



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena)

de 4 de abril de 2019\*

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Celebración de convenios de afiliación a una caja de previsión profesional encargada de la gestión de contribuciones de solidaridad profesional — Celebración que requiere el acuerdo de los empleados o de sus representantes — Directiva 2014/24/UE — Artículos 49 TFUE y 56 TFUE — Principios de igualdad de trato y de no discriminación — Obligación de transparencia»

En el asunto C-699/17,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria), mediante resolución de 29 de noviembre de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de diciembre de 2017, en el procedimiento iniciado por

**Allianz Vorsorgekasse AG,**

en el que participan:

**Bundestheater-Holding GmbH,**

**Burgtheater GmbH,**

**Wiener Staatsoper GmbH,**

**Volksoper Wien GmbH,**

**ART for ART Theaterservice GmbH,**

**fair-finance Vorsorgekasse AG,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena),

integrado por la Sra. K. Jürimäe, Presidenta de Sala, y los Sres. D. Šváby (Ponente) y N. Piçarra, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Pitruzzella;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

\* Lengua de procedimiento: alemán.

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Allianz Vorsorgekasse AG, por el Sr. P. Pallitsch, Rechtsanwalt;
- en nombre de Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper Wien GmbH, ART for ART Theaterservice GmbH, por el Sr. M. Oder, Rechtsanwalt;
- en nombre de fair-finance Vorsorgekasse AG, por el Sr. S. Heid, Rechtsanwalt;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. G. Hesse, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. P. Ondrušek y la Sra. K. Petersen, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2014/24/UE 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), en su versión modificada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015 (DO 2015, L 307, p. 5) (en lo sucesivo, «Directiva 2014/24»), de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, de los principios de igualdad de trato y de no discriminación y de la obligación de transparencia.
- 2 Esa petición ha sido presentada en el contexto de un procedimiento iniciado por Allianz Vorsorgekasse AG (en lo sucesivo, «Allianz») en relación con la aplicación de las normas sobre contratación pública de la Unión Europea a la celebración entre, por un lado, Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper Wien GmbH, ART for ART Theaterservice GmbH (en lo sucesivo, conjuntamente, «sociedades de que se trata») y, por otro lado, fair-finance Vorsorgekasse AG (en lo sucesivo, «fair-finance») de convenios relativos a la gestión y la inversión de cotizaciones destinadas a financiar las indemnizaciones de partida abonadas a los trabajadores de las sociedades de que se trata.

### **Marco jurídico**

#### ***Derecho de la Unión***

- 3 El considerando 1 de la Directiva 2014/24 enuncia:  
  
«La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia.»

4 El artículo 2, apartado 1, punto 5, de esa Directiva dispone:

«A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

5. “Contratos públicos”: los contratos onerosos 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.»

5 El artículo 4 de la citada Directiva, que lleva por título «Importes de los umbrales», prevé:

«La presente Directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, el impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido, sea igual o superior a los siguientes umbrales:

[...]

c) 209 000 [euros] en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos; este umbral se aplicará también a los contratos públicos de suministro adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales que operen en el sector de la defensa, cuando estos contratos tengan por objeto productos no contemplados en el anexo III;

[...]».

6 El artículo 5 de la Directiva 2014/24, que lleva por título «Métodos de cálculo del valor estimado de la contratación», dispone:

«1. El cálculo del valor estimado de una contratación se basará en el importe total a pagar, IVA excluido, estimado por el poder adjudicador, incluido cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de los contratos que figuren explícitamente en los pliegos de la contratación.

Cuando el poder adjudicador haya previsto otorgar premios o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, tendrá en cuenta la cuantía de los mismos en el cálculo del valor estimado de la contratación.

[...]

13. Respecto de los contratos públicos de servicios, la base de cálculo del valor estimado del contrato será, según proceda, la siguiente:

a) servicios de seguros: la prima y otras formas de remuneración;

b) servicios bancarios y otros servicios financieros: los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración;

[...]

14. Respecto de los contratos públicos de servicios en los que no se indique un precio total, la base de cálculo del valor estimado del contrato será la siguiente:

a) en el caso de los contratos de duración determinada, cuando esta sea igual o inferior a 48 meses: el valor total correspondiente a toda su duración;

- b) en el caso de los contratos de duración indeterminada o superior a 48 meses: el valor mensual multiplicado por 48.»
- 7 El artículo 10 de esa Directiva, que lleva por título «Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios», enuncia:

«La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para:

[...]

g) los contratos de trabajo;

[...]».

### ***Derecho austriaco***

- 8 El artículo 1 de la Bundesvergabegesetz 2006 (Ley federal de 2006 relativa a la adjudicación de contratos públicos) (BGBl. I, 17/2006), en su versión publicada en el BGBl. I, 7/2016 (en lo sucesivo, «BVergG 2006»), establece:

«1. La presente Ley federal regula en particular

los procedimientos de adjudicación de contratos de prestaciones en el sector público (procedimiento de adjudicación de contratos públicos), a saber, la adjudicación de contratos públicos de ejecución de obras, de suministro de productos o de prestación de servicios así como la adjudicación de contratos de concesión de obras y de servicios por los poderes adjudicadores, los concursos organizados por los poderes adjudicadores, la adjudicación de contratos públicos de obras con terceros por concesionarios de obras que no son poderes adjudicadores y la adjudicación de contratos públicos de obras y de servicios que no han sido adjudicados por poderes adjudicadores, pero que son subvencionados por estos (2ª parte),

[...]».

- 9 El artículo 10 de la BVergG 2006, relativo a los procedimientos de adjudicación excluidos del ámbito de aplicación de esa Ley, dispone:

«La presente Ley federal no será de aplicación:

[...]

12. a los contratos de trabajo.

[...]»

- 10 El artículo 12 de la citada Ley, relativo a los valores de los umbrales, prevé:

«(1) En la adjudicación de contratos públicos, los procedimientos de los adjudicadores se llevarán a cabo por encima del umbral cuando el valor estimado del contrato:

[...]

2. ascienda a 209 000 euros en todos los demás contratos de suministros y de servicios;

[...]».

- 11 El cálculo del valor estimado del contrato en los contratos de servicios se precisa en el artículo 16 de la misma Ley del modo siguiente:

«1. En los contratos relativos a los siguientes servicios, se tendrán en cuenta:

1. servicios de seguro: la prima y otras formas de remuneración;
2. servicios bancarios y otros servicios financieros: los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración análogas;

[...]

2. En los contratos de servicios que no indiquen un precio global, se considerará como valor estimado del contrato:

[...]

2. Contratos de duración indeterminada o superior a cuarenta y ocho meses, 48 veces la remuneración mensual que ha de pagarse.

[...]»

- 12 El artículo 3 de la betriebliches Mitarbeiter- und Selbstständigenvorsorgegesetz (Ley relativa al régimen de previsión aplicable a los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena) (BGBl. I, 100/2002), en su versión publicada en el BGBl. I, 34/2005 (en lo sucesivo, «BMSVG»), dispone:

«A efectos de la presente Ley federal, se entenderá por:

[...]

3. Derechos adquiridos a la indemnización de partida: los derechos de un derechohabiente gestionados por una caja; estos están constituidos:

- por las cotizaciones de indemnización de partida abonadas a esa caja, una vez deducidos los gastos de administración retenidos, o por al menos los derechos adquiridos a la indemnización de partida por vejez transferidos a esa caja, una vez deducidos los gastos de administración retenidos, incrementados con;
- los intereses de demora eventualmente abonados a la caja por las cotizaciones de indemnización de partida o por los derechos a una indemnización de partida por vejez, incrementados con;
- al menos los derechos adquiridos a la indemnización de partida eventualmente transferidos a esa caja por otra caja, incrementados con;
- los beneficios de la inversión obtenidos.

[...]»

- 13 El artículo 9, apartados 1 y 2, de la BMSVG establece:
- «1. La elección de la caja debe llevarse a cabo a su debido tiempo mediante un convenio de empresa con arreglo al artículo 97, apartado 1, punto 1b, de la Arbeitsverfassungsgesetz (Ley sobre las relaciones laborales) [...]
2. Para los trabajadores que no estén representados por un comité de empresa, el empresario debe elegir a su debido tiempo la caja profesional de previsión, salvo que el empresario ya estuviera obligado a elegir una caja profesional de previsión con arreglo al artículo 53, apartado 1, o ya hubiera elegido una caja profesional de previsión con arreglo al artículo 65, apartado 1, y celebrado un convenio de afiliación. En el plazo de una semana todos los trabajadores deberán ser informados por escrito de la elección prevista de la caja profesional de previsión. Si al menos un tercio de los trabajadores se opone por escrito a la elección prevista en un plazo de dos semanas, el empresario deberá proponer otra caja profesional de previsión. [...]»
- 14 El artículo 11 de la BMSVG prevé que el convenio de afiliación se celebrará entre la caja profesional de previsión y el empresario que se afilia.
- 15 El artículo 18 de la BMSVG define como caja profesional de previsión aquella que está habilitada para percibir cotizaciones de indemnización de partida y cotizaciones de previsión de trabajadores por cuenta propia. Ese artículo prevé también que las cotizaciones de indemnización de partida abonadas a la caja son propiedad de esta, que las conserva y gestiona a título fiduciario para los derechohabientes.
- 16 El artículo 26 de la BMSVG, que lleva por título «Gastos de administración», dispone:
- «1. Las cajas están autorizadas a deducir los gastos de administración de las cotizaciones de indemnización de partida percibidas. Esos gastos de administración deberán fijarse para todos los cotizantes de una caja a un tipo comprendido entre el 1 y el 3,5 % de las cotizaciones de indemnización de partida.
- [...]
3. Para la inversión de los haberes constituidos en concepto de indemnización de partida, las cajas están autorizadas:
- [...]
2. a retener sobre los rendimientos de las inversiones una compensación por la gestión de los haberes que no podrá exceder por ejercicio del 1 % y a partir del 1 de enero de 2005 del 0,8 % por ejercicio de los haberes constituidos en concepto de indemnización de partida [...]».
- 17 El artículo 27a de la BMSVG organiza un procedimiento de designación de una caja cuando el empresario aún no ha celebrado un convenio de afiliación con una caja, dentro del plazo de seis meses como máximo a contar desde el inicio de la relación laboral del trabajador para el cual el empresario debe abonar por la primera vez cotizaciones. Corresponderá al organismo de seguros médicos competente conminar al empresario a elegir una caja en el plazo de tres meses, a falta de lo cual, se designará una caja al empresario.

18 El artículo 29 de la *Arbeitsverfassungsgesetz* (Ley sobre relaciones laborales) (BGBl. 22/1974), en su versión publicada en el BGBl. I, 71/2013, define el acuerdo de empresa en los siguientes términos:

«Los acuerdos de empresa son convenios escritos celebrados por el propietario de la empresa, por un lado, y el comité de empresa, por otro lado, en las materias cuya reglamentación está reservada por ley o por convenio colectivo a un acuerdo de empresa.»

19 El artículo 97 de la Ley sobre relaciones laborales, en su versión publicada en el BGBl. I, 71/2013, prevé que los acuerdos de empresa a los que se refiere el artículo 29 de esa Ley podrán celebrarse para la elección de la caja de previsión del personal.

### **Litigio principal y cuestión prejudicial**

20 En su condición de empresarios, las sociedades de que se trata están obligadas en virtud de la BMSVG a transferir, por su personal, una cotización equivalente al 1,53 % de la remuneración mensual a una caja de previsión de empresa (en lo sucesivo, «caja de previsión») que gestiona e invierte las cantidades así abonadas. A tal efecto, el artículo 11 de la BMSVG exige que la caja de previsión y el empresario que se afilie a la misma firmen un convenio de afiliación. De ese modo, al término de su relación laboral, la caja atribuye al trabajador una indemnización de partida que representa, en esencia, las cotizaciones abonadas, incrementadas con el producto de las inversiones realizadas y minoradas por los gastos de administración retenidos por la citada caja.

21 En efecto, como contraprestación por su actividad de gestión y de inversión de las cotizaciones percibidas, la caja de previsión está autorizada, en virtud del artículo 26 de la BMSVG, por un lado, a deducir los gastos de administración de las citadas cotizaciones y, por otro lado, a retener una compensación por la gestión de los beneficios de las inversiones realizadas.

22 Hasta el año 2016, un convenio de afiliación unía a cada una de las sociedades de que se trata con Allianz. En febrero de 2016, aquellas publicaron una nota, a escala nacional, anunciando la apertura de un procedimiento de selección para un eventual cambio de caja de previsión. El contrato, que mencionaba a las sociedades de que se trata, tenía por objeto la conclusión de un convenio de afiliación y la transmisión de los derechos adquiridos a la indemnización de partida a la nueva caja.

23 Allianz y fair-finance presentaron una oferta.

24 El 17 de junio de 2016, las sociedades de que se trata anunciaron su intención de adjudicar el contrato a fair-finance.

25 A raíz de la petición de anulación de la decisión de adjudicación del citado contrato, formulada por Allianz el 24 de junio de 2016, las sociedades de que se trata revocaron esa decisión el 29 de junio de 2016 y, el 8 de julio de 2016, revocaron el procedimiento de adjudicación abierto el mes de febrero de 2016.

26 En el mismo tiempo, cada una de las sociedades de que se trata celebró, el 29 de junio de 2016, un convenio de afiliación con fair-finance antes de rescindir, el 30 de junio de 2016, con efectos a partir del 31 de diciembre de 2016, cada uno de los convenios de afiliación celebrados con Allianz.

27 El 29 de julio de 2016, Allianz interpuso ante el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, Austria) un recurso con el que solicitaba que se declarase la ilegalidad de la celebración del convenio de afiliación con fair-finance por las sociedades de que se trata sin publicidad previa y sin comunicación de la decisión de adjudicación. En apoyo de ese recurso, Allianz alegó que la celebración de los convenios de afiliación de que se trata estaba sujeta a la BVergG 2006.

- 28 El 14 de septiembre de 2016, el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo) desestimó dicho recurso.
- 29 Allianz interpuso un recurso de casación contra la resolución que desestimaba el anterior recurso ante el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria).
- 30 Este último órgano jurisdiccional pregunta, desde varios puntos de vista, acerca de la aplicabilidad, a la celebración de los convenios de que se trata en el litigio principal, de las normas de la Unión relativas a los contratos públicos, a saber, la Directiva 2014/24 y las normas fundamentales extraídas del Tratado FUE.
- 31 En primer lugar, el citado órgano jurisdiccional alberga dudas en cuanto al hecho de que un convenio de afiliación, como los controvertidos en el litigio principal, pueda estar comprendido en la excepción relativa a los «contratos de trabajo», prevista en el artículo 10, letra g), de la Directiva 2014/24, dado que, para el cumplimiento de su prestación de gestión y de inversión de las cotizaciones, la caja de previsión no está relacionada con el empresario de los trabajadores de que se trata mediante un vínculo de subordinación. Esa interpretación se ve corroborada por la sentencia de 15 de julio de 2010, Comisión/Alemania (C-271/08, EU:C:2010:426), en la que el Tribunal de Justicia declaró que a un convenio celebrado entre un empresario y una empresa de seguros, en relación con un seguro de vejez de empresa, no se aplica dicha excepción.
- 32 En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente considera que las actividades de recaudación y de inversión de las cotizaciones relativas a las indemnizaciones de partida deberían calificarse de operaciones bancarias y no como actividades de seguro por los tres motivos siguientes. Primero, la normativa nacional exige una autorización bancaria para el ejercicio de actividades en el sector de la previsión profesional. Segundo, en el marco de esas actividades, a diferencia de una empresa de seguros, la caja de previsión no asume ningún riesgo. Tercero, la única contraprestación del empresario se concretiza en la retención, por esa caja, de los gastos de administración, ya que las cotizaciones abonadas mensualmente a esta por el empresario no son una contraprestación, sino un capital que debe gestionarse. Por tanto, tomando como base para el cálculo los gastos de administración retenidos por la caja de previsión en concepto de remuneración, el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que el valor del contrato asciende a 174 000 euros y no alcanza, en consecuencia, el umbral fijado para los contratos públicos de servicios en el artículo 4, letra c), de la Directiva 2014/24.
- 33 En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, por tanto, si, en el presente asunto, procede interpretar la Directiva 2014/24 o bien las normas fundamentales y los principios generales que se desprenden del Tratado. A este respecto, refiriéndose a la sentencia de 5 de abril de 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266), considera que existe un interés cierto de la Unión en que, para evitar, en el futuro, divergencias de interpretación, esa Directiva sea objeto de una interpretación uniforme. Señala que la descripción de las operaciones económicas que figuran en la BVergG 2006 es uniforme para todos los contratos, con independencia de que alcancen o no el umbral fijado, y se basa en las disposiciones de la Directiva 2014/24, como se desprende de la exposición de motivos que figura en el proyecto de ley presentado para la adopción de la BVergG 2006.
- 34 En todo caso, incluso si no se alcanzan los umbrales previstos por la Directiva 2014/24, el órgano jurisdiccional remitente considera que procede referirse a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, a los principios de igualdad de trato y de no discriminación y a la obligación de transparencia. A este respecto, al referirse a la jurisprudencia, el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que existe, en el presente asunto, un interés transfronterizo cierto, habida cuenta del importe del contrato y de la naturaleza de este y de la actividad de gestión e inversión de cotizaciones de que se trata en el litigio principal, que no requiere presencia física de personal.

- 35 En cuarto lugar, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si la celebración de un convenio de afiliación con una caja de previsión puede calificarse de «contratación», en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2014/24. En la medida en que la elección de esa caja debe producirse mediante un acuerdo de empresa concluido entre el empresario y el personal representado por el comité de empresa, este podría negarse a concluir el acuerdo proyectado por el empresario en su condición de poder adjudicador. A falta de acuerdo entre el empresario y el comité de empresa, la elección de la caja de previsión será efectuada finalmente por un órgano de conciliación *ad hoc*, con arreglo al artículo 27 *bis* de la BMSVG.
- 36 En consecuencia, refiriéndose a la sentencia de 15 de julio de 2010, Comisión/Alemania (C-271/08, EU:C:2010:426), el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si el Derecho de los contratos públicos resulta de aplicación en circunstancias como las del litigio principal.
- 37 Según dicho órgano jurisdiccional, en esas circunstancias, procedería o bien reconocer la condición de poder adjudicador al comité de empresa, extremo que no prevé ni el Derecho nacional ni el Derecho de la Unión, o bien admitir que el empresario está vinculado por la elección de la caja de previsión al término del procedimiento de adjudicación, lo que impediría el establecimiento de un diálogo social entre el empresario y el comité de empresa.
- 38 En este contexto, el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Son aplicables las disposiciones de la Directiva 2014/24 [...], los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, y los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia que se deducen de los mismos para la contratación pública a la celebración, entre poderes adjudicadores y cajas profesionales de previsión, de convenios relativos a la gestión e inversión de cotizaciones de carácter remuneratorio, cuando la celebración del convenio y, por tanto, la elección de la caja de previsión requiere el consentimiento de los trabajadores o de sus representantes, de manera que no puede llevarla a cabo el poder adjudicador por sí solo?»

### **Sobre la cuestión prejudicial**

- 39 Como la cuestión prejudicial planteada se refiere tanto a la Directiva 2014/24 como a las normas fundamentales que se desprenden del Tratado, con el fin de dar una respuesta útil para resolver el litigio principal, procede determinar, con carácter preliminar, las normas aplicables a un convenio de afiliación como el del litigio principal.
- 40 A este respecto, de la resolución de remisión se desprende que el contrato de que se trata en el litigio principal tiene un valor estimado de 174 000 euros, inferior al umbral de 209 000 euros fijado en el artículo 4, letra c), de la Directiva 2014/24. En consecuencia, esa Directiva no resulta de aplicación a ese contrato (sentencia de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, apartado 30 y jurisprudencia citada).
- 41 El órgano jurisdiccional remitente considera no obstante que el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre la cuestión prejudicial planteada y que la interpretación de las disposiciones de la citada Directiva se justifica debido a que, como se desprende de la exposición de motivos del proyecto de ley presentado para la adopción de la BVergG 2006, esa ley describe de manera uniforme todos los contratos, con independencia de que su valor sea inferior o superior a los umbrales, y se inspira en las disposiciones de la Directiva 2014/24.

- 42 A este respecto, de la jurisprudencia se desprende que, cuando, para resolver una situación no amparada por un acto de la Unión, una normativa nacional se atiene a las soluciones aplicadas por ese acto, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones tomadas de dicho acto reciban una interpretación uniforme (sentencia de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, apartado 33 y jurisprudencia citada).
- 43 Por consiguiente, la interpretación de las disposiciones de un acto de la Unión en situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de este se justifica cuando el Derecho nacional las ha hecho directa e incondicionalmente aplicables a tales supuestos, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de esas situaciones y las comprendidas en ese ámbito de aplicación (sentencia de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, apartado 34 y jurisprudencia citada).
- 44 No obstante, según las indicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, no parece que suceda así en el litigio principal.
- 45 En efecto, ni de la resolución de remisión ni de los autos sometidos al Tribunal de Justicia se desprende que una disposición de la BVergG 2006 haga que la Directiva 2014/24 sea directa e incondicionalmente aplicable a los contratos públicos cuyo valor no alcance el umbral pertinente previsto en el artículo 4, letra c), de esa Directiva.
- 46 Aunque la exposición de motivos del proyecto de ley presentado para la adopción de la BVergG 2006 se remite a la citada Directiva, esa mera remisión no basta para establecer y caracterizar el vínculo directo e incondicional requerido.
- 47 En consecuencia, procede considerar que el órgano jurisdiccional remitente no ha comunicado al Tribunal de Justicia los elementos que permitan estimar que el legislador nacional ha efectuado una remisión directa e incondicional a la Directiva 2014/24.
- 48 De ello se desprende que, habida cuenta del valor del contrato de que se trata en el litigio principal, no procede responder a la cuestión prejudicial por lo que respecta a la Directiva 2014/24.
- 49 No obstante, en lo que atañe a un contrato que, habida cuenta de su valor, no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, procede tener en cuenta las normas fundamentales y los principios generales del Tratado, en particular los artículos 49 TFUE y 56 TFUE y los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia que se derivan de ellos, siempre que el contrato en cuestión presente un interés transfronterizo cierto (sentencia de 5 de abril de 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, apartado 36).
- 50 A este respecto, un contrato puede presentar dicho interés habida cuenta en particular de la importancia de su importe, en relación con el lugar de ejecución de las prestaciones, o incluso de sus características específicas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, apartado 20, y de 19 de abril de 2018, Oftalma Hospital, C-65/17, EU:C:2018:263, apartado 40). Corresponde al tribunal remitente apreciar la existencia de tal interés (véase, en ese sentido, la sentencia de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014.2063, apartado 25).
- 51 En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente considera que ha quedado acreditada la existencia de un interés transfronterizo cierto, al hacer referencia, por una parte, al valor significativo del contrato, que está próximo al umbral fijado en el artículo 4, letra c), de la Directiva 2014/24, y, por otra parte, a la naturaleza de las prestaciones de gestión y de inversión de las cotizaciones de que se trata en el litigio principal, que no requieren ninguna presencia física de personal o de recursos materiales en Austria, ya que esas prestaciones pueden efectuarse a distancia.

- 52 De ello resulta que procede responder a la cuestión prejudicial planteada a la luz de las normas fundamentales y de los principios generales derivados del Tratado, en particular de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE.
- 53 En consecuencia, procede entender la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que se refiere, en esencia, a si los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia deben interpretarse en el sentido de que son aplicables a la celebración de un convenio de afiliación entre un empresario, organismo de Derecho público, y una caja profesional de previsión, para la gestión y la inversión de cotizaciones destinadas a financiar las indemnizaciones de partida abonadas a los trabajadores de ese empresario, aunque la celebración de ese convenio no dependa únicamente de la voluntad del empresario, sino que exija el consentimiento del personal o del comité de empresa.
- 54 Más en concreto, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en el presente asunto, el ejercicio de un derecho de codecisión por un comité de empresa, con arreglo al artículo 9, apartado 1, de la BMSVG, o de un derecho de oposición de un tercio del personal en el supuesto en el que no exista comité de empresa, con arreglo al artículo 9, apartado 2, de esa Ley, puede sustraer la celebración de un convenio de afiliación como los controvertidos en el litigio principal de las normas fundamentales derivadas del Tratado y aplicables a los contratos públicos.
- 55 Procede señalar que el derecho de codecisión de que dispone el comité de empresa para elegir la caja de previsión, con arreglo al artículo 9, apartado 1, de la BMSVG, así como el derecho de oposición de un tercio del personal respecto de esa elección, con arreglo al artículo 9, apartado 2, de esa Ley, constituyen dos expresiones del derecho fundamental a la negociación colectiva.
- 56 Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva, como figura en el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no puede implicar, como tal, que un empresario eluda automáticamente el cumplimiento de las normas relativas a los contratos públicos contenidas en el Tratado. En efecto, no puede considerarse que sea inherente al propio derecho a la negociación colectiva la vulneración de las normas fundamentales que se desprenden del Tratado y que se refieren al ámbito de la contratación pública (véase, en ese sentido, la sentencia de 15 de julio de 2010, Comisión/Alemania, C-271/08, EU:C:2010:426, apartados 41 y 47).
- 57 De ello resulta que el hecho de que la adjudicación de un contrato proceda de un convenio colectivo no conduce, como tal, a sustraer este del ámbito de aplicación de las normas aplicables a los contratos públicos (véase, en ese sentido, la sentencia de 15 de julio de 2010, Comisión/Alemania, C-271/08, EU:C:2010:426, apartado 50).
- 58 Procede aplicar esos principios en el asunto principal. En efecto, el argumento con arreglo al cual las sociedades de que se trata no han podido tomar su decisión de manera autónoma, ya que los comités de empresa disponen de un derecho de codecisión, en virtud del artículo 9, apartado 1, de la BMSVG, y el personal dispone de un derecho de oposición, con arreglo al artículo 9, apartado 2, de esa Ley, no puede diferenciar el asunto principal de aquel que dio lugar a la sentencia de 15 de julio de 2010, Comisión/Alemania, (C-271/08, EU:C:2010:426), que tenía por objeto un régimen de seguros de vejez. En ese asunto, se ponía en entredicho la autonomía en la toma de decisiones de los poderes adjudicadores ya que estos, en virtud del convenio colectivo aplicable, no podían conceder de modo discrecional una preferencia a un licitador determinado. En respuesta a esa argumentación, el Tribunal de Justicia consideró no obstante que bastaba con que los empresarios de que se trataba hubieran podido ejercer una influencia sobre la elección de la otra parte contratante, al menos indirectamente, por medio de un convenio colectivo.

- 59 Pues bien, en el presente asunto, de los artículos 9 y 11 de la BMSVG se desprende que el convenio de afiliación se celebra entre el empresario y la caja de previsión, lo que implica que el empresario ejerce esa influencia para la elección de esta.
- 60 En consecuencia, procede considerar que el ejercicio de uno de los derechos de negociación colectiva enunciados en el artículo 9 de la BMSVG no puede sustraer a un poder adjudicador, como el del litigio principal, de su obligación de cumplir las normas fundamentales del Tratado, entre las que figura en particular la obligación de transparencia que resulta de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE.
- 61 Pues bien, la obligación de transparencia exige por parte del poder adjudicador un grado de publicidad adecuado que permita, por un lado, abrir a la competencia los procedimientos de adjudicación y, por otro lado, controlar su imparcialidad (sentencia de 17 de diciembre de 2015, UNIS y Beaudout Père et Fils, C-25/14 y C-26/14, EU:C:2015:821, apartado 39).
- 62 De ese modo, las normas relativas al procedimiento de adjudicación deben aplicarse de manera transparente a todos los licitadores. En efecto, la obligación de transparencia, que es un corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que cualquier operador interesado pueda decidir concurrir a licitaciones sobre la base de toda la información pertinente y garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Implica que todos los requisitos y modalidades del procedimiento de licitación estén formulados de forma clara, precisa e inequívoca, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, se delimite el poder discrecional de la entidad adjudicadora y esta pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el procedimiento de que se trate (véanse, en ese sentido, las sentencias de 4 de febrero de 2016, Ince, C-336/14, EU:C:2016:72, apartado 87, y de 22 de junio de 2017, Unibet International, C-49/16, EU:C:2017:491, apartado 46).
- 63 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia deben interpretarse en el sentido de que son de aplicación a la celebración de un convenio de afiliación entre un empresario, organismo de Derecho público, y una caja profesional de previsión, para la gestión y la inversión de cotizaciones destinadas a financiar las indemnizaciones de partida abonadas a los trabajadores de ese empresario, aunque la celebración de ese convenio no dependa únicamente de la voluntad de dicho empresario, sino que requiera el consentimiento del personal o del comité de empresa.

### **Costas**

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

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

**Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia deben interpretarse en el sentido de que son de aplicación a la celebración de un convenio de afiliación entre un empresario, organismo de Derecho público, y una caja profesional de previsión, para la gestión y la inversión de cotizaciones destinadas a financiar las indemnizaciones de partida abonadas a los trabajadores de ese empresario, aunque la celebración de ese convenio no dependa únicamente de la voluntad de dicho empresario, sino que requiera el consentimiento del personal o del comité de empresa.**

Firmas