sea precisa una licitación.

32 — Véanse las sentencias de 6 de abril de 1962, Bosch y otros (13/61, Rec. p. 101), y de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos (26/62, Rec. p. 1).

33 — Véase el Libro Verde de la Comisión, de 27 de enero de 2011, sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, COM(2011) 15 final, p. 24, en que se mencionan ambos supuestos de hecho desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En él, la Comisión se expresa a favor de que, en la elaboración de proyectos legislativos, se establezca qué formas de cooperación no han de quedar comprendidas en el ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública. A tal fin debe tenerse en cuenta cómo se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en sus sentencias.

34 — Sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1).

35 — *Ibid.*, apartado 48.

36 — Véase Holoubek, M., *EU-Kommentar* (coord. Jürgen Schwarze), 2ª ed, artículos 49/50 CEE, marg. 151, p. 753, quien señala que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no sólo ha excluido del ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública, e incluso de las libertades fundamentales, la relación de tipo contractual en el ámbito interno de una persona jurídica, sino también las relaciones contractuales entre el poder público y los organismos segregados de él.

60. Según el Tribunal de Justicia, para que sea necesaria una licitación basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un poder adjudicador y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. No obstante, desde la decisiva sentencia Teckal,³⁷ el Tribunal de Justicia considera que no es necesaria una licitación y, en definitiva, que estamos ante una operación interna, «en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que dicha entidad realice con ella u otros entes territoriales que la controlen la parte esencial de su actividad».³⁸

61. No obstante, procede señalar que en el caso de autos no se da ninguna de esas dos situaciones. En primer lugar, el contrato de que aquí se trata fue celebrado entre dos personas jurídicas diferentes. En segundo lugar, de la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente³⁹ se desprende que la Universidad no está sometida a control alguno por parte de la ASL de Lecce. En consecuencia, no se puede hablar de una operación interna.

ii) Cooperación intermunicipal

62. Otra excepción no escrita se deduce de los principios jurisprudenciales plasmados en la sentencia Comisión/Alemania.^{40 41} De dicha sentencia se puede deducir en qué circunstancias y de qué forma se puede excluir la cooperación intermunicipal del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos.⁴² Precisamente por ello resulta conveniente hacer un resumen de los hechos que dieron lugar a dicha resolución y de los aspectos esenciales de la argumentación del Tribunal de Justicia.

– La argumentación del Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/Alemania

63. El objeto de dicho recurso por incumplimiento era la adjudicación, sin recurrir a un procedimiento de licitación a escala europea, de la eliminación de residuos en cuatro Landkreise de Baja Sajonia: Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. y Stade, a la Stadtreinigung Hamburg, empresa pública con la forma jurídica de entidad de Derecho público. Como remuneración se había establecido un importe anual con un mecanismo de actualización en función de la cantidad de residuos aportada. La duración del contrato era de veinte años. Las partes convinieron entablar negociaciones, a más tardar cinco años antes del término de dicho contrato, para decidir sobre la celebración de un contrato de prórroga.

64. El Tribunal de Justicia desestimó el recurso de la Comisión, al no apreciar infracción de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, en la celebración del contrato relativo a la eliminación de residuos sin recurrir ni a un procedimiento de licitación ni a una adjudicación a escala europea. El Tribunal negó la obligación de licitar, en esencia, con el argumento de que el contrato controvertido establecía una cooperación entre entidades locales que tiene como finalidad garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas, a saber, la eliminación de

37 — Sentencia Teckal, citada en la nota 30.

38 — Sentencias Teckal, citada en la nota 30, apartado 50; Stadt Halle y RPL Lochau, citada en la nota 34, apartado 49, y Comisión/Alemania, citada en la nota 3, apartado 34.

39 — Véase el apartado 35 de la resolución de remisión.

40 — Citada en la nota 3.

41 — Véase Chaminade, A., «Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales», *La Semaine Juridique – édition générale*, 2010, n° 363, p. 662, quien habla de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde las sentencias relativas a las operaciones «in house». Véase Ferk, P./Ferk, B., «Osebe javnega prava kot ponudniki», *Podjetje in delo*, 2011, n° 4, pp. 481 y 482, quienes, en relación con la sentencia Comisión/Alemania, entienden que en ella se completó la anterior doctrina sobre las operaciones «in house» al tratarse en ella de una relación contractual y no de una relación institucional entre los interesados.

42 — Véase Pirker, B., «La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Commission c/Allemagne», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009 n° 3, p. 574; Broussy, E./Donnat, F./Lambert, C., *Chronique de jurisprudence communautaire, Droit administratif*, 2009, p. 1542, quienes sostienen que en la sentencia Comisión/Alemania se fundamenta una nueva excepción a la legislación en materia de contratación pública.

residuos.⁴³ Para llegar a esta conclusión, sometió el contrato a un minucioso análisis del que extrajo los aspectos que, a su parecer, caracterizan típicamente la cooperación intermunicipal. Esos aspectos, como más adelante mostraremos, constituyen también los criterios mediante los cuales se ha de determinar si un cierto contrato entre autoridades públicas está contemplado por la excepción no escrita de la cooperación intermunicipal. Dicho de otra manera, constituyen los requisitos de hecho del supuesto de la excepción.

65. Es de resaltar que, a juicio del Tribunal de Justicia, la cooperación intermunicipal se caracteriza por el empeño de todas las corporaciones territoriales implicadas por garantizar de forma conjunta el eficaz cumplimiento de una función de interés general. Como fundamento para excluir este campo del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos, declaró (como ya hizo en la sentencia *Coditel Brabant*)⁴⁴ que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios o también en colaboración con otras autoridades públicas, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. Pero, a juicio del Tribunal de Justicia, esta autonomía exige que el poder adjudicador disponga también de libertad para cooperar con otros poderes adjudicadores, y así sumar sus respectivos recursos.⁴⁵ Partiendo de este argumento, el Tribunal de Justicia declaró que las autoridades públicas tienen también libertad de elección para decidir la forma jurídica con la que desean garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente, ya sea, como aquí, mediante un simple contrato, o de forma institucionalizada⁴⁶ mediante una entidad de Derecho público creada al efecto. Lo justificó, por una parte, con el argumento formal de que no existe ninguna disposición del Derecho de la Unión que prescriba a este respecto el uso de una forma jurídica particular.⁴⁷ Y, por otra, desde el punto de vista teleológico tampoco apreció ninguna necesidad de imponer obligaciones formales en cuanto a la cooperación, siempre que no se falsee la competencia en el mercado interior de contratos públicos, favoreciendo a una empresa privada y discriminando así a las demás.⁴⁸

– Los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia

66. A diferencia de la jurisprudencia sobre las operaciones internas, en que el Tribunal de Justicia, ya en la sentencia *Teckal*, resumió los dos criterios relevantes en una frase concisa, en esta otra resolución decisiva no se encuentra una frase similar que resuma los requisitos para que, más allá del caso concreto resuelto, se pueda considerar admisible de forma general una cooperación intermunicipal no sujeta a la normativa sobre contratos públicos. No obstante, como ya se ha expuesto, de la línea argumentativa del Tribunal de Justicia se pueden extraer diversos criterios relevantes que se han de cumplir de forma cumulativa. Así pues, el Tribunal de Justicia exime de la aplicación de la normativa sobre contratación pública la cooperación intermunicipal atendiendo a los siguientes criterios:

- cumplimiento de una misión común de interés general, o de misiones relacionadas con la persecución de objetivos de interés público;
- exclusivamente por autoridades públicas, sin la participación de ninguna parte privada;
- con base contractual o mediante una forma jurídica institucionalizada, como por ejemplo una entidad de gestión;

43 — Véase la sentencia *Comisión/Alemania*, citada en la nota 3, apartado 37.

44 — Véase la sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324/07, Rec. p. I-8457), apartado 48.

45 — Véase la sentencia *Comisión/Alemania*, citada en la nota 3, apartado 45.

46 — Véase Steiner, M., «Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?», *European Law Reporter*, 2009, p. 283, quien, en relación con los hechos en que se basó la sentencia *Comisión/Alemania*, habla de una «cooperación institucionalizada» de hecho.

47 — Véase la sentencia *Comisión/Alemania*, citada en la nota 3, apartado 47.

48 — *Ibid.*

- que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores en relación con la celebración del contrato;
- que el contrato no tenga la finalidad de eludir la normativa sobre contratación pública.

67. En contra de la aplicabilidad directa de esta jurisprudencia al caso de autos podría aducirse, en principio, que aquí, a diferencia de los hechos sobre los que versó la sentencia Comisión/Alemania, no se trata de una cooperación entre corporaciones territoriales. De hecho, es objeto del presente asunto más bien un acuerdo contractual entre la autoridad de una corporación territorial y una entidad de Derecho público. Con este trasfondo, habría que examinar la cuestión de hasta qué punto es posible, sobre la base de dicha jurisprudencia, apreciar una excepción que comprenda formas de cooperación como la que aquí se debate.

iii) Figura jurídica de la «asociación público-pública»

- Extensión de la excepción a diversas formas de cooperación entre organismos públicos

68. Una lectura atenta de la sentencia Comisión/Alemania revela, no obstante, que la excepción desarrollada por el Tribunal de Justicia no se opone en principio a dichas formas de cooperación.

69. A favor de esta tesis se puede alegar, en primer lugar, que en aquel asunto se trataba de un contrato entre Stadtreinigung Hamburg y cuatro Landkreise colindantes, y procede recordar que Stadtreinigung Hamburg es una entidad de Derecho público y no una corporación territorial.⁴⁹ En segundo lugar, se ha de tener en cuenta que el Tribunal de Justicia utiliza en la sentencia con frecuencia la expresión «autoridad pública»,⁵⁰ con lo que da a entender que la cooperación, como requisito para la aplicación de la excepción no escrita, es una posibilidad que asiste no sólo a los municipios.⁵¹ Restringir la excepción exclusivamente a la cooperación de corporaciones territoriales, en vista de la diferente configuración de las organizaciones administrativas de los diferentes Estados miembros, sería también demasiado formalista y difícilmente comprensible. Por estas razones, resulta más lógico interpretar de forma más amplia el ámbito de aplicación de esta excepción no escrita y, en consecuencia, hablar más bien de una «cooperación entre autoridades públicas».

70. Por lo tanto, se ha de considerar que esta excepción no escrita, en principio, puede comprender también una situación en que se contrapongan, como partes contratantes, una autoridad sanitaria y una universidad.

- Cumplimiento de los criterios en el caso de autos

71. Para que la ASL de Lecce y la Universidad puedan acogerse a la excepción descrita deben cumplirse en el caso de autos los mencionados criterios, que determinan la existencia una cooperación entre autoridades públicas. No se discute que existe un acuerdo contractual exclusivamente entre autoridades públicas sin la participación de ninguna parte privada, de modo que ya se cumplen varios criterios. En cambio, otros criterios plantean dificultades y requieren un examen más detenido.

49 — En este sentido, Wagner, S., «Öffentliche Aufträge: Eine förmliche europaweite Ausschreibung ist nicht erforderlich, wenn öffentliche Stellen i.R. interkommunaler Zusammenarbeit einen Vertrag zur Erfüllung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe (Abfallentsorgung) schließen», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2009, p. 328.

50 — Sentencia Comisión/Alemania, citada en la nota 3, apartados 34, 44, 45 y 47.

51 — En este sentido, Öhler, M./Gruber, C., «Zusammenarbeit» iSd EuGH-Urteils Rs Stadtreinigung Hamburg nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften beschränkt», *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, p. 288.

Cumplimiento de una misión de interés general

72. Una de las cuestiones más controvertidas que se plantean en el presente asunto es si el contrato de que se trata fue celebrado por ambas partes con el objetivo de cumplir una misión *de interés general*.

73. Como ya se ha expuesto, se encomendó a la Universidad la realización de actividades de estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de los hospitales de la provincia de Lecce. Dichos trabajos habían de llevarse a cabo conforme a las normas nacionales promulgadas en materia de seguridad de las instalaciones, especialmente de los edificios estratégicos. Según expuso la ASL de Lecce⁵² en sus observaciones escritas, los resultados de ese estudio estaban destinados a servir de base para futuros proyectos propios de mejora de la resistencia de los edificios en cuestión. De ahí se deduce que, con el encargo de la realización del estudio, la ASL de Lecce realmente pretendía cumplir con una obligación que le había impuesto el Derecho nacional a fin de garantizar la seguridad de los hospitales, función que es de interés general y que corresponde a la competencia del Estado.

74. En consecuencia, ambas partes celebraron el contrato en cuestión con el objetivo de cumplir una misión de interés general.

Cooperación para cumplir una misión común de servicio público

75. Por otro lado, se requiere que la cooperación vaya dirigida al cumplimiento de una misión *común* de servicio público.⁵³ Por lo tanto, no basta con que la obligación legal de cumplir la misión de servicio público en cuestión afecte a una sola de las autoridades públicas implicadas mientras que la otra se limita a actuar como mera colaboradora en ese cumplimiento, asumiendo contractualmente funciones que le son ajenas. Esto resulta comprensible si se tiene presente el significado etimológico de la palabra «cooperación», pues la esencia de tal concepto consiste precisamente en una estrategia entre iguales basada en el intercambio y la coordinación de los respectivos intereses. La persecución unilateral de intereses propios por uno solo de los participantes difícilmente se puede describir como «cooperación» en el mencionado sentido.⁵⁴

76. La argumentación del Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/Alemania⁵⁵ ofrece indicios concretos de la necesidad de una auténtica cooperación entre autoridades públicas, pues en ella se hace referencia a una forma específica de cooperación entre cuatro corporaciones territoriales y una entidad pública que les permitía cumplir conjuntamente una misión de servicio público común a todas ellas, a saber, la eliminación de residuos. A este aspecto se refirió expresamente el Tribunal de Justicia en su argumentación. Según declaró, la relación entre las partes contratantes se caracterizaba por el reconocimiento de derechos y obligaciones recíprocos. Además, las partes estaban obligadas a prestarse asistencia mutua y a tenerse en cuenta mutuamente. Por lo tanto, la sentencia versó sobre una relación de intercambio que iba más allá de la prestación de un servicio a cambio de una simple remuneración.⁵⁶

52 — Véase la página 3 del escrito de la ASL de Lecce.

53 — Véanse Struve, T., «Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, p. 807, y Veldboer, W., «Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil "Hamburger Stadtreinigung"», *Die öffentliche Verwaltung*, 2009, p. 360.

54 — Véase Öhler, *op. cit.* en nota 51, p. 289, quienes exigen que el acuerdo entre las autoridades públicas presente un «carácter cooperativo».

55 — Sentencia citada en la nota 3, apartado 37.

56 — En este sentido, Struve, T., *op. cit.* en la nota 53.

77. Sin embargo, como acertadamente han reconocido el Gobierno polaco,⁵⁷ el CNI⁵⁸ y la Comisión,⁵⁹ el caso de autos se diferencia sustancialmente de la situación antes descrita en que los objetivos concretos de las autoridades públicas intervinientes no son coincidentes. Mientras que la obligación legal de estudiar y evaluar la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias incumbe sólo a la ASL de Lecce, la ley atribuye a la Universidad la función de la investigación científica, que se complementa con la función tradicional de centro de transmisión académica del saber, a la que ya me he referido.⁶⁰ Con estos antecedentes parece claro que el estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias no puede considerarse como la competencia originaria de universidad alguna. Si se tienen en cuenta los aspectos concretos del caso de autos, se ha de afirmar que la ley no encomienda a la Universidad ninguna misión de este tipo. Así ha quedado ya aclarado al examinar el artículo 18 de la Directiva 2004/18.⁶¹ Y tampoco se puede suponer que la Universidad hubiera emprendido esta misión por su propia iniciativa. No obstante, dispone de los conocimientos técnicos necesarios, así como de personal y equipamiento para llevarla a cabo. A esos medios recurre la ASL de Lecce a fin de cumplir su función de servicio público: en cierto modo, actúa como beneficiaria de los recursos de la Universidad. Pero, en último término, sólo se persiguen los intereses de la ASL de Lecce.

78. A este respecto, adquiere relevancia la naturaleza de la relación entre ambos interesados. Una cooperación entre autoridades públicas, como se desprende de la sentencia Comisión/Alemania, puede presentar diferentes formas: bien, con una base institucional, mediante la creación de una estructura adaptada a las necesidades de los interesados y a la que se transfieran facultades o por medio de la cual se ejercen conjuntamente facultades o bien, con una base contractual, mediante la celebración de un acuerdo de cooperación o de un convenio para el cumplimiento de una misión común de servicio público.⁶² En el caso de autos no hay nada similar. El contrato de consultoría celebrado entre la ASL de Lecce y la Universidad no establece la base ni el marco jurídico para una cooperación al servicio de una misión común de servicio público. Lo único que hace es prever la prestación de un servicio en forma de consultoría especializada, por la cual se paga una remuneración. En definitiva, la ASL de Lecce «compra» un estudio a la Universidad, lo que se confirma por el hecho de que adquiere la titularidad exclusiva sobre él y puede disponer de él a su voluntad. Asimismo, se retribuye económicamente a la Universidad por dicho estudio, y a este respecto procede recordar una vez más que el hecho de que de la contraprestación cubra los costes no afecta a la naturaleza onerosa del servicio.⁶³

79. A esto se suma que el contrato de consultoría de que aquí se trata, a diferencia del acuerdo contractual sobre el que versó la sentencia Comisión/Alemania, no prevé deberes de asistencia recíproca. A este respecto es irrelevante el hecho de que las actividades previstas se hayan de realizar en estrecha colaboración entre el grupo de trabajo designado por la ASL de Lecce y el grupo de trabajo de la Universidad, pues, conforme al tenor del contrato, también se podía recurrir a personal externo. Por lo tanto, las obligaciones de ayuda mutua eran limitadas y, según parece, no debían ir más allá de lo necesario para permitir al grupo de trabajo de la Universidad la realización del estudio.

57 — Véase el apartado 22 del escrito del Gobierno polaco.

58 — Véase la página 6 del escrito del CNI, en que éste cuestiona incluso que el estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias sea realmente una función legal de la ASL de Lecce.

59 — Véase el apartado 86 del escrito de la Comisión.

60 — Véase el punto 53 de las presentes conclusiones.

61 — Véase el punto 53 de las presentes conclusiones.

62 — En este sentido, Dreyfus, J.-D.; Rodrigues, S., «La coopération intercommunale confortée par la CJCE?», *L'actualité juridique; droit administratif*, 2009, p. 1720.

63 — Véase el punto 34 de las presentes conclusiones.

80. Con independencia de lo anterior, las observaciones escritas de la ASL de Lecce⁶⁴ sugieren que entre los dos grupos de trabajo creados por ella y por la Universidad para el cumplimiento de la supuesta misión común de servicio público no se produjo ningún intercambio real. Antes bien, el grupo de trabajo de la ASL de Lecce debía dedicarse a elaborar conceptos para la mejora de la seguridad en los edificios objeto del estudio basándose en las conclusiones de éste, es decir, una vez realizado el estudio por la Universidad. Esto refuerza la idea ya expresada de que la ASL de Lecce en realidad encargó un informe y pagó por él.

81. Por todo ello, procede declarar que el contrato de consultoría controvertido no crea una auténtica cooperación entre las autoridades públicas intervinientes en el sentido de la jurisprudencia, dirigido al cumplimiento de una misión común de servicio público. Más bien se trata de un contrato sobre un servicio prestado a cambio de una remuneración.

Situación privilegiada para alguna empresa privada respecto de sus competidores

82. Por otro lado, conforme a los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia, con el encargo de realización del estudio ninguna empresa privada debía quedar en una situación privilegiada respecto de sus competidores.

83. Como he expuesto al inicio, la Universidad actúa como «operador económico» en el sentido del artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18,⁶⁵ motivo por el cual su posición jurídica es la misma que la de una empresa privada desde el punto de vista de la normativa sobre contratos públicos. Dado que la Universidad ha recibido este contrato sin mediar una licitación pública, se ha encontrado en una situación privilegiada en comparación con las asociaciones de ingenieros y arquitectos que posiblemente también habrían estado en condiciones de llevar a cabo el estudio controvertido.

84. Lógicamente, este criterio presupone que exista efectivamente algún competidor potencial. A este respecto cabe señalar que la ASL de Lecce, en sus observaciones escritas, no rebate expresamente que otros operadores económicos también hubieran podido realizar el estudio en cuestión. Aunque alabó el bajo coste, el equipamiento y la capacitación de la Universidad,⁶⁶ en ningún momento negó la capacidad que en principio puedan tener otros operadores económicos, como los despachos de ingenieros o de arquitectos. Sería difícil hacerlo, a la vista de las alegaciones del CNI⁶⁷ en respaldo de la tesis de que tal actividad pertenece más bien a la competencia originaria de los ingenieros y arquitectos. Aunque en la vista la ASL de Lecce corrigió su postura al afirmar que la complejidad de la tarea habría excedido la capacidad de los despachos de ingenieros y de arquitectos, no pudo responder a la cuestión formulada en ese sentido por el Tribunal de Justicia de si no hubieran podido estar a la altura de tan compleja tarea también otras universidades e instituciones privadas de investigación nacionales y extranjeras.

85. Sin embargo, la aclaración definitiva de esta cuestión incumbe al juez nacional, que es el competente para la apreciación de los hechos. A este respecto, deberá valorar si los procedimientos necesarios para el estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica eran efectivamente de tal complejidad que en último término sólo habría podido realizar el estudio la citada Universidad (y ninguna otra). A los efectos del presente procedimiento prejudicial, basta con declarar que la ASL de Lecce con toda probabilidad habría podido elegir entre distintos competidores potenciales si hubiese licitado un contrato público para la realización del citado estudio.

64 — Véase la página 3 del escrito de la ASL de Lecce.

65 — Véanse los puntos 27 y 28 de las presentes conclusiones.

66 — Véanse las páginas 23 y 24 del escrito de la ASL de Lecce.

67 — Véase la página 2 del escrito del CNI.

86. En consecuencia, se colocó a la Universidad en una situación privilegiada respecto a los potenciales competidores en relación con la celebración del contrato, con lo que no se cumple otro de los requisitos para la aplicación de la excepción no escrita.

Elusión de la normativa sobre contratación pública

87. Otro requisito para la aplicación de la excepción no escrita al caso de autos es la exigencia de que con la celebración del contrato no se hayan eludido las disposiciones en materia de contratación pública.

88. En lo que respecta a este requisito, coincido con el Gobierno polaco⁶⁸ cuando afirma que se puede apreciar un falseamiento de la competencia desde el momento en que se omitió una licitación a pesar de que el estudio controvertido, con toda probabilidad, también habría podido ser realizado por las asociaciones de ingenieros y de arquitectos que concurrían con la Universidad. A este respecto no debe omitirse el hecho de que precisamente habría sido interesante para la ASL de Lecce, como poder adjudicador, permitir que el mayor número posible de competidores accediese al contrato. Como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia CoNISMA,⁶⁹ la apertura a la competencia más amplia posible constituye uno de los objetivos de las normas comunitarias en materia de contratos públicos. Y esta apertura no es sólo por el interés de la Unión en la libre circulación de mercancías y servicios,⁷⁰ sino también por el propio interés del poder adjudicador de que se trate, que así podrá disponer de más opciones a la hora de elegir la oferta económicamente más favorable y que más se adecue a las necesidades de la autoridad pública en cuestión. La ASL de Lecce echó por tierra esa posibilidad al no dar ocasión a los potenciales licitadores para presentar sus ofertas.

89. Ante estas consideraciones, no convence el argumento de la ASL de Lecce⁷¹ de que la adjudicación del contrato a la Universidad le permitió un ahorro sustancial de costes, dado que, al no recurrir a una licitación pública, no tuvo ocasión de estudiar las ofertas de otros potenciales competidores. La ASL de Lecce no sólo no ha aportado pruebas que respalden tal afirmación, sino que tampoco ha sido capaz de exponer de forma concluyente cómo ha calculado un importe previsible de 800.000 euros que, a su parecer, habrían exigido otros competidores (si hubiesen estado en condiciones de realizar el estudio). La suposición, no acreditada con datos, de que sólo la Universidad era capaz de realizar el estudio controvertido a un precio tan ventajoso indica que no se tuvieron en cuenta los objetivos de la normativa sobre contratos públicos.

90. Si se permitiese a los poderes adjudicadores (más allá del ámbito de la asociación público-pública) acudir a otras autoridades públicas para adquirir servicios sin someterse a las normas en materia de contratación pública, se correría el riesgo de que, a largo plazo, éstas pudieran ser eludidas, frustrándose así el fin perseguido por la Unión de garantizar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como una competencia sin limitaciones dentro del mercado interior. Para evitarlo es preciso un estricto control de la observancia de los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/Alemania.

91. Por lo tanto, procede declarar que el contrato celebrado entre la ASL de Lecce y la Universidad tenía por objeto eludir la normativa en materia de contratación pública. Y esto se opone también a la aplicación de la excepción no escrita.

68 — Véase el apartado 23 del escrito del Gobierno polaco.

69 — Citada en la nota 6, apartado 37.

70 — La legislación en materia de contratación pública establece límites a la autonomía de actuación privada de las autoridades públicas en interés de la competencia, precisamente en lo que respecta a la elección de la otra parte contratante. Acerca de la influencia que los objetivos políticos en materia de mercado interior tienen en el Derecho privado, véase Wendehorst, C., «Methodenlehre und Privatrecht in Europa», *Vom praktischen Wert der Methode – Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Viena 2011, p. 829.

71 — Véase la página 15 del escrito de la ASL de Lecce.

– Argumentos en contra de la calificación como «asociación público-pública»

92. Del anterior examen resulta que en el caso de autos no se cumplen varios de los criterios para la calificación de la cooperación de autoridades públicas como una «asociación público-pública». Sobre todo, no se cumple la exigencia de una cooperación para el cumplimiento de una misión común de servicio público.⁷² Ni se aprecia aquí una auténtica «cooperación» en el sentido común de la palabra, ni los interesados persiguen un objetivo común que les imponga la ley. Por el contrario, estamos ante una situación en que una autoridad pública se sirve, en condiciones económicas ventajosas, de los recursos de otra autoridad pública. Desde el punto de vista jurídico, se trata de un contrato sobre un servicio prestado a cambio de una remuneración. Asimismo, en contra de la exclusión de la operación aquí controvertida del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública se puede aducir que se colocó a la Universidad en una situación privilegiada respecto de potenciales competidores, en lo que a la celebración del contrato se refiere,⁷³ y que el contrato controvertido tenía por objeto eludir dicha normativa.⁷⁴ En vista de esta conclusión, no se puede hablar de una «asociación público-pública».

c) Conclusión parcial

93. En conclusión, procede declarar que no es pertinente ninguna excepción que excluya la aplicabilidad de la Directiva 2004/18.

4. Resumen de las conclusiones

94. En resumen, procede declarar que el contrato de que aquí se trata sobre la realización de actividades de estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de determinados hospitales constituye una operación sometida a la normativa sobre contratación pública y a la que es aplicable la Directiva 2004/18. Dado que en el caso de autos se omitió la licitación, estamos ante una infracción de la Directiva. Habida cuenta de que el Derecho nacional permite acuerdos como el celebrado entre la ASL de Lecce y la Universidad, dicho Derecho tampoco es compatible con la Directiva.

95. De ahí se deduce que la Directiva 2004/18, en particular el artículo 1, apartado 2, letras a) y d), el artículo 2, el artículo 28 y el anexo II, categorías 8 y 12, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite la celebración de acuerdos por escrito entre una administración adjudicadora y una universidad pública para el estudio y la evaluación de la vulnerabilidad sísmica de establecimientos hospitalarios que deben realizarse a la luz de la legislación nacional en materia de seguridad de las instalaciones y en particular de los edificios estratégicos, a cambio de una contraprestación no superior a los costes soportados por la ejecución de la prestación, cuando la universidad ejecutante pueda presentar la condición de operador económico.

VII. Conclusión

96. Habida cuenta de las consideraciones precedentes propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente forma a la cuestión planteada por el Consiglio di Stato:

«La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en particular el artículo 1, apartado 2, letras a) y d), el artículo 2, el artículo 28 y el anexo II, categorías 8 y 12, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa

72 — Véase el punto 81 de las presentes conclusiones.

73 — Véase el punto 86 de las presentes conclusiones.

74 — Véase el punto 91 de las presentes conclusiones.

nacional que permite la celebración de acuerdos por escrito entre una administración adjudicadora y una universidad pública para el estudio y la evaluación de la vulnerabilidad sísmica de establecimientos hospitalarios que deben realizarse a la luz de la legislación nacional en materia de seguridad de las instalaciones y en particular de los edificios estratégicos, a cambio de una contraprestación no superior a los costes soportados por la ejecución de la prestación, cuando la universidad ejecutante pueda presentar la condición de operador económico.»