

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)
de 10 de noviembre de 2005*

En el asunto C-29/04,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 28 de enero de 2004,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. K. Wiedner, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República de Austria, representada por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y los Sres. K. Schiemann (Ponente), J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts y M. Ilešič, Jueces;

Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;

Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 21 de abril de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), al haberse adjudicado el contrato de eliminación de residuos en el municipio de Mödling sin haberse observado las normas de procedimiento y publicidad establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2.

Marco jurídico

2 El artículo 1 de la Directiva 92/50 establece que se entenderá por:

«a) *contratos públicos de servicios*: los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, [...]

[...]

b) *entidad adjudicadora*: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

[...]

c) *prestador de servicios*: toda persona física o jurídica, incluidos los organismos públicos, que ofrezca servicios. [...]

d) *procedimientos abiertos*: aquellos procedimientos nacionales en que cualquier prestador de servicios interesado pueda presentar ofertas;

- e) *procedimientos restringidos*: aquellos procedimientos nacionales en que únicamente los prestadores de servicios invitados a licitar por el poder adjudicador puedan presentar ofertas;

- f) *procedimientos negociados*: aquellos procedimientos nacionales en que las entidades adjudicadoras celebren consultas con prestadores de servicios de su elección y negocien con uno o más de ellos las condiciones del contrato;

[...]»

3 El artículo 8 de dicha Directiva dispone:

«Los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI.»

4 El artículo 11, apartado 1, de la misma Directiva prevé:

«Las entidades adjudicadoras adjudicarán los contratos públicos de servicios con arreglo a los procedimientos definidos en las letras d), e) y f) del artículo 1, adaptados a los fines de la presente Directiva.»

5 A tenor del artículo 15, apartado 2, de la Directiva 92/50:

«Las entidades adjudicadoras que deseen adjudicar un contrato público de servicios mediante procedimiento abierto, restringido o –siempre que se reúnan las circunstancias descritas en el artículo 11– negociado, darán a conocer su intención por medio de un anuncio.»

Hechos y procedimiento administrativo previo

6 El 21 de mayo de 1999, el municipio de Mödling acordó en una reunión del Pleno del Ayuntamiento la creación de un organismo jurídicamente independiente para cumplir las obligaciones que le incumbían en virtud de la Ley del Land de Baja Austria de 1992 sobre la gestión de residuos (Niederösterreichisches Abfallwirtschaftsgesetz, LGB1. 8240), organismo que tenía por finalidad, en particular, prestar servicios en el ámbito de la gestión ecológica de residuos y realizar las operaciones comerciales conexas, esencialmente en materia de eliminación de residuos.

7 Por consiguiente, el 16 de junio de 1999, se otorgó la escritura de constitución de la sociedad Stadtgemeinde Mödling AbfallwirtschaftsgmbH (en lo sucesivo, «AbfallGmbH»), cuyo capital social pertenecía íntegramente al municipio de Mödling. El 25 de junio de 1999, el Pleno del Ayuntamiento de Mödling decidió encargar en exclusiva a AbfallGmbH la gestión de residuos en el territorio municipal.

8 El 15 de septiembre de 1999, el municipio de Mödling encomendó en exclusiva a AbfallGmbH, mediante contrato celebrado por tiempo indefinido que entró en vigor con efecto retroactivo a 1 de julio de 1999, la recogida y tratamiento de sus residuos.

Dicho contrato estipulaba la cuantía de la remuneración que el municipio de Mödling debía pagar a AbfallGmbH, en concreto, una cantidad fija por cubo de basura o contenedor.

- 9 En su reunión de 1 de octubre de 1999, el Pleno del Ayuntamiento de Mödling acordó ceder el 49 % de sus participaciones sociales en AbfallGmbH a la sociedad Saubermacher Dienstleistungs-Aktiengesellschaft (en lo sucesivo, «Saubermacher AG»). El acta de dicha reunión reveló que tras la resolución de 25 de junio de 1999 se habían entablado conversaciones con representantes de sociedades interesadas en llegar a una colaboración en el ámbito de actividad de AbfallGmbH, entre otras, con Saubermacher AG.
- 10 El 6 de octubre de 1999, se modificó la escritura de constitución de AbfallGmbH para que la junta general pudiera adoptar la mayoría de los acuerdos por mayoría simple y para fijar el quórum en el 51 % del capital social. Se acordó igualmente que de la representación de dicha sociedad en sus relaciones internas y externas se encargarían dos gerentes, nombrados cada uno por un socio, con firma conjunta y con poderes mancomunados.
- 11 La cesión de participaciones antes mencionada se produjo efectivamente el 13 de octubre de 1999. Sin embargo, AbfallGmbH no inició sus actividades operacionales hasta el 1 de diciembre siguiente, en un momento en que Saubermacher AG ya participaba en el capital de dicha sociedad.
- 12 Del 1 de diciembre de 1999 al 31 de marzo de 2000, AbfallGmbH ejerció sus actividades exclusivamente por cuenta del municipio de Mödling. Posteriormente, tras la puesta en servicio de una estación de carga, prestó también servicios a terceros, sobre todo a otros municipios del distrito.

- 13 Tras requerir a la República de Austria para que presentara sus observaciones, la Comisión emitió el 2 de abril de 2003 un dictamen motivado en el que alegaba que se habían infringido las disposiciones de la Directiva 92/50 porque el municipio de Mödling no había convocado una licitación para adjudicar el contrato de eliminación de residuos en cuestión, cuando éste debía considerarse un contrato público de servicios en el sentido de la Directiva 92/50.
- 14 En su respuesta al dictamen motivado, la República de Austria defendió que la celebración del referido contrato con AbfallGmbH no estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de las directivas en materia de contratación pública, al tratarse de una transacción interna entre el municipio de Mödling y AbfallGmbH.
- 15 Por considerar insatisfactoria esta respuesta, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Alegaciones de las partes

- 16 La Comisión sostiene que las normas de procedimiento y publicidad definidas en los artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2, de la Directiva 92/50, respectivamente, resultan plenamente aplicables al cumplirse los requisitos de aplicación de la Directiva.
- 17 La Comisión afirma que, contrariamente a lo que alegó el Gobierno austriaco en el procedimiento administrativo previo, ningún elemento demuestra que existe una

relación interna entre el municipio de Mödling y AbfallGmbH. A este respecto, se refiere a la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50), en la que el Tribunal de Justicia declaró que la licitación no es obligatoria 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 y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan.

- 18 La Comisión considera que si bien dicha sentencia se dictó con respecto al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), la postura adoptada por el Tribunal de Justicia resulta aplicable a todas las directivas comunitarias en materia de contratos públicos. Invoca la sentencia Teckal, antes citada, para fundamentar su argumentación de que tan sólo en el supuesto de que la entidad adjudicadora ejerza un control ilimitado sobre el adjudicatario, no se aplicarán las directivas en materia de contratación pública. A su juicio, desde el momento en que una empresa privada participa en el capital social de la sociedad adjudicataria, debe presumirse que la entidad adjudicadora ya no puede ejercer sobre esta sociedad «un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios», en el sentido de la referida sentencia. Por consiguiente, la Comisión entiende que una participación minoritaria de una compañía privada basta para excluir la existencia de una transacción interna.
- 19 Además, la Comisión alega que, en el caso de autos, la participación minoritaria de Saubermacher AG implica que ésta dispone de derechos de veto y de la facultad de nombrar a uno de los dos administradores, que disfrutan de derechos idénticos, lo que excluye que el municipio de Mödling pueda ejercer sobre AbfallGmbH un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- 20 En su defensa, el Gobierno austriaco niega, en primer lugar, que el recurso de la Comisión sea admisible.

- 21 El Gobierno austriaco sostiene que la constitución de AbfallGmbH, la celebración del contrato de eliminación de residuos y la cesión de participaciones constituyen tres transacciones distintas que no debían haberse cotejado con las disposiciones de la Directiva 92/50, sino directamente con las del Tratado CE. Por tanto, considera que una infracción de esta Directiva sólo era factible en el supuesto de que tales transacciones se hubieran planeado para eludir la aplicación de la Directiva 92/50 o en el supuesto de que la cesión de participaciones en cuestión pudiera dar lugar a una transacción que se rija por las normas relativas a la adjudicación de contratos públicos.
- 22 Pues bien, el Gobierno austriaco afirma que durante el procedimiento por incumplimiento la Comisión no formuló observación alguna sobre tales hipótesis. Alega que ni en el procedimiento administrativo previo ni en el escrito de interposición de la demanda la Comisión delimitó el objeto del litigio, que la Comisión tampoco demostró que el contrato controvertido se hubiera celebrado en contra de lo dispuesto en la Directiva 92/50 y que tampoco expuso las razones por las cuales considera que la existencia de una transacción interna es esencial en el presente asunto.
- 23 En segundo lugar, sobre el fondo, el Gobierno austriaco reprocha a la Comisión haber pasado por alto el hecho de que el municipio de Mödling posea el 100 % del capital social de AbfallGmbH en el momento de celebrar el contrato de eliminación de residuos con dicha sociedad. Así, a su juicio, al tratarse de una transacción interna, la licitación no resultaba necesaria.
- 24 Además, dicho Gobierno considera que el concepto de «control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios» en el sentido de la sentencia Teckal, antes citada, no implica que el control sea idéntico, sino comparable. En su opinión, el municipio de Mödling mantenía tal control aun después de haber cedido el 49 % de sus participaciones sociales en AbfallGmbH.

Apreciación del Tribunal de Justicia

Sobre la admisibilidad

- 25 Según reiterada jurisprudencia, la finalidad del procedimiento administrativo previo es dar al Estado miembro interesado la ocasión, por una parte, de cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario y, por otra, de formular adecuadamente las alegaciones que, en su defensa, estime pertinentes frente a las imputaciones de la Comisión (véanse, en particular, las sentencias de 10 de mayo de 2001, Comisión/Países Bajos, C-152/98, Rec. p. I-3463, apartado 23, y de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, C-439/99, Rec. p. I-305, apartado 10).
- 26 De lo que se deduce, en primer lugar, que el procedimiento administrativo previo establecido en el artículo 226 CE delimita el objeto de un recurso interpuesto al amparo de dicho artículo y que, en consecuencia, el dictamen motivado y el recurso deben basarse en motivos idénticos. Si una imputación no ha sido formulada en el dictamen motivado, no es admisible en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia (véase, en particular, la sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 11).
- 27 En segundo lugar, el dictamen motivado debe contener una exposición coherente y detallada de las razones que hayan llevado a la Comisión al convencimiento de que el Estado miembro interesado ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE (véanse, en particular, las sentencias de 4 de diciembre de 1997, Comisión/Italia, C-207/96, Rec. p. I-6869, apartado 18, y de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, antes citada, apartado 12).
- 28 En el caso de autos, la Comisión alegó en el punto 16 de su dictamen motivado y en el punto 13 de su escrito de requerimiento que el orden cronológico de los

acontecimientos, desde la decisión del Pleno del Ayuntamiento de Mödling de encargar en exclusiva a AbfallGmbH la gestión de residuos de dicho municipio hasta la cesión del 49 % de las participaciones en esta sociedad a Saubermacher AG, demostraba que el período durante el cual el municipio de Mödling había poseído el 100 % del capital social de AbfallGmbH era, en realidad, una mera fase intermedia que terminó en la adquisición por una empresa privada de una participación en dicha sociedad. Por consiguiente, en el procedimiento administrativo previo la Comisión indicó claramente que refutaba la tesis del municipio de Mödling basada en la existencia de tres transacciones distintas.

29 En consecuencia, la Comisión expuso de manera coherente y detallada las razones por las cuales, desde su punto de vista de que lo dispuesto en la Directiva 92/50 resultaba aplicable, la celebración del contrato por el que se encomendaba en exclusiva a AbfallGmbH la recogida y tratamiento de los residuos del municipio de Mödling no podía considerarse una transacción interna y debía haberse adjudicado en virtud de un procedimiento de licitación pública.

30 En estas circunstancias, es preciso declarar que el objeto del recurso estaba claramente delimitado y que procede desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por el Gobierno austriaco.

Sobre el fondo

31 En el presente recurso, la Comisión reprocha esencialmente a las autoridades austriacas haber permitido que un municipio adjudicara un contrato público de servicios a una sociedad jurídicamente distinta de dicho ente y participada en un 49 % por una empresa privada, sin haberse seguido el procedimiento de licitación pública previsto en la Directiva 92/50.

- 32 Con carácter preliminar, procede declarar que en el caso de autos se cumplían los requisitos para que esta Directiva resultara de aplicación. En efecto, el municipio de Mödling, como ente territorial, tiene la consideración de «entidad adjudicadora», en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, que celebró un contrato a título oneroso con AbfallGmbH, que es un «prestador de servicios», a los efectos del artículo 1, letra c), de la misma Directiva. La recogida y el tratamiento de residuos constituyen servicios contemplados en el artículo 8 y en el anexo I A de la referida Directiva. Además, según las afirmaciones de la Comisión, que el Gobierno austriaco no negó, se excedió en el presente asunto el umbral establecido en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 (DO L 328, p. 1).
- 33 Por consiguiente, con arreglo al artículo 8 de la Directiva 92/50, el contrato relativo a los mencionados servicios sólo podía adjudicarse de conformidad con las normas establecidas en los títulos III a VI de dicha Directiva, en particular, en sus artículos 11 y 15, apartado 2. Pues bien, en virtud de esta última disposición, incumbía a la entidad adjudicadora en cuestión publicar un anuncio de licitación.
- 34 Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la licitación no es obligatoria, aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, 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 y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50, y la de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 49).
- 35 El Gobierno austriaco sostiene que éste fue el caso en el presente asunto, de modo que no era necesario seguir los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios previstos en la Directiva 92/50.

- 36 En primer lugar, dicho Gobierno alega que la celebración del contrato de eliminación de residuos con AbfallGmbH, que tuvo lugar cuando el municipio de Mödling todavía poseía la totalidad del capital social de dicha sociedad, no tenía por objeto establecer una relación entre personas jurídicas autónomas, dado que tal ente podía ejercer sobre AbfallGmbH un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Por consiguiente, defiende que el referido contrato no estaba comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 y que el municipio de Mödling no tenía la obligación de convocar una licitación pública.
- 37 No procede acoger esta alegación.
- 38 Sin que sea preciso analizar si resulta suficiente que el municipio de Mödling poseyera la totalidad del capital social de AbfallGmbH en la fecha de adjudicación del contrato público de servicios para demostrar que tal ente ejercía sobre AbfallGmbH un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, procede señalar que la fecha relevante en el caso de autos para apreciar si debían aplicarse las disposiciones de la Directiva 92/50 no es la fecha en la que efectivamente se adjudicó el contrato público en cuestión. Es cierto que por motivos de seguridad jurídica generalmente resulta necesario que la eventual obligación de la entidad adjudicadora de convocar una licitación pública se examine a la luz de las condiciones existentes en la fecha de adjudicación del contrato público de que se trate, pero las circunstancias particulares del presente asunto requieren que se tomen en consideración los acontecimientos ocurridos con posterioridad.
- 39 Procede recordar que la cesión del 49 % de las participaciones sociales en AbfallGmbH tuvo lugar poco después de que se encargara a dicha sociedad, en exclusiva y por tiempo indefinido, la recogida y tratamiento de los residuos del municipio de Mödling. Además, AbfallGmbH sólo pasó a ser operacional después de que Saubermacher AG adquiriera una participación en su capital social.

- 40 Así, ha quedado acreditado que a través de una construcción artificial de varias fases distintas, esto es, la constitución de AbfallGmbH, la celebración con dicha sociedad de un contrato de eliminación de residuos y la cesión del 49 % de sus participaciones a Saubermacher AG, se adjudicó un contrato público de servicios a una empresa de economía mixta cuyo capital social estaba participado en un 49 % por una empresa privada.
- 41 Por consiguiente, es preciso examinar la adjudicación del referido contrato a la luz del conjunto de tales fases y la finalidad de las mismas, y no en función del orden estrictamente cronológico en que éstas se produjeron, como propone el Gobierno austriaco.
- 42 Examinar la adjudicación del contrato público en cuestión fijándose únicamente en la fecha en que dicha adjudicación tuvo lugar, como sugiere el Gobierno austriaco, sin tener en cuenta los efectos de la cesión poco tiempo después del 49 % de las participaciones en AbfallGmbH a Saubermacher AG, menoscabaría el efecto útil de la Directiva 92/50. La consecución del objetivo que dicha Directiva pretende alcanzar; esto es, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, quedaría en entredicho si las entidades adjudicadoras pudieran recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta.
- 43 En segundo lugar, el Gobierno austriaco sostiene que, incluso después de haber cedido el 49 % de las participaciones en AbfallGmbH a Saubermacher AG, el municipio de Mödling mantenía un control idéntico al que ejerce sobre sus propios servicios. Considera que a la luz de la sentencia Teckal, antes citada, tal circunstancia eximió a dicho municipio de la obligación de convocar una licitación pública, dado que la celebración del contrato de eliminación de residuos era una transacción interna.

- 44 A este respecto, procede recordar que, en el caso de autos, el contrato controvertido, referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, se celebró a título oneroso entre una entidad adjudicadora y una sociedad privada jurídicamente distinta de ella en cuyo capital dicha entidad adjudicadora tenía una participación mayoritaria.
- 45 En la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, el Tribunal de Justicia ya examinó la cuestión de si, en tales circunstancias, la entidad adjudicadora está obligada a aplicar los procedimientos de licitación pública previstos en la Directiva 92/50 por el mero hecho de que una empresa privada participe, incluso en una proporción minoritaria, en el capital de esta sociedad contratista.
- 46 El Tribunal de Justicia declaró que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora en cuestión excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49).
- 47 La relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 50).
- 48 La adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la

Directiva 92/50, ya que este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 51).

- 49 El Tribunal de Justicia declaró que en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 52).
- 50 Por consiguiente, a la luz de las consideraciones anteriores, procede declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50 al haberse adjudicado el contrato de eliminación de residuos en el municipio de Mödling sin haberse observado las normas de procedimiento y publicidad establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2.

Costas

- 51 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber pedido la Comisión que se condene en costas a la República de Austria y al haber sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

- 1) **Declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al haberse adjudicado el contrato de eliminación de residuos en el municipio de Mödling sin haberse observado las normas de procedimiento y publicidad establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2.**

- 2) **Condenar en costas a la República de Austria.**

Firmas