



## Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
presentadas el 29 de enero de 2020<sup>1</sup>

**Asunto C-796/18**

**Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH  
contra  
Stadt Köln,  
con intervención de:  
Land Berlin**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior regional de lo civil y penal de Düsseldorf, Alemania)]

«Cuestión prejudicial — Contratos públicos — Directiva 2014/24/UE — Noción de contrato oneroso — Cooperación horizontal entre poderes adjudicadores — Puesta a disposición de software de coordinación de las operaciones de bomberos — Convenio de cooperación para la actualización y desarrollo del software — Actividad accesoria al servicio público — Prohibición de colocar a terceros en una posición privilegiada»

1. Las primeras normas europeas sobre contratación pública se remontan a los años setenta. Desde entonces, varias disposiciones se han sucedido hasta la adopción, en 2014, de tres textos con pretensión de regular esta materia en todas sus facetas: la Directiva 2014/24/UE<sup>2</sup> (sobre cuya interpretación versa este reenvío prejudicial), la Directiva 2014/23/UE<sup>3</sup> y la Directiva 2014/25/UE.<sup>4</sup>

2. Antes de la entrada en vigor de las Directivas de 2014, el Tribunal de Justicia ya había admitido que las normas del derecho de la Unión que rigen la contratación pública no se aplicaban, en principio, cuando, en determinadas condiciones:

- un poder adjudicador encomendaba a una persona jurídica bajo su control la realización de ciertas tareas, sin acudir a otras entidades externas (cooperación *vertical* o adjudicación «*in-house*»); o
- dos poderes adjudicadores colaboraban entre sí para garantizar la realización de una misión de servicio público común a ambos (cooperación *horizontal*).

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

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> Directiva del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1).

<sup>4</sup> Directiva del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO 2014, L 94, p. 243).

3. En relación con esta segunda modalidad de cooperación entre los poderes públicos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia había generado una cierta inseguridad jurídica,<sup>5</sup> que la Directiva 2014/24 ha intentado zanjar. No estoy seguro de que ese intento haya tenido el éxito que cabía esperar.

4. En el litigio que ocasiona esta cuestión prejudicial, una sociedad (Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung; en lo sucesivo, «ISE») impugna ante el tribunal de reenvío los acuerdos celebrados entre la ciudad de Colonia y el Land de Berlín, en cuya virtud este último cede a la primera un programa informático para la gestión de las intervenciones de su cuerpo de bomberos, contrato al que acompaña un convenio de colaboración entre ambas Administraciones.

5. El tribunal de reenvío necesita saber, sobre todo, si la relación entre los poderes adjudicadores en el origen de esta controversia se sitúa o no al margen de las reglas sobre contratación pública de la Directiva 2014/24. Brinda, así, al Tribunal de Justicia la oportunidad de completar su jurisprudencia precedente, si bien a la luz de un precepto de nuevo cuño (el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24) sobre el que, hasta ahora, no ha recaído, salvo error de mi parte, ninguna sentencia.

## **I. Marco jurídico**

### ***A. Derecho de la Unión. Directiva 2014/24***

6. El considerando quinto indica:

«[...] ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva [...]».

7. En el considerando trigésimo primero se lee:

«Existe una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública. La correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los distintos Estados miembros e incluso por los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.

Esta precisión debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación. No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos.

Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores».

<sup>5</sup> Calificada de «considerable» en el considerando trigésimo primero de la Directiva 2014/24. En ese mismo considerando se afirma que la jurisprudencia en la materia «ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los distintos Estados miembros e incluso por los distintos poderes adjudicadores».

8. Según el considerando trigésimo tercero:

«Los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular. Dicha cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o los servicios conferidos a organismos específicos de derecho público. Los servicios prestados por los distintos poderes participantes no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios.

Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores.

Con el fin de cumplir esas condiciones, la cooperación debe estar basada en un concepto cooperador. Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente registrarse por consideraciones de interés público».

9. El artículo 1, apartado 4, preceptúa:

«La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con el derecho de la Unión, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas estatales y a qué obligaciones específicas deben estar sujetos. Del mismo modo, la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo n.º 26».

10. El artículo 2, apartado 1, punto 5, define así los 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».

11. El artículo 12 («Contratos públicos entre entidades del sector público»), apartado 4, indica:

«Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;
- b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y
- c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación».

12. El artículo 18, apartado 1, señala:

«Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos».

### ***B. Derecho nacional***

13. A tenor del artículo 91c, apartado 1, de la Constitución alemana, «la Federación y los Länder podrán colaborar en la planificación, la creación y la gestión de los sistemas informáticos necesarios para el desempeño de sus funciones».

14. El artículo 108 de la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley de defensa de la competencia; en lo sucesivo, «GWB») reproduce el artículo 12 de la Directiva 2014/24.

15. Según las llamadas «resoluciones de Kiel», adoptadas en 1979, una Administración pública puede transferir software desarrollado o adquirido (por sí misma o en su nombre) a otras Administraciones públicas de Alemania, siempre que exista reciprocidad. La reciprocidad se otorga cuando las normas presupuestarias o las leyes o los estatutos presupuestarios de las entidades en cuestión —el propietario y el receptor del software— han tenido en cuenta las reglas presupuestarias recomendadas en 1980 por la Conferencia de Ministros de Finanzas. En general, el otorgamiento de reciprocidad no se evalúa en términos comerciales, sino políticos. No se considera un intercambio mutuo en concreto, sino la posibilidad de hacerlo.<sup>6</sup>

## **II. El litigio principal y las cuestiones prejudiciales**

16. En septiembre de 2017, la ciudad de Colonia y el Land de Berlín celebraron un contrato de cesión de software por el que el segundo cedía a la primera, de forma gratuita y por tiempo indefinido, el uso de un software de control de intervenciones para su cuerpo de bomberos.

17. La cesión debía conformarse a las condiciones recogidas en un convenio de cooperación de la misma fecha que contenía, entre otros, estos artículos:

«Artículo 1. Finalidad de la cooperación

[...] Las partes acuerdan establecer una colaboración equitativa y mantener un espíritu de compromiso a fin de adaptar el software a las necesidades de la otra parte en cada momento y ponerlo a su disposición [...].

Artículo 2. Objetivo de la cooperación

<sup>6</sup> Con arreglo a un estudio de 2014, la comprensión común en Alemania del funcionamiento práctico de las resoluciones de Kiel es como sigue: cuando el principio de reciprocidad general, contemplado en esas resoluciones, se proyecta sobre una cooperación singular, falta un elemento esencial de la definición de contrato público, a los efectos de la GWB. La ausencia de compensación por la cesión de software sustenta la idea de que tal cesión es gratuita, desde la perspectiva de la GWB. Al aplicar el principio de reciprocidad general, el receptor del servicio no se compromete específicamente a una compensación monetaria: solo ha especificado, de manera abstracta, que proporcionará desarrollos de software gratuitamente en una situación comparable, si fuera necesario (Gutachten: Evaluierung der Kieler Besschlüsse II, 20.08.2014, p. 106).

[...] El sistema de software podrá ampliarse modularmente con otras funciones especializadas y se podrá ceder a los demás colaboradores para su uso gratuito [...].

[...]

#### Artículo 5. Forma de la cooperación

[...] El software básico se cede de forma gratuita. Los módulos especializados adicionales se ofrecerán de forma gratuita a los demás colaboradores.

[...]

El convenio de cooperación solo será vinculante conjuntamente con el contrato de cesión de software, como un único instrumento».

18. ISE, que se dedica al desarrollo y a la venta de software, recurrió ante la Vergabekammer Rheinland (Sala de contratos públicos de Renania, Alemania) los contratos celebrados entre el Land de Berlín y la ciudad de Colonia, solicitando su anulación. Aducía que la ciudad de Colonia había adjudicado un contrato de suministro público por un valor que supera el importe exento de la obligación de aplicar las reglas sobre contratación pública. La participación de la ciudad de Colonia en el desarrollo del software cedido representaba, en su opinión, una ventaja económica suficiente. Además, la adquisición del software básico implicaba nuevos encargos al fabricante: para un tercero, el desarrollo y el mantenimiento de ese software supondría un coste económico inasumible.

19. La Vergabekammer Rheinland (Sala de contratos públicos de Renania) desestimó el recurso de ISE, negando que los acuerdos de la ciudad de Colonia y el Land de Berlín pudieran calificarse de «contratos públicos», a efectos de la normativa europea. A su juicio, ambas partes se habían limitado a instituir una cooperación equitativa dentro de la que se cedía gratuitamente el software.

20. ISE recurrió esa resolución ante el Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior regional de lo civil y penal de Düsseldorf, Alemania). La ciudad de Colonia se opuso a dicho recurso, sosteniendo que la resolución impugnada era correcta.

21. En este contexto, el mencionado tribunal ha planteado las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Constituye un “contrato público” en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24/UE, o bien un contrato comprendido [al menos en principio, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, apartado 4, letras a) a c)] en el ámbito de aplicación de la Directiva, con arreglo a su artículo 12, apartado 4, una cesión de software acordada por escrito entre dos organismos de la Administración pública y vinculada a un convenio de cooperación existente entre ambas, habida cuenta de que, aunque la entidad cesionaria no debe pagar ni precio ni compensación de costes por el software, el convenio de cooperación vinculado a la cesión del software dispone que cada una de las partes (y, por tanto, también la entidad cesionaria) debe poner a disposición de la otra parte gratuitamente cualesquiera nuevos desarrollos futuros, si bien no obligatorios, de dicho software?
- 2) ¿Deben ser objeto de la cooperación entre los poderes adjudicadores con arreglo al artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24/UE los propios servicios públicos que se han de prestar a los ciudadanos de forma conjunta, o basta con que la cooperación se refiera a actividades que sirvan de cualquier manera a los servicios públicos que se han de prestar de forma análoga, pero no necesariamente conjunta?
- 3) ¿Existe en relación con el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE una prohibición no escrita de trato de favor y, si es así, con qué contenido?»

22. El auto de remisión tuvo entrada en el Tribunal de Justicia el 19 de diciembre de 2018. Han depositado observaciones escritas la ciudad de Colonia, el Gobierno de Austria y la Comisión.

23. El 6 de noviembre de 2019 tuvo lugar una vista, a la que asistieron los representantes de ISE, de la ciudad de Colonia, del Gobierno de Austria y de la Comisión.

### III. Análisis

#### A. Planteamiento y observaciones preliminares

24. La prestación de servicios a través de la cooperación interadministrativa, también conocida como «horizontal» o «público-público», se incorporó de manera expresa a la legislación de la Unión en la sección tercera («Exclusiones») del capítulo primero, título primero, de la Directiva 2014/24. En concreto, en su artículo 12, apartado 4.<sup>7</sup>

25. Según ese precepto, «un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación» de la Directiva 2014/24 si reúne todas y cada una de las condiciones que en él se enumeran.<sup>8</sup>

26. El texto en vigor acoge la cooperación horizontal de modo más *generoso* que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a las Directivas de 2014. En esa jurisprudencia,<sup>9</sup> a la que alude el considerando trigésimo primero de la Directiva 2014/24,<sup>10</sup> se habían señalado ciertas condiciones para validar que la prestación de servicios públicos pudiera realizarse sin acudir al mercado, por medio de la cooperación entre administraciones públicas.

27. Además del carácter de poder adjudicador de las entidades que se conciertan, esas condiciones imponían que el acuerdo interadministrativo:

- tuviera por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las entidades;
- se celebrase exclusivamente por entidades públicas, sin la participación de una empresa privada;
- no favoreciera a ningún prestador privado respecto a sus competidores;
- implantara una cooperación regida solo por consideraciones y exigencias características de la procura de objetivos de interés público.

28. La Directiva 2014/24, sin embargo, no se limita a codificar lo que ya existía, sino que reformula, especifica, elimina y añade alguno o varios de esos requisitos. De ahí que, al interpretarla, no será siempre pertinente o útil volver, sin más, a la jurisprudencia previa.

<sup>7</sup> Una fórmula similar se recoge en el artículo 17 de la Directiva 2014/23 y en el artículo 28 de la Directiva 2014/25.

<sup>8</sup> Los Estados miembros deciden libremente si aplican, o no, a estas relaciones sus propias reglas de contratación pública.

<sup>9</sup> Sentencia de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania (C-480/06, EU:C:2009:357; en lo sucesivo, «sentencia Comisión/Alemania»); sentencia de 19 de diciembre de 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce y Università del Salento contra Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11, EU:C:2012:817; en lo sucesivo, «sentencia ASL»); auto de 16 de mayo de 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia y otros (C-564/11, no publicado, EU:C:2013:307); sentencia de 13 de junio de 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385; en lo sucesivo, «sentencia Piepenbrock»); auto de 20 de junio de 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (C-352/12, no publicado, EU:C:2013:416; en lo sucesivo, «auto Consiglio Nazionale»); y sentencia de 8 de mayo de 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303; en lo sucesivo, «sentencia Datenlotsen»). Se encuentran referencias a la cooperación horizontal en otras sentencias relativas a la cooperación vertical.

<sup>10</sup> Conforme a ese considerando, la precisión sobre qué contratos entre entidades del sector público quedan al margen de la Directiva 2014/24 «debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».



29. Los textos ahora relevantes son el artículo 12, apartado 4, y los considerandos trigésimo primero y trigésimo tercero de la Directiva 2014/14. Su combinación da lugar a un régimen jurídico que sintetiza dos objetivos en tensión: por un lado, la voluntad de no interferir con los Estados miembros en la organización de su administración interna; por otro, que la exclusión no aboque a la infracción de los principios que presiden la contratación pública en el derecho de la Unión.

30. La Directiva 2014/24 insiste en que no pesa sobre los Estados miembros ninguna obligación de acudir al mercado para aprovisionarse u obtener los servicios necesarios para el desempeño de su actividad.<sup>11</sup>

31. Ahora bien, sustraer este tipo de contratos interadministrativos a los procedimientos de adjudicación pública puede ir en detrimento del objetivo de instaurar un mercado interior también en este ámbito. A más contratos excluidos, menor margen para la creación y el desarrollo del mercado interior de la licitación pública.

32. El autoabastecimiento de las entidades públicas, ya sea en forma de cooperación «*in-house*» o de cooperación «horizontal», no carece de riesgos para la libre circulación de bienes y servicios.<sup>12</sup> Son legítimas también las dudas acerca de sus efectos sobre la libre competencia, más allá del supuesto aludido expresamente en el considerando trigésimo tercero, segundo párrafo, *in fine*, de la Directiva 2014/24, que previene contra una cooperación que coloque a un operador económico en una posición privilegiada en relación con otros rivales.

33. Una utilización inapropiada de estos mecanismos de colaboración podría, en verdad, provocar un «encogimiento» del mercado en el lado de la demanda y la reducción del número de proveedores que ese mercado podría sostener. Teóricamente es imaginable también el abuso de la posición dominante (colectiva) que los poderes adjudicadores podrían llegar a ostentar.

34. Es igualmente cierto, desde otra perspectiva, que la mayor flexibilidad otorgada por la Directiva 2014/24 a la cooperación horizontal entre los poderes adjudicadores (fruto de una decisión política del legislador europeo) puede generar también efectos positivos sobre la competencia, en el sentido de incentivar a los operadores privados a ofrecer mejores condiciones contractuales.

35. La decisión de un Estado miembro sobre cómo prestar un servicio público (que puede consistir, precisamente, en no recurrir al mercado, sino a la cooperación administrativa) ha de respetar las reglas fundamentales del TFUE, en particular, las relativas a libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y de prestación de servicios, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.<sup>13</sup> La ponderación de esas reglas y principios ha de estar presente también al interpretar el artículo 12 de la Directiva 2014/24.

36. La suma de estas consideraciones explica la existencia del artículo 12 de la Directiva 2014/24 y justifica los condicionantes a la cooperación «público-público», mencionados de forma explícita en su apartado 4.

11 La discrecionalidad de la decisión de acudir o no al mercado se había reiterado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a propósito de la cooperación vertical: así, en la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), apartado 48; en la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621), apartado 48; y recientemente en la sentencia de 3 de octubre de 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; en lo sucesivo, «sentencia Irgita»), apartados 50 y 2 del dispositivo. Para la cooperación horizontal, en la sentencia Comisión/Alemania, apartado 45.

12 Los riesgos son similares a los que la Directiva 2014/24 denuncia en relación con la agregación y centralización de compras, operaciones que, a tenor de su considerando quincuagésimo noveno, «deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME».

13 Sentencia Irgita, apartados 48, 50 y 2 del dispositivo, en interpretación del artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24.

37. Es oportuno señalar, en fin, que la *exclusión* de estos mecanismos de colaboración entre poderes adjudicadores del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 no obedece a la lógica binaria regla/excepción, sino a un entendimiento diferente del terreno de juego en el que rige esa Directiva.

38. En efecto, al «quedar fuera»<sup>14</sup> del ámbito de aplicación de la Directiva las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores contemplada en el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24, lo que se pretende es marcar los límites de esa Directiva, el resto de cuyas reglas, simplemente, no son oponibles a aquellas relaciones. De ahí que, hablando en propiedad, no creo que las declaraciones hechas en las sentencias precedentes sobre el criterio hermenéutico (restrictivo) vigente para las excepciones, por oposición a la regla general, sirvan automáticamente para la interpretación de esta *exclusión*.<sup>15</sup>

## ***B. Primera cuestión prejudicial. La cesión de software y el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE***

### *1. Preliminar: el supuesto de hecho del artículo 12*

39. El tribunal de remisión pregunta, en primer lugar, si una cesión de software como la llevada a cabo entre el Land de Berlín y la ciudad de Colonia está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24: bien como «contrato público» (a tenor del artículo 2, apartado 1, punto 5), bien como mero «contrato» (en el sentido del artículo 12, apartado 4).

40. La pregunta, tal como ha sido planteada, surge ante la (aparente) falta de onerosidad de la cesión. De su tenor se infiere que, para el tribunal remitente, el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 no está definido solo en el artículo 2. La ausencia en el artículo 12, apartado 4, del adjetivo «público», acompañando al término «contrato», podría significar que ciertos contratos no correspondientes a la definición del artículo 2, apartado 1, punto 5, también estarían sujetos a las reglas de contratación pública de la Unión.

41. Más que un análisis pormenorizado de las distintas acepciones del término contrato y de los calificativos que lo acompañan, según los diversos preceptos de la Directiva 2014/24,<sup>16</sup> me centraré en la exégesis de su artículo 12, apartado 4, para discernir si es aplicable a una relación como la pactada entre el Land de Berlín y la ciudad de Colonia. Abordaré, pues, la primera pregunta prejudicial a la luz de la especificidad de ese precepto.

<sup>14</sup> Esta es la expresión que utiliza el primer párrafo del artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24.

<sup>15</sup> Véase, en relación con la cooperación vertical, las conclusiones del abogado general Hogan en el asunto Irgita (C-285/18, EU:C:2019:369), punto 45. La misma idea se plasma en las sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), apartado 46; de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605), apartado 63; de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308), apartado 45; y en la sentencia Datenlotsen, apartado 23.

<sup>16</sup> Hay argumentos para defender una noción unitaria del término «contrato»: el propio título del artículo 12 («Contratos públicos entre entidades del sector público»); la circunstancia de que ese término se halla en varios lugares de la Directiva 2014/24 y de otras Directivas, como fórmula abreviada de «contrato público»; la adición del adjetivo «público», como calificativo añadido al sustantivo «contrato», varía según la versión lingüística del texto que se consulte: así, consta en el artículo 12 (en concreto, en su apartado 1) en algunas versiones como la alemana, la francesa, la inglesa o la italiana, pero no en otras, como la española.



42. La voz «contrato» que figura en el apartado 4 del artículo 12 se explica, no tanto a partir de su relación sistemática con el artículo 2 de la Directiva 2014/24, como con los demás apartados del propio artículo 12. En este contexto, refleja la diferencia con la cooperación vertical (apartados primero a tercero del precepto), donde las relaciones entre los partícipes se configuran sobre la base del control interno. Serviría, en realidad, para expresar que debe existir un acuerdo o un convenio que establezca la base y el marco jurídico de las relaciones entre las partes, el objetivo de la cooperación y las actuaciones (contribuciones) que cada una ha de llevar a cabo.<sup>17</sup>

43. En este mismo sentido apunta el considerando trigésimo tercero, segundo párrafo, de la Directiva 2014/24 al mencionar «los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos», y luego, en el párrafo tercero, los «compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio», que no han de materializarse necesariamente en la ejecución por todas las partes de las principales obligaciones contractuales.

44. A partir de esta premisa, el artículo 12 de la Directiva 2014/24 contempla dos tipos de situaciones para las que la acepción usual de «contrato público» posiblemente no sea muy adecuada, porque son, más bien, alternativas a dicha categoría.

45. Por un lado, admite la «cooperación vertical» (apartados primero, segundo y tercero del precepto), en la que, como ya he señalado en otro lugar, «bajo el régimen *in-house* la entidad adjudicadora no contrata, desde una perspectiva funcional, con otra entidad distinta, sino que lo hace, en realidad, consigo misma, dada la vinculación que mantiene con la entidad formalmente diferente. En puridad, no puede hablarse de adjudicación de un contrato, sino de un mero encargo o encomienda, no rechazable por la otra “parte”, sea cual sea la fórmula en la que uno u otra se traduzcan».<sup>18</sup>

46. Por otro lado, admite asimismo la «cooperación horizontal», esto es, la existente entre poderes adjudicadores que acuden a la forma contractual para estructurarla, con el propósito de que la prestación de servicios públicos que les competen se oriente a la realización de un objetivo común, en un marco guiado solo por el interés público, y dentro del respeto de la libre competencia (artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24).

47. Por supuesto, también queda fuera de la Directiva 2014/24, aunque no lo mencione de modo expreso su articulado, otro tipo de relaciones interadministrativas, como son las derivadas de una transferencia o delegación de competencias,<sup>19</sup> incluso con la creación de un consorcio de entidades con personalidad jurídica de derecho público. Estas situaciones se reputan, por principio, «ajenas al derecho en materia de contratación pública».<sup>20</sup>

48. En la cooperación horizontal, un poder adjudicador que podría atender sus necesidades (de bienes, de obras o de suministros) acudiendo, por la vía de la licitación, a empresarios privados, opta por prescindir de esa vía y sustituirla por la colaboración con otro ente público que puede satisfacer aquellas necesidades.

49. Desde el punto de vista objetivo, la especialidad de este tipo de colaboración entre entes públicos radica en tres elementos: el concepto de cooperación que preside la relación *interpartes*; el propósito común al que tiende esa relación; y la finalidad de interés público que ha de guiar la cooperación.

17 El artículo 11, apartado 4, de la propuesta de Directiva de 20 de diciembre de 2011, COM(2011) 896 final, utilizaba esta fórmula: «Un acuerdo celebrado entre dos o más poderes adjudicadores *no se considerará un contrato público a efectos de lo dispuesto en el artículo 2, punto 6, de la presente Directiva [...]*» (sin cursiva en el original).

18 Conclusiones del asunto LitSpecMe (C-567/15, EU:C:2017:319), punto 70.

19 Sobre las condiciones en las que una transferencia de competencias relativas al desempeño de funciones públicas queda extramuros del ámbito de aplicación de las reglas de la contratación pública (en aquel momento, de la Directiva 2004/18), véase la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985; en lo sucesivo, «sentencia Remondis»), apartados 41 y ss.

20 Sentencia Remondis, apartado 53.

50. La colaboración implica, habitualmente, aportaciones de todas las partes, con el subsiguiente gasto público. La relación entre esas partes, sin embargo, no se agota en el *do ut des* propio del contrato sinalagmático, que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia caracteriza al contrato público sujeto a las Directivas de contratación.<sup>21</sup>

51. En efecto, habrá un negocio jurídico con prestaciones de todos los intervinientes, exigibles por uno y otros, en la medida en que sus respectivas contribuciones tiendan a lograr un objetivo ulterior compartido. La *causa* de las aportaciones es, precisamente, ese fin común, que ha de ser de interés público.

## 2. Onerosidad o gratuidad en la relación entre el Land de Berlín y la ciudad de Colonia

52. Para determinar si la relación entre la ciudad de Colonia y el Land de Berlín se regía por las reglas de la Directiva 2014/24 debe tomarse en cuenta no solo el contrato de cesión (por el que el software se pone a disposición de la primera), sino también el convenio de cooperación que lo acompaña.<sup>22</sup>

53. Los propios interesados han configurado esta relación como una unidad, haciendo explícita en el artículo 5 del convenio de cooperación la inseparabilidad entre este y el contrato de cesión del software.<sup>23</sup>

54. Como ya he expuesto, las dudas del tribunal de reenvío nacen de la aparente falta de onerosidad en la relación entre el Land de Berlín y la ciudad de Colonia.

55. El carácter oneroso es parte de la definición de «contrato público» en el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24. Puede reputarse también, a mi juicio, un elemento característico de la relación entre los poderes adjudicadores contemplada en el artículo 12, apartado 4, que, como ya he explicado, no se identifica necesariamente con la acepción usual de «contrato público».

56. Acerca de su significado, recordaré que, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la noción de onerosidad ha sido objeto de una interpretación extensiva.<sup>24</sup>

57. En la relación entre el Land de Berlín y la ciudad de Colonia la entrega del programa informático se presenta como gratuita e instrumental a una cooperación, para desarrollarlo y adaptarlo a las necesidades de gestión de los respectivos cuerpos de bomberos.

58. Como asevera el tribunal remitente,<sup>25</sup> ese ulterior desarrollo posee un valor económico, que puede llegar a ser muy elevado.<sup>26</sup> En la descripción de hechos, la ciudad de Colonia indica que el programa se pone a su disposición para que pueda participar en la cooperación. Previamente ha reconocido que la prestación del servicio de bomberos —a la que, según señaló en la vista, está obligada por ley— no es factible sin un sistema de gestión de intervención óptimo, que debe adaptarse de manera permanente a las necesidades de ejecución del servicio, lo que requiere un software eficaz.

<sup>21</sup> *Ibidem*, apartado 43.

<sup>22</sup> Véase, en sentido análogo, la sentencia Remondis, apartado 37: «A efectos de la posible calificación como contrato público [...] de una operación que incluye varias fases, esta operación deberá examinarse en su globalidad y teniendo en cuenta su finalidad».

<sup>23</sup> Otra configuración habría sido posible, como aseguró la representante de la ciudad de Colonia en la vista, al referirse a un contrato de cesión de software entre el Land de Berlín y la ciudad de Hamburgo, sin convenio de cooperación anexo.

<sup>24</sup> Auto Consiglio Nazionale, apartado 38; sentencia Remondis, apartado 43; sentencia de 18 de octubre de 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843), apartado 31. En sus conclusiones del asunto Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11, EU:C:2012:303), punto 32, la abogada general Trstenjak afirmaba que «se puede sostener que solo una interpretación amplia del concepto de “carácter oneroso” satisface el objetivo de las Directivas sobre contratación pública, que consiste en permitir una auténtica competencia en el mercado», y aludía específicamente a otras formas de retribución, como las operaciones de permuta o la renuncia a créditos recíprocos existentes entre las partes contratantes.

<sup>25</sup> Apartado 29 del auto de reenvío.

<sup>26</sup> Y superar el del propio software. ISE insistió en la vista en este dato, en relación con la tercera cuestión prejudicial.

59. Es legítimo pensar, pues, en la línea preconizada por la Comisión, que, aun cuando el convenio no contemple una obligación *stricto sensu* de desarrollar el software, no es verosímil la ausencia de tal desarrollo y, en su caso, de las sucesivas adaptaciones del programa informático. Como se puso de manifiesto en la vista, será prácticamente inevitable actualizar dicho programa, a corto plazo y en lo sucesivo.<sup>27</sup>

60. Existe, por tanto, una expectativa razonable de que la ciudad de Colonia aporte desarrollos y ampliaciones modulares al software. Este factor actúa como contrapartida de la puesta a disposición del programa por el Land de Berlín, pues, de no ser así, no habría acompañado al contrato de cesión un convenio de cooperación.

61. En definitiva, desde la perspectiva de la ciudad de Colonia, el contravalor que permite hablar de onerosidad en la relación con el Land de Berlín es su participación en una cooperación apta para reportar beneficios a este último, en forma de adaptaciones del software (artículo 1 del convenio de cooperación) y de módulos especializados adicionales (artículo 5 del citado convenio). Esas adaptaciones, con un coste económico determinado, sin duda van a producirse, porque los centros operativos de los bomberos no pueden funcionar de otro modo.

62. La contraprestación no depende, pues, de una condición puramente potestativa: que tenga lugar es solo cuestión de tiempo. No estamos ante una mera proclamación de la intención de cooperar, sino ante un compromiso que será exigible, dependiente de un *cuándo* (cuando se haga la actualización) y no de un *si* (si se hace la actualización).

63. Es cierto que el acuerdo de cooperación contempla la posibilidad de desarrollos de software por ambas partes y que, en teoría, cualquiera de ellas podría mantenerse inactiva y esperar sin más a las aportaciones de la otra. Sin embargo, que eso ocurra es, repito, altamente improbable, por cuanto supondría poner en riesgo la prestación del servicio público que compete a cada una de ellas. Esta actitud privaría de objeto al propio acuerdo de cooperación formalizado voluntariamente entre una y otra.

64. En suma, la relación contractual entre los poderes adjudicadores que han pactado la cesión del programa informático y las condiciones de su cooperación para desarrollarlo encaja en el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24.

### ***C. Segunda cuestión prejudicial. Objeto de la cooperación***

#### ***1. Planteamiento***

65. La prestación del servicio público de bomberos que incumbe a las entidades cooperadoras en este asunto no es conjunta: no puede serlo, aunque solo fuera por virtud de la distancia geográfica entre los territorios sobre los que opera cada una.

66. Por este motivo, el tribunal de reenvío duda de que la cooperación esté cubierta por el artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24 y pregunta si, para que así sea, «basta con que la cooperación se refiera a actividades que sirvan de cualquier manera a los servicios públicos que se han de prestar de forma análoga, pero no necesariamente conjunta».

<sup>27</sup> La representante de la ciudad de Colonia distinguió entre actualizaciones importantes y otras de menor entidad. Las primeras resultan imprescindibles tres o cuatro veces al año y se realizan previa consulta a la otra (u otras) parte de la cooperación, a fin de tener en cuenta, en lo posible, sus necesidades. Las segundas, consistentes en la subsanación de pequeños errores, no requieren esa consulta.

67. La respuesta precisa analizar por separado dos elementos: a) la explotación en común del servicio público para el que se coopera y b) la naturaleza de «servicio público» de la actividad en la que se materializa la cooperación.

*a) Sobre la prestación conjunta del servicio público. De la «misión de servicio público común» a los «objetivos comunes de interés público»*

68. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia previa a la Directiva 2014/24, la viabilidad de la cooperación horizontal estaba condicionada, entre otros, al requisito de realización por las partes de una misión de servicio público *común*. El Tribunal de Justicia no debió abordar, no obstante, si esa *comunidad* se predicaba de la prestación misma del servicio.

69. El paradigma de la cooperación horizontal excluida de las reglas europeas sobre contratación pública fue el asunto C-480/06, Comisión/Alemania, en el que aquella cooperación, articulada en forma de actuaciones y compromisos distintos en naturaleza y entidad, garantizaba en última instancia la realización de una misión de servicio público respecto del que todos los poderes adjudicadores poseían competencia. Aquel caso versaba sobre la eliminación de residuos, actividad en la que todos los intervinientes participaban, pues explotaban la planta de tratamiento de dichos residuos.

70. La cuestión que ahora nos ocupa no fue objeto de especial consideración en aquella sentencia ni en otras posteriores, en las que faltaba la nota de *comunidad* de la misión de servicio público, como presupuesto para su prestación conjunta.<sup>28</sup>

71. A tenor del artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24, para que una cooperación interadministrativa quede fuera del ámbito de aplicación de esa Directiva, el contrato ha de cubrir objetivos comunes a los poderes adjudicadores participantes. Cada uno de estos prestará «los servicios públicos que les incumben»,<sup>29</sup> «de modo que se logren los objetivos que tienen *en común*». El contrato o acuerdo especificará la forma de prestación para garantizar que así sea. Literalmente, la *comunidad* se predica ahora de los objetivos y no de una concreta misión de servicio público.

72. Los trabajos preparatorios del texto demuestran que la intención del legislador fue la de flexibilizar la cooperación desde el punto de vista de su objeto.<sup>30</sup>

73. La propuesta de Directiva de la Comisión hablaba aún del «desempeño conjunto de sus [de los poderes adjudicadores] tareas de servicio público». A su paso por el Consejo y el Parlamento, el texto recibió distintas formulaciones hasta la versión actual. También el actual considerando trigésimo tercero se fue modificando, en paralelo a la transición en la letra del artículo y en la misma línea de apertura.

28 Sentencia ASL, apartado 37. Los pronunciamientos posteriores del Tribunal de Justicia han seguido la doctrina de la sentencia ASL en asuntos casi idénticos en cuanto a la naturaleza de los actores y a la cuestión de fondo: véanse los autos de 16 de mayo de 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a. (C-564/11, no publicado, EU:C:2013:307); y Consiglio Nazionale. Se ha aplicado también esa doctrina a otros ámbitos en las sentencias Piepenbrock, apartado 39, y Datenlotsen, apartado 35.

29 Entiendo que el requisito de *incumbencia* implica que los poderes adjudicadores tengan a su cargo la prestación del servicio con carácter previo a concluir el acuerdo de cooperación. La expresión podría englobar también al servicio público que corresponde prestar en el marco de una cooperación específica.

30 También en relación con los sujetos se aprecia esta flexibilidad: véase el considerando trigésimo segundo, sobre la cooperación horizontal entre poderes adjudicadores con participación de capital privado. La propuesta de la Comisión excluía, en cambio, esta posibilidad en su artículo 11, apartado 4, letra e).

74. En las negociaciones finales desapareció del artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24 la referencia al desempeño conjunto de las tareas que, sin embargo, aún se encuentra en el considerando trigésimo tercero actual. La mención a los objetivos comunes se introdujo por sugerencia del Parlamento, a la par que se eliminó del correlativo considerando (entonces décimo cuarto) la descripción del concepto cooperativo como inclusivo de la «gestión y toma de decisiones en común, compartiendo las responsabilidades por los y riesgos, y efectos sinérgicos».<sup>31</sup>

75. La indicación del considerando trigésimo tercero, párrafo primero *in fine*, en el sentido de que los servicios públicos prestados por las entidades que cooperan no tienen por qué ser idénticos, sino que pueden ser complementarios, ratifica el abandono del requisito de misión de servicio público común.

76. En este contexto, la mención a la prestación *conjunta* de los servicios, que aparece varias veces en el mismo considerando, significa, probablemente, que los servicios públicos, bien idénticos, bien complementarios, a cargo de cada uno de los poderes participantes, se han de llevar a cabo «en cooperación», esto es, por cada entidad pública con el soporte de la otra o de forma coordinada.

77. Pudiera parecer que estas son disquisiciones semánticas, pero, como ocurre en derecho, las consecuencias jurídicas anudadas a la elección de unos términos o de otros pueden diferir sensiblemente. Lo relevante es, repito, que la (nueva) norma alude a los objetivos comunes a los poderes adjudicadores que cooperan entre sí.

*b) «Servicio público» y «actividades de apoyo a un servicio público»*

78. La segunda pregunta prejudicial obliga también a analizar la naturaleza de la actividad en la que cooperan los poderes adjudicadores: si debe ser ella misma un «servicio público»<sup>32</sup> o puede tratarse de una actividad auxiliar, esto es, de apoyo a un servicio público.<sup>33</sup>

79. En la jurisprudencia previa a la Directiva 2014/24, la sentencia Comisión/Alemania arrojaba algo de luz sobre el tipo de actividades aptas para integrar una cooperación «público-público» excluida de las reglas sobre contratación pública.<sup>34</sup>

80. La lectura de esa sentencia permitía aceptar, como objeto de la cooperación, actividades que no eran, en sí o por sí mismas, de servicio público, pero que estaban directamente relacionadas con aquel para cuya prestación los poderes adjudicadores pactaban la cooperación.

31 Véase la Nota del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 2013, número 11644/13.

32 Recuerdo que el artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24 cita expresamente los «servicios públicos que les incumben [a los poderes adjudicadores]». Esta categoría solo se emplea en el artículo 93 TFUE. En gran medida, su equivalente es el «servicio de interés general» (SIG), que puede tener o no contenido económico. Sobre la libertad de los Estados miembros para definir, organizar y financiar los servicios de interés económico general (SIEG) versa el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2014/24, que remite a su vez al artículo 14 TFUE y al Protocolo n.º 26 anejo al TFUE y al TUE. Véanse, a este respecto, las conclusiones del abogado general Hogan en el asunto Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769).

33 En la Directiva 2014/24 no se concreta la entidad, la calidad o la naturaleza (principal o auxiliar; obligatoria o facultativa; de contenido económico o no) de los *servicios públicos* que la cooperación horizontal puede abarcar. El considerando trigésimo tercero sugiere una gran flexibilidad en este sentido. Se descarta, así, que la cooperación se circunscriba a actividades que respondan a una competencia nuclear (principal) del poder adjudicador, como parecía desprenderse de la sentencia ASL, apartado 37, primera frase.

34 En aquel asunto, una de las aportaciones consistía en la puesta a disposición de una infraestructura, en la que tendría lugar la valorización de los residuos recogidos por los participantes, cada uno en el área geográfica de su competencia. También formaba parte de la cooperación la puesta a disposición de los excedentes: las capacidades de vertido de residuos no utilizadas por alguna de las partes podrían paliar la falta de capacidades de vertido de otra. Otra de las contribuciones radicaba en el compromiso, por los servicios de limpieza urbana de uno de los poderes adjudicadores, de defender los derechos de los otros frente al titular de la instalación, en caso de que esta les ocasionase un perjuicio.



81. Lo anterior no resuelve, sin embargo, la pregunta de si la cooperación puede recaer *exclusivamente* sobre una actividad que no es, en sí o por sí misma, un servicio público, en un contexto como el de este litigio. Recordaré que, aquí, los poderes adjudicadores participantes prestan cada uno por su cuenta y de forma separada el mismo servicio público (el propio del cuerpo de bomberos), mientras que la cooperación se circunscribe a una actividad auxiliar (la gestión informática del centro de operaciones de urgencia).

82. En el marco de la Directiva 2014/24, el considerando trigésimo tercero apunta a favor de una respuesta afirmativa a esa pregunta, al subrayar que la cooperación puede abarcar «*todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades* que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido [...]». <sup>35</sup> Los trabajos legislativos muestran, de nuevo, que existió una voluntad de destacar este aspecto, que no figuraba en la propuesta inicial de la Comisión. <sup>36</sup>

83. La flexibilidad que he señalado como característica de la cooperación horizontal en la Directiva 2014/24, apreciable al comparar esta con la situación normativa anterior, con la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia y con la propuesta de la Comisión, corrobora la procedencia de esa respuesta afirmativa.

84. Eso no significa, sin embargo, que la cooperación horizontal así admitida carezca de límites. No decae, desde luego, la exigencia de que se dirija a la prestación de servicios públicos que sean competencia de las partes. <sup>37</sup> Cuando el objeto de la cooperación no es el servicio público mismo, sino una actividad «relacionada» con él, esa relación debe venir dada por la orientación funcional de la actividad hacia la ejecución del servicio.

85. El equilibrio entre los objetivos en tensión, del que me ocupaba *supra*, <sup>38</sup> aconseja, además, sopesar esa relación distinguiendo entre las diversas actividades en función de su grado de vinculación con el servicio a cuya prestación contribuyen. A mi juicio, el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24 permite acoger, entre otras, las actividades de apoyo ligadas inmediata e inseparablemente al servicio público, esto es, aquellas que revisten un carácter instrumental de tal intensidad que el propio servicio depende de ellas para ejecutarse como tal servicio público.

86. La cooperación, por lo demás, ha de reunir el resto de las condiciones previstas en el artículo 12, apartado 4 (en cuanto a los sujetos, a la finalidad de la cooperación y los principios que deben guiarla), que antes he destacado.

## 2. La cooperación entre el Land de Berlín y la ciudad de Colonia

87. Los dos poderes adjudicadores en este asunto no realizan conjuntamente, ya lo he mencionado, la actividad de servicio público principal, es decir, la propia del servicio de bomberos. Su cooperación tiene como objetivo, en cambio, instaurar y mantener actualizado un programa de software imprescindible para que cada uno de ellos gestione, de forma óptima, las intervenciones de sus respectivos cuerpos de bomberos, en sus propios ámbitos geográficos.

<sup>35</sup> Sin cursiva en el original.

<sup>36</sup> Véase, para comparar, el documento interinstitucional número 12167/13.

<sup>37</sup> En la jurisprudencia precedente, la sentencia *Datenlotsen*, apartado 16 (por remisión desde el apartado 34), así lo había declarado: «[...] ni la Universidad ni HIS son autoridades públicas ni HIS tiene directamente atribuido el desempeño de una misión de servicio público».

<sup>38</sup> *Supra*, puntos 29 y ss.: la voluntad de no interferir con los Estados miembros en la organización de su administración interna debe conciliarse con el imperativo de que la exclusión del ámbito del derecho de la Unión no redunde en la infracción de los principios de la contratación pública y de la libre competencia.



88. Según la descripción del software y de su actualización que consta en los autos, completada con las declaraciones concordes que se efectuaron en la vista, el programa informático era y es indispensable para la prestación de aquel servicio público.

89. De ahí que la cooperación entre el Land de Berlín y la ciudad de Colonia, en cuanto versa sobre una actividad imprescindible para la eficaz ejecución de un servicio público que ambos poderes adjudicadores han de prestar, se atenga al requisito indicado en el artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24.

#### ***D. Tercera pregunta prejudicial. Sobre el trato de favor a terceros***

90. El acuerdo entre el Land de Berlín y la ciudad de Colonia se enfrenta a otras objeciones, basadas en la tensión de la cooperación horizontal con el derecho de la competencia. El tribunal de reenvío las aborda en su tercera pregunta, al interrogarse sobre si el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24 lleva implícita una prohibición no escrita de trato de favor y, si es así, con qué contenido.

##### ***1. Cooperación horizontal y derecho de la competencia***

91. La condición de que ningún operador privado se coloque en una situación privilegiada respecto a sus competidores, como consecuencia de la cooperación horizontal, no consta expresa y separadamente en el artículo 12 de la Directiva 2014/24. Sí figuraba, en cambio, en la jurisprudencia previa.<sup>39</sup>

92. Para abordar si, pese a esa ausencia literal, el requisito permanece, recordaré, de entrada, que los Estados miembros gozan de un amplio margen de libertad para decidir si realizan ellos mismos una prestación de servicios o la externalizan.

93. En la primera de esas dos hipótesis (autoabastecimiento, en sentido amplio), y siempre que se cumplan ciertos requisitos, los Estados miembros no están obligados a seguir las reglas y los procedimientos del derecho de la Unión sobre contratación pública. Ahora bien, continúan sujetos a otras reglas,<sup>40</sup> entre las que se encuentran las relativas a la libre competencia del artículo 106 TFUE, apartado 2.

94. Por eso, el artículo 18, apartado 1, segundo párrafo, de la Directiva 2014/24 declara, en un ámbito conexo, que «la contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia».

95. La limitación impuesta por las reglas sobre libre competencia afecta, pues, también a la cooperación horizontal entre los poderes adjudicadores. Lo hace de dos maneras, al menos:

- Por un lado, preside su relación con los operadores privados, en su conjunto, en tanto que competidores en el mercado.
- Por otro lado, determina cómo han de proceder las entidades públicas para que su cooperación, si involucra también a operadores privados de alguna forma, no falsee la competencia entre ellos.

<sup>39</sup> Sentencias Comisión/Alemania, apartado 47; y ASL, apartados 35, 38 y dispositivo; así como auto Consiglio Nazionale, apartado 44 y dispositivo.

<sup>40</sup> *Supra*, puntos 30 a 35.

96. El artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24 tiende a evitar la distorsión de la libre competencia desde el primer punto de vista, cuando exige que la colaboración se celebre exclusivamente entre poderes adjudicadores.<sup>41</sup> Y, al mismo tiempo, marca ciertas prevenciones inspiradas en el mismo designio:

- La cooperación se ha de restringir a la prestación de los servicios públicos que incumben a los poderes adjudicadores participantes, es decir, no al ejercicio de sus actividades económicas ordinarias [letra a)].
- Debe guiarse únicamente por motivos de interés público, no de mercado [letra b)].
- Si las entidades que cooperan entre sí actúan también en el «mercado abierto», no pueden sobrepasar el 20% de las actividades objeto de esa cooperación.

97. No cabe entender, como pretende la ciudad de Colonia, que la obligación de respetar la libre competencia se circunscriba al supuesto en el que los poderes adjudicadores compiten en el mercado con los operadores privados en su conjunto.

98. Por el contrario, como ya he expuesto, el deber general de no falsear la competencia se encuentra en el derecho primario (artículo 106 TFUE, apartado 2) y, en el marco específico de la contratación pública, en el artículo 18, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24.

## 2. La contratación de terceros

### a) Consideraciones de carácter general

99. Los considerandos trigésimo primero y trigésimo tercero de la Directiva 2014/24 corroboran que la cooperación entre poderes adjudicadores no puede «acabar falseando la competencia», al colocar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja frente a sus competidores.<sup>42</sup> Es pertinente insistir en que esos considerandos no añaden, en realidad, nuevos elementos normativos al articulado de la Directiva: solo orientan la interpretación de su artículo 12, apartado 4.

100. No serían, pues, acordes con la Directiva 2014/24 las conductas de los poderes adjudicadores que distorsionen la competencia, poniendo en desventaja a un proveedor de servicios privado respecto de sus competidores. El «trato de favor» al que alude el tribunal de reenvío, en cuanto privilegia a un operador privado en detrimento del resto, está, en consecuencia, prohibido.

101. A este respecto, pueden presentarse dos hipótesis no exactamente equivalentes:

- Una cooperación horizontal en la que un poder adjudicador ponga a disposición de otro determinados bienes o servicios que el primero ha adquirido, a su vez, de un operador privado sin sujetarse a las reglas de la contratación pública. En la medida en que esas reglas fueran aplicables (por razón del objeto, del valor del contrato, etc.), los operadores terceros sufrirían un *nuevo* y, por así decir, *doble* trato de desventaja, derivado de su preterición, inicial y sucesiva.

41 Si bien, en línea con el régimen de la cooperación *in-house*, la Directiva 2014/24 admite una cierta participación de capital privado en las entidades públicas: véase *supra*, la nota 30 de estas conclusiones.

42 Existen, desde luego, otras modalidades de distorsión imaginables: así, si la adquisición del software y las sucesivas operaciones de mantenimiento o complemento se convirtieran en objeto de contratos aislados, a fin de evitar un contrato único cuyo valor supere el umbral a partir del que la licitación pública es imperativa. Véanse la sentencia de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2007:31), apartado 67; y la sentencia Comisión/Alemania, en la que el Tribunal de Justicia menciona un «montaje para eludir la normativa de contratación pública» (apartado 48).

- Una cooperación horizontal que precise, para su desarrollo futuro, la participación de operadores económicos distintos de los poderes adjudicadores. Si se hurtan a algunos de esos operadores privados, de manera discriminatoria o arbitraria, sus posibilidades de integrarse en el mecanismo de suministro futuro de los bienes y servicios, se produciría la situación de desventaja para los afectados.

102. En la segunda de esas hipótesis, cuando se abre un proceso de adjudicación para complementarla o continuarla, no hay motivos para sostener que un particular queda ineluctablemente, *de iure* o *de facto*, en mejor posición que sus competidores por contribuir a las tareas en las que consiste la cooperación interadministrativa.

*b) La contratación de terceros para la cooperación entre el Land de Berlín y la ciudad de Colonia*

103. En los autos no hay informaciones suficientes para saber en qué condiciones tuvo lugar la adquisición originaria, por el Land de Berlín, del programa de software que más tarde cedería a la ciudad de Colonia. Tampoco hay certeza plena sobre si el Land de Berlín se provee de nuevos módulos de software, al margen de la cooperación con la ciudad de Colonia, sustrayendo su adquisición al mercado o acudiendo a él.<sup>43</sup> Corresponderá al tribunal de reenvío verificar estos datos de hecho.

104. Por el contrario, el desarrollo futuro de la cooperación parece necesitar la participación de terceros, hasta el punto de que la ciudad de Colonia ha publicado un anuncio de licitación (restringida) para la adaptación, puesta en marcha y mantenimiento del software cedido por el Land de Berlín.<sup>44</sup>

105. Las ampliaciones y actualizaciones del software cedido por el Land de Berlín a la ciudad de Colonia a los fines de la cooperación se caracterizan por un valor económico elevado. Es lógico, pues, que el interés de los operadores del mercado<sup>45</sup> se centre en los contratos consecutivos para su adaptación, mantenimiento y desarrollo.

106. Para ISE, la complejidad técnica de estas operaciones no posibilita que alguien distinto del fabricante del software esté en condiciones de llevarlas a cabo. Si así fuera, la decisión relativa a la adquisición originaria del software podría tener un peso relevante en la adjudicación de los contratos públicos ulteriores, bloqueando, *de facto*, la intervención de operadores diferentes del creador del programa.

107. En esa tesitura (cuya verificación compete al tribunal de reenvío), el requisito de no colocar a operadores del mercado en una posición privilegiada respecto a sus competidores<sup>46</sup> exigirá un especial cuidado al diseñar la licitación relativa a las prestaciones consecutivas. En particular, se deberían proporcionar a todos los potenciales interesados las informaciones indispensables para permitirles concurrir al proceso.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> En la vista, el representante de ISE afirmó que, en julio de 2018, el Land de Berlín había publicado un anuncio previo para licitar el desarrollo del programa, por un montante de 3 500 000 euros.

<sup>44</sup> En la vista se aclaró que el anuncio (número de referencia: 2019-0040-37-3) se publicó en el DO 2019/S 160-394603 y el valor económico de la licitación se eleva a 2 000 000 euros.

<sup>45</sup> En la vista, el representante de ISE declaró que el interés económico no se situaba en la adquisición del software de base, o en su venta, sino en las operaciones consecutivas de adaptación, mantenimiento y desarrollo del programa informático.

<sup>46</sup> Pero también el objetivo de que la adjudicación recaiga en la oferta más ventajosa económicamente.

<sup>47</sup> En la vista se debatió si bastaba con precisar, en las licitaciones ulteriores, que el adjudicatario tendría acceso al código fuente del software. La ciudad de Colonia insistió en que así ha actuado, aunque según ISE eso no sería suficiente, dadas las dificultades prácticas para desarrollar, sin riesgos, las adaptaciones a partir del programa de base.

108. Esta medida podría, no obstante, revelarse insuficiente, lo que sería indicativo de que el problema se halla en un momento anterior: es decir, en la propia adquisición del software. Corresponde a la jurisdicción de reenvío dilucidar si de la adquisición originaria se deriva una situación de exclusividad, por razones técnicas, que predetermina los procedimientos de contratación ulteriores y, en ese supuesto, establecer las medidas pertinentes para corregir sus efectos.<sup>48</sup>

#### IV. Conclusiones

109. En atención a lo anterior, propongo responder a las cuestiones prejudiciales del Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior regional de lo civil y penal de Düsseldorf, Alemania) como sigue:

«1) El artículo 12, apartado 4, 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, debe interpretarse en el sentido de que una cesión de software acordada por escrito entre dos poderes adjudicadores, vinculada a un convenio de cooperación entre ambos, constituye un “contrato” en el sentido del referido precepto.

El carácter oneroso de esa relación contractual existe aun cuando la entidad cesionaria no deba pagar precio ni compensar por los costes del software, si cada una de las partes (y, por tanto, también la cesionaria) se obliga a poner a disposición de la otra las adaptaciones y los desarrollos futuros de dicho software, y estos son indispensables para la prestación de un servicio público que incumbe a ambos poderes adjudicadores, de forma que es inevitable que se produzcan.

- 2) La cooperación entre los poderes adjudicadores con arreglo al artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24 no tiene por qué recaer necesariamente sobre los propios servicios públicos que se han de prestar a los ciudadanos. Una cooperación cuyo objeto sean las actividades de apoyo a esos servicios quedará amparada por el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24, entre otras hipótesis, cuando la actividad auxiliar sea un instrumento imprescindible para el servicio público, de tal modo que este dependa de aquella para ser ejecutado.
- 3) La cooperación entre poderes adjudicadores que sitúe a un operador privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores en el mercado no puede ampararse en el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24».

<sup>48</sup> La posibilidad de que tuviera lugar un efecto de bloqueo, una vez adquirido el software originario, debería haber sido valorada, idealmente, en el momento de su adquisición. De no ser así, en la coyuntura actual dicha valoración ya no sería posible, y los remedios solo podrían ser paliativos. En la vista, la Comisión sugirió solicitar al fabricante del software un compromiso de cooperación con los adjudicatarios de las prestaciones consecutivas.