



## Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
presentadas el 13 de diciembre de 2017<sup>1</sup>

### **Asunto C-9/17**

**Maria Tirkkonen**  
con intervención de:  
**Maaseutuvirasto**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo, Finlandia)]

«Cuestión prejudicial — Directiva 2004/18/CE — Procedimiento de licitación de contratos públicos de servicios de asesoramiento agrícola — Existencia de un contrato público — Sistema de adquisición de servicios mediante contratos regidos por un acuerdo marco y abierto a todo operador económico que satisfaga condiciones previamente establecidas — Sistema no abierto posteriormente a otros operadores económicos»

1. Entre las ayudas al desarrollo rural financiadas por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) se hallan las destinadas a prestar servicios de asesoramiento a los agricultores. Las autoridades nacionales seleccionan a los asesores que deben brindar sus consejos profesionales a esos agricultores mediante unos procedimientos abiertos, en principio, a quienes reúnan los requisitos adecuados para desempeñar esta tarea.
2. En el marco de uno de esos procesos de selección, la Sra. Tirkkonen presentó su solicitud para figurar en la nómina de asesores rurales, rellenando el preceptivo formulario. Sin embargo, omitió cumplimentar el punto en el que había de señalar si aceptaba las «condiciones contenidas en el borrador de contrato marco», lo que determinó que su candidatura fuera rechazada por la Administración convocante.
3. Según se deduce del auto de reenvío, esa omisión sería subsanable si se aplicase la ley nacional que regula las relaciones entre la Administración pública y los administrados. Sin embargo, de regirse por la ley nacional sobre contratación pública, parece que el defecto sería irreversible. Así, al menos, lo declararon tanto la Administración finlandesa como el tribunal de primera instancia que confirmó su resolución.
4. En esta tesitura, el Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo, Finlandia) quiere saber, en definitiva, si el mecanismo de selección de los asesores rurales que es objeto de litigio se corresponde con un «contrato público», tal como lo entiende el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Lengua original: español.

<sup>2</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114).

5. En la respuesta a sus dudas, se habrá de tener en cuenta la doctrina, en relación con aquel concepto, del Tribunal de Justicia en el asunto *Falk Pharma*<sup>3</sup> que, a mi juicio, proporciona indicaciones suficientes para zanjar la controversia.

## I. Marco normativo

### A. Derecho de la Unión

#### 1. Directiva 2004/18

6. Según el artículo 1 («Definiciones»):

«[...]

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.

[...]

5. Un “acuerdo marco” es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.

[...]»

7. El artículo 32 («Acuerdos marco») recoge:

«[...]

2. Para la celebración de un acuerdo marco, los poderes adjudicadores seguirán las normas de procedimiento previstas en la presente Directiva en todas las fases hasta la adjudicación de los contratos basados en este acuerdo marco. La elección de las partes del acuerdo marco se llevará a cabo mediante la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con el artículo 53.

Los contratos basados en un acuerdo marco se adjudicarán según los procedimientos previstos en los apartados 3 y 4. Estos procedimientos solo serán aplicables entre poderes adjudicadores y operadores económicos que sean originariamente partes en el acuerdo marco.

En la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco, las partes no podrán en ningún caso introducir modificaciones sustanciales en los términos establecidos en el acuerdo marco, en particular en el caso mencionado en el apartado 3.[...]

3 Sentencia de 2 de junio de 2016 (C-410/14, EU:C:2016:399) (en lo sucesivo, «sentencia *Falk Pharma*»).

4. Cuando se celebre un acuerdo marco con varios operadores económicos, el número de estos deberá ser de tres por lo menos, siempre que haya un número suficiente de operadores económicos que respondan a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación. La adjudicación de contratos basados en acuerdos marco celebrados con varios operadores económicos podrá realizarse:

- o bien mediante la aplicación de los términos establecidos en el acuerdo marco, sin convocar a las partes a una nueva licitación;
- o bien, cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, una vez convocadas las partes a nueva licitación tomando como base los mismos términos, precisándolos si fuera necesario, y, si ha lugar, otros indicados en el pliego de condiciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:
  - a) por cada contrato que haya que adjudicar, los poderes adjudicadores consultarán por escrito a todos los operadores económicos que sean capaces de realizar el objeto del contrato;
  - b) los poderes adjudicadores fijarán un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico teniendo en cuenta factores como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta;
  - c) las ofertas presentarán por escrito y su contenido deberá seguir siendo confidencial hasta que expire el plazo previsto para responder a la convocatoria;
  - d) los poderes adjudicadores adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el pliego de condiciones del acuerdo marco.»

8. El artículo 53 («Criterios de adjudicación del contrato») señala:

- «1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán:
  - a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución;
  - b) o bien solamente el precio más bajo.
- 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo tercero, en el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1, el poder adjudicador precisará en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o, en el caso del diálogo competitivo, en el documento descriptivo, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores que deberá tener una amplitud máxima adecuada.

Cuando, en opinión del poder adjudicador, la ponderación no sea posible por razones demostrables, este indicará en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o, en el caso del diálogo competitivo, en el documento descriptivo, el orden decreciente de importancia de los criterios.»

2. *Reglamento (UE) n.º 1305/2013*<sup>4</sup>

9. El artículo 15, apartado 3, prescribe:

«Las autoridades o los organismos seleccionados para prestar servicios de asesoramiento dispondrán de recursos adecuados en términos de personal cualificado que reciba formación periódica y de experiencia y fiabilidad en materia de asesoramiento en los ámbitos en los que presten el servicio. Los beneficiarios de esta medida serán escogidos mediante licitaciones. El procedimiento de selección se regirá por el derecho de contratación pública y estará abierto a organismos tanto públicos como privados. Será objetivo y excluirá a los candidatos que tengan conflictos de intereses.

[...]»

3. *Reglamento de ejecución (UE) n.º 808/2014*<sup>5</sup>

10. El artículo 7 prevé:

«Las licitaciones a que se refiere el artículo 15, apartado 3, del Reglamento (UE) n.º 1305/2013 se ajustarán a las normas de contratación pública aplicables, tanto nacionales como de la Unión. Tendrán debidamente en cuenta el nivel de resultados de los solicitantes en cuanto a las cualificaciones a que se hace referencia en dicho artículo.»

**B. Derecho nacional**

11. La Directiva 2004/18 fue transpuesta en Finlandia mediante la Ley de contratación pública (Ley 348/2007).

12. A tenor del artículo 45, apartado 1, de la Ley de concesión de ayudas agrícolas (Ley 192/2003, modificada por la Ley 501/2014), los asesores son seleccionados de conformidad con lo dispuesto en la Ley de contratación pública y por un período de tiempo que concluye al expirar el Programa de Desarrollo Rural de Finlandia Continental 2014-2020.

13. Según el apartado 2 de ese mismo artículo, para la selección y la aprobación del asesor es imprescindible que este posea suficientes conocimientos técnicos sobre el contenido y el alcance del asesoramiento que ha de prestar. Asimismo, debe reunir las condiciones de idoneidad exigidas.

**II. Hechos**

14. El 16 de septiembre de 2014, la Maaseutuvirasto (Agencia finlandesa del espacio rural; en lo sucesivo, «Agencia») convocó una licitación, en procedimiento abierto bajo la forma de acuerdo marco, de un servicio de asesoramiento a las explotaciones agrícolas, para el período 2015-2020.

<sup>4</sup> Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1698/2005 del Consejo (DO 2013, L 347, p. 487).

<sup>5</sup> Reglamento de la Comisión, de 17 de julio de 2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n.º 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DO 2014, L 227, p. 18).

15. En el anuncio se señalaba que el procedimiento estaba abierto a asesores públicos y privados y que su propósito era contar con prestadores de servicios que cumplieran los requisitos del artículo 15, apartado 3, del Reglamento n.º 1305/2013 y del artículo 13, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 1306/2013,<sup>6</sup> además de tener experiencia de asesoramiento.

16. El sistema de selección se basaba en un acuerdo marco, con arreglo a la Ley de contratación pública, de modo que los prestadores del servicio se incluirían en él por medio del procedimiento abierto del artículo 65 de dicha Ley.

17. En el acuerdo marco se recogían las condiciones esenciales de la prestación del servicio. Los posteriores contratos se atribuirían sin un procedimiento de adjudicación específico, de manera que el agricultor/operador agrícola que lo solicitara recibiría el asesoramiento de quien, a su parecer, mejor satisficiera sus necesidades. En principio, se recurriría a los servicios ofrecidos en el entorno más cercano, pudiendo acudir a otros asesores en casos justificados.

18. La remuneración de los asesores estaría en función de las horas de servicio y correría a cargo de la Agencia (salvo el IVA, cuyo pago correspondería al agricultor asesorado).

19. Teniendo en cuenta la demanda de asesoramiento existente, se admitirían todos los asesores que cumplieran los requisitos de idoneidad y las condiciones mínimas indicadas en los anexos del acuerdo marco. Además, los candidatos debían superar un examen específico, como parte del proceso de selección.

20. Con la decisión de 18 de diciembre de 2014, la Agencia excluyó la solicitud de la Sra. Tirkkonen, por no haber rellenado el apartado 7 del formulario «Cumplimiento de los requisitos formales de la oferta y de los requisitos de licitación» (anexo 2 de la licitación). En ese apartado debía haber indicado, marcando la casilla «sí» o «no», si «aceptaba las condiciones de licitación adjuntas al borrador de contrato marco».

21. La Sra. Tirkkonen impugnó la decisión de la Agencia ante el Markkinaoikeus (Tribunal de asuntos económicos), sosteniendo que no se trataba de la adjudicación de un contrato público. No era aplicable, pues, la Ley de contratación pública, sino la Ley de la Administración pública, lo que obligaba a la Agencia a requerirla para que completase la documentación de su oferta.

22. Desestimada su pretensión, el 7 de septiembre de 2015, por el Markkinaoikeus (Tribunal de asuntos económicos), la Sra. Tirkkonen interpuso recurso ante el Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo, Finlandia), que suscita la cuestión prejudicial.

23. Según el auto de reenvío, se trata de dilucidar si «el sistema de servicios de asesoramiento [de la Agencia] constituye un contrato público comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 y, por tanto, en el de la Ley de contratación pública nacional».<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, sobre la financiación, gestión y seguimiento de la Política Agrícola Común, por el que se derogan los Reglamentos (CE) n.º 352/78, (CE) n.º 165/94, (CE) n.º 2799/98, (CE) n.º 814/2000, (CE) n.º 1290/2005 y (CE) n.º 485/2008 (DO 2013, L 347, p. 549).

<sup>7</sup> El tribunal *a quo* destaca que no es objeto del reenvío comprobar si la Agencia «actuó conforme a lo establecido en las disposiciones sobre contratación pública» (punto 8 del auto de remisión). En cualquier caso, no está de más matizar que, si la Directiva 2004/18 fuera aplicable, de ella se deduce que el poder adjudicador puede admitir, en el ámbito de la contratación pública, la subsanación de irregularidades formales que no suponga la presentación de una nueva oferta ni altere significativamente los términos de la inicial. Me remito, para este extremo, a mis conclusiones del asunto MA.T.I. SUD y DUEMMESGR (C-523/16 y C-536/16, EU:C:2017:868).

### III. Cuestión planteada

24. El tenor de la cuestión prejudicial es el siguiente:

«¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE en el sentido de que el concepto de “contratos públicos” en el sentido de dicha Directiva comprende un sistema de contratos

- por el cual un organismo público pretende obtener en el mercado determinados servicios durante un período de tiempo limitado de antemano, mediante la celebración de contratos, en las condiciones establecidas en un borrador de contrato marco adjunto a la licitación, con todos los operadores económicos que reúnan los requisitos de idoneidad del licitador y del servicio ofrecido que se establecen y detallan en el pliego de condiciones, y que superen un examen que se detalla en la licitación, y
- que no admite nuevas incorporaciones durante su período de vigencia?»

### IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y posición de las partes

25. La cuestión prejudicial se registró en el Tribunal de Justicia el 9 de enero de 2017. Han presentado observaciones escritas la Sra. Tirkkonen, el Gobierno finlandés y la Comisión. No se ha considerado imprescindible la celebración de una vista.

26. La Sra. Tirkkonen sostiene que, de las tres etapas que comporta toda licitación (verificación de la aptitud de los licitadores; evaluación de la conformidad de las ofertas a la convocatoria; selección de una oferta en función del criterio del precio más bajo o de la relación coste/eficacia), en este procedimiento no se ha llevado a cabo la tercera, pues las ofertas no se compararon entre sí y la selección del prestador del servicio correspondía al agricultor. En particular, destaca que los 140 asesores escogidos inicialmente accedieron al examen y que 138 lo superaron, sin que ese examen permitiera realmente clasificarlos por orden de mérito. La falta de selección entre las ofertas recibidas excluiría la existencia de un contrato público.

27. El Gobierno finlandés destaca la pertinencia de la doctrina sentada en la sentencia Falk Pharma, señalando, sin embargo, que en este caso el sistema no está abierto de manera permanente a nuevos licitadores. En su opinión, que el poder adjudicador «imponga a los prestatarios numerosas exigencias precisas no fundadas en la legislación»<sup>8</sup> hace que aquel sistema se aproxime al concepto de contrato público. La aplicación de la legislación sobre contratos públicos estaría justificada por la necesidad de asegurar que los criterios selectivos no se fijen de manera discriminatoria.

28. El Gobierno finlandés alega, además, que de las 163 ofertas recibidas solo se admitieron condicionalmente 140, siendo 138 las finalmente aceptadas. Este dato acreditaría el carácter selectivo del procedimiento y la voluntad del poder adjudicador de acoger únicamente las mejores ofertas, así como el carácter disuasivo de las condiciones demandadas a los licitadores.

29. En fin, para el Gobierno finlandés, la duración de seis años del período de vigencia del sistema entraña que, durante ese tiempo, no pueden admitirse nuevos asesores, lo que diferenciaría el procedimiento controvertido de un mero régimen de autorización.

30. La Comisión entiende que las exigencias específicas de la convocatoria sobre la idoneidad del licitador y sobre el servicio, tal como las expone el tribunal de remisión, no constituyen un criterio de adjudicación, sino un mero criterio de selección.

<sup>8</sup> Apartado 22 del escrito de observaciones.

31. Para la Comisión, el procedimiento no contenía criterios de adjudicación y la Agencia no podría excluir o rechazar a un asesor competente elegido por un agricultor. En definitiva, en el procedimiento solo se habrían utilizado criterios de selección.

32. En estas circunstancias, la Comisión asegura que el asunto es similar al resuelto en la sentencia Falk Pharma, cuya doctrina ha sido corroborada por la Directiva 2014/14/UE.<sup>9</sup> A su juicio, importa poco que el sistema no esté abierto de manera permanente a los interesados, pues la ausencia de selección sería un motivo suficiente para descartar la calificación de contrato público.

## V. Apreciación

33. Según el tribunal de remisión, la Administración finlandesa ha puesto en marcha un programa basado en el Reglamento n.º 1305/2013, cuyo artículo 15, apartado 3, indica que el procedimiento de selección de los prestadores de servicios de asesoramiento se regirá por el derecho de contratación pública. Por tanto, la pregunta prejudicial debe responderse a partir de la legislación sobre contratos públicos.

34. Creo que esa llamada al derecho de la contratación pública debe interpretarse en el sentido de que el procedimiento de selección de los asesores rurales ha de cumplir con los principios (de no discriminación, igualdad de trato y transparencia) que rigen ese sector del ordenamiento jurídico. No se trata, a mi juicio, de una exigencia que implique asumir todas y cada una de las disposiciones de las Directivas de la Unión sobre contratación de los entes públicos.

35. En concreto, el tribunal *a quo* quiere saber si un sistema como el de autos «está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18». Recordaré que, con él, se pretende contar con un número indeterminado de personas que han de prestar asesoramiento agrario a los agricultores, seleccionándolas mediante un procedimiento, sujeto a las condiciones recogidas en un acuerdo marco, en el que pueden participar quienes cumplan los requisitos expresados en el pliego de condiciones y superen un examen. El sistema tiene una vigencia temporal limitada, durante la que se excluye la incorporación de nuevos asesores.

36. De los datos facilitados por el tribunal de remisión se deduce, como señala la Comisión,<sup>10</sup> que parecerían reunirse, a primera vista, los rasgos que caracterizan los contratos definidos por el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18. Es, en efecto, un contrato, regido por un acuerdo marco, que se celebra por escrito entre un operador económico (el asesor) y un poder adjudicador (la Agencia), cuyo objeto es la prestación de servicios a título oneroso. Esto último, en particular, por cuanto, según el tribunal de reenvío,<sup>11</sup> los servicios de asesoramiento benefician, desde luego, al agricultor que los recibe, pero también a la Agencia que los remunera y en cuyo nombre se prestan, en el ámbito de sus competencias administrativas.

37. Ahora bien, no puede olvidarse que, para el Tribunal de Justicia, «la elección de una oferta —y, por tanto, de un adjudicatario— es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos que se establece mediante la [...] Directiva [2004/18] y, por consiguiente, al concepto de “contrato público” en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de esta.»<sup>12</sup>

9 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

10 Apartados 27 y 28 del escrito de observaciones de la Comisión.

11 Apartado 56 del auto de remisión: «se puede considerar que la prestación a que se refieren los servicios en cuestión reporta un beneficio económico directo a la Agencia».

12 Sentencia Falk Pharma, apartado 38.

38. No me parece que este enfoque de la sentencia Falk Pharma sea excesivamente reduccionista. Con él se quiere indicar que, a la postre, en los contratos públicos sujetos a la Directiva 2004/18 ha de existir un adjudicatario final, que es preferido al resto de sus competidores en función de las cualidades de su oferta. Y este elemento clave es predicable «de todo contrato, todo acuerdo marco y todo establecimiento de un sistema dinámico de adquisición», respecto de los que «los poderes adjudicadores elaborarán un informe escrito, en el que se incluirá *el nombre del adjudicatario y los motivos por los que se ha elegido su oferta*» [artículo 43, párrafo primero, letra e), de la Directiva 2004/18, cursiva añadida].<sup>13</sup>

39. A mi juicio, en el sistema a debate no es posible identificar la existencia de *criterios de atribución o adjudicación* de contratos de servicios de asesoramiento, sino únicamente *criterios de selección* de operadores económicos capacitados para ofrecer esos servicios.

40. Como recordaba el abogado general Wathelet en las conclusiones presentadas en el asunto Ambisig,<sup>14</sup> son dos tipos de criterios que el Tribunal de Justicia se ha cuidado de diferenciar. Son distintas «la verificación de la aptitud de los licitadores para cumplir el contrato objeto de la adjudicación», por un lado, y «la adjudicación del contrato» en cuanto tal, por otro. «Mientras que la selección de un licitador se efectúa sobre la base de su situación personal y su capacidad para desarrollar la actividad profesional de que se trata, el contrato se adjudica al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador [artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18] o que proponga el precio más bajo [apartado 1, letra b), del mismo artículo]».

41. En otras palabras, si con los criterios de *selección* se busca aquilatar a los *licitadores* en función de sus aptitudes, con los criterios de *adjudicación* se pretende identificar y elegir la *oferta* más conveniente de entre las depositadas por los diversos licitadores. Como se quiere «abrir a la competencia la contratación pública»,<sup>15</sup> los operadores económicos han de concurrir entre sí, como rivales, para hacerse con la prestación del servicio.

42. Estimo que, desde esta perspectiva, es clave la afirmación del tribunal de remisión, en el sentido de que «[e]n la licitación no se establecen criterios de adjudicación que permitan comparar las ofertas entre sí, y la [Agencia] no valoró ni comparó las ofertas conforme a una puntuación», sino que «[t]odos los licitadores que cumplían los requisitos de la licitación, en particular en cuanto a formación y experiencia profesional, fueron admitidos en el acuerdo marco, siempre que aprobasen el examen descrito con más detalle en la licitación.»<sup>16</sup>

43. El Gobierno finlandés sostiene que los criterios de admisión conferían al procedimiento un carácter verdaderamente selectivo. Por un lado, que se hicieran públicos con antelación pudo influir en que los interesados que pensaran que no los reunían se abstuvieran de proponer una oferta. Por otro lado, las condiciones eran tan estrictas que no todos podían cumplirlas, de manera que el procedimiento se habría circunscrito, en realidad, a un «grupo seleccionado».<sup>17</sup> Así, el carácter selectivo del procedimiento haría indispensable, para el Gobierno finlandés, que la fijación de los criterios que confieren esa cualidad no se realice de manera discriminatoria, lo que abocaría a la aplicación de la normativa sobre contratación pública.

<sup>13</sup> *Ibidem*, apartado 39.

<sup>14</sup> Asunto C-601/13, EU:C:2014:2474, puntos 17 y 19.

<sup>15</sup> Considerando segundo de la Directiva 2004/18.

<sup>16</sup> Auto de remisión, apartado 59.

<sup>17</sup> Apartado 38 del escrito de observaciones del Gobierno finlandés. En él subraya que, de un total de 163 ofertas, se admitieron provisionalmente 140 y, con carácter definitivo 138, lo que suponía un 85% de las candidaturas.



44. No cabe duda de que exigir algunas condiciones de cualificación y mérito para acceder al sistema en liza comporta un cierto mecanismo de selección. Ahora bien, lo determinante, en cuanto a los contratos sujetos a la Directiva 2004/18, no es la constatación de la capacidad de los licitadores para prestar el servicio de asesoramiento (criterio de selección), sino el contraste entre las ofertas de esos licitadores, una vez que se les considera capaces, con vistas a elegir finalmente a quién o a quiénes se asignará aquella prestación (criterio de adjudicación).

45. Los requisitos de acceso al sistema de asesoramiento agrícola basados en la capacidad técnica (entre los que se incluye la superación de un examen) permiten, desde luego, seleccionar a los aspirantes, por referencia a un umbral preestablecido. Pero la selección que importa, a efectos de la noción de contrato público de la Directiva 2004/18, es la que resulta del contraste entre las capacidades y los méritos de las ofertas de los diferentes candidatos. Es decir, lo decisivo es la *adjudicación* final, comparativa o por contraste, a la mejor oferta, no la *selección* inicial constatada por relación a un umbral cuya superación no implica competición alguna entre los candidatos.

46. El tribunal de reenvío alude al asunto *Ambisig*,<sup>18</sup> en el que se afirmó que las competencias y la experiencia de los miembros de un equipo que pretende ejecutar un contrato cuyo objeto era la prestación de servicios de formación y consultoría son «los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo» y que «[e]sa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18»,<sup>19</sup> de manera que «la citada calidad puede figurar como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de que se trate.»<sup>20</sup>

47. Sin embargo, esa afirmación del Tribunal de Justicia se hizo en un contexto en el que el poder adjudicador eligió a uno de los licitadores concurrentes y excluyó a otro, utilizando como criterio, justamente, la calidad de sus equipos respectivos.

48. En este asunto, por el contrario, asegura el tribunal de remisión, la Agencia no limitó *ab initio* el número de posibles prestatarios del servicio,<sup>21</sup> ni realizó la comparación de las ofertas entre sí ni llevó a cabo la elección definitiva de una o de varias, basada en una valoración comparativa de sus respectivos contenidos, con exclusión del resto.<sup>22</sup>

49. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en el que es de aplicación la doctrina establecida en el asunto *Falk Pharma*, conforme a la que, «cuando una entidad pública pretenda celebrar contratos de suministro con todos los operadores económicos que deseen proporcionar los productos de que se trate en las condiciones indicadas por dicha entidad, la no designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tendrá como consecuencia que no haya necesidad de delimitar mediante las normas precisas de la Directiva 2004/18 la acción de dicho poder adjudicador impidiéndole adjudicar un contrato de modo que favorezca a los operadores nacionales.»<sup>23</sup>

18 Sentencia de 26 de marzo de 2015 (C-601/13, EU:C:2015:204).

19 *Ibidem*, apartado 33.

20 *Ibidem*, apartado 34.

21 Según el tribunal *a quo*, la Agencia aseveraba «que es necesario un grupo lo más amplio posible de proveedores para garantizar que los destinatarios de los servicios reciban el servicio que precisan» (apartado 50 del auto de reenvío).

22 Es más, la elección *definitiva* de quién ha de prestar el servicio, en cada caso, ni siquiera corresponde a la Agencia, sino a los agricultores que se acogen al sistema de asesoramiento. Estos últimos pueden optar por el asesor que mejor se ajuste a sus necesidades, por más que se prime la elección de los que ofrezcan sus consejos en el entorno más cercano, ya que siempre puede acudir a otros asesores en casos justificados. Véase, en ese sentido, el apartado 14 del auto de remisión.

23 Como recordaba el Tribunal de Justicia en el apartado 35 de esa misma sentencia, «el objetivo de la Directiva 2004/18 consiste en excluir el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en toda adjudicación de contratos efectuada por los poderes adjudicadores». Riesgo que, se decía a continuación (apartado 36), «está estrechamente relacionado con la selección que el poder adjudicador tiene intención de llevar a cabo entre las ofertas admisibles y con la exclusividad que va a derivar de la adjudicación del contrato de que se trate al operador cuya oferta resulte seleccionada —o a los operadores económicos cuyas ofertas resulten seleccionadas en el caso de un acuerdo marco—, que es la finalidad de los procedimientos de contratación pública».

50. Tanto el Gobierno finlandés<sup>24</sup> como el tribunal de remisión coinciden en la pertinencia para este asunto de la doctrina a la que acabo de aludir. Su única duda, que en el caso del Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo) parece ser la que le ha llevado a plantear la cuestión prejudicial,<sup>25</sup> radica en que, a diferencia de lo que sucedía en la sentencia Falk Pharma, el sistema diseñado por la Agencia no está abierto de manera permanente a todos los operadores económicos interesados a lo largo de toda su vigencia.

51. Es verdad que, estrictamente, al limitar el sistema de contratación, durante su período de vigencia, a los operadores económicos admitidos inicialmente por la Agencia (lo que impide el ulterior acceso de nuevos asesores) se está imponiendo una cierta restricción cuantitativa. Pero esto no trae causa sino de la pura y rigurosa limitación en el tiempo del propio sistema de ayudas al asesoramiento, paralela a la del programa de desarrollo rural de Finlandia Continental 2014/2020.

52. Por lo demás, la referencia del Tribunal de Justicia en la sentencia Falk Pharma a la apertura permanente del sistema de contratación a nuevos licitadores no fue, a mi juicio, la *ratio decidendi* de esa sentencia, sino una afirmación realizada *ad abundantiam*. Lo determinante fue, entonces, que el poder adjudicador no había atribuido, en exclusiva, el contrato a uno de los licitadores.<sup>26</sup>

53. En este caso, al igual que en el asunto Falk Pharma, tampoco ha habido ningún elemento de verdadera competencia entre candidatos, para evaluar cuál de sus ofertas es la mejor y desplazar, simultáneamente, las restantes.

54. Por lo demás, como recordaba en aquella misma sentencia el Tribunal de Justicia,<sup>27</sup> este factor clave se enuncia ahora de manera expresa en el concepto de «contratación» de la Directiva 2014/24, cuya inaplicabilidad al caso *ratione temporis* no priva de sentido su mención, siquiera sea solo por expresiva de la voluntad del legislador de consignar explícitamente una característica de los contratos públicos que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia, es inherente a su naturaleza.<sup>28</sup>

55. La relevancia, positiva y negativa, de ese factor queda puesta de manifiesto cuando, en el considerando cuarto de la Directiva 2014/24, se explica que las situaciones en las que todos los operadores que cumplan ciertas condiciones están autorizados a desempeñar una determinada tarea, sin ninguna selectividad, «no deben entenderse como una contratación».

## VI. Conclusión

56. A tenor de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia responder al Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo, Finlandia) en los siguientes términos:

«El artículo 1, apartado 2, letra a), 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, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público, a tenor de esa Directiva, un sistema de selección de prestadores de servicios de asesoramiento rural como el que es objeto del litigio principal, mediante el que una entidad pública

24 Según el Gobierno finlandés, ese factor distinguiría este procedimiento de un régimen de mera autorización y lo acercaría a la condición de «contrato público», en el sentido de la Directiva 2004/2018.

25 Para el tribunal *a quo*, la duda estriba en resolver «si la característica [...] de no estar abierto a nuevos operadores económicos permite concluir que se trata de un contrato público a efectos del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18» (auto de remisión, apartado 63).

26 Sentencia Falk Pharma, apartado 38.

27 *Ibidem*, apartado 40.

28 De conformidad con el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2014/14, «se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos *elegidos* por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público.» *Cursiva añadida.*

acepta a todos los operadores económicos que reúnan los requisitos de idoneidad y superen un examen, sin adjudicar la prestación del servicio, con carácter exclusivo, a alguno o a algunos de dichos asesores en régimen de competencia. Es irrelevante, a estos efectos, que el sistema tenga una vigencia temporal limitada, durante la que no se admiten nuevas incorporaciones.»