

ES



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 12.4.2000

COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN

sobre las concesiones en el Derecho comunitario

COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN

sobre las concesiones en el Derecho comunitario

El 24 de febrero de 1999, la Comisión adoptó y publicó un *Proyecto de comunicación interpretativa sobre concesiones en Derecho comunitario de contratos públicos*¹, que sometió a una amplia consulta. Habida cuenta de las numerosas contribuciones² que le fueron enviadas tras la publicación del proyecto inicial en el Diario Oficial, la Comisión ha adoptado la presente comunicación interpretativa.

¹ DO C 94 de 7 de abril de 1999, p. 4.

² La Comisión quiere expresar su agradecimiento a los operadores económicos, representantes de intereses colectivos, entidades públicas y ciudadanos, cuya aportación ha hecho posible enriquecer el contenido de la presente Comunicación.

ÍNDICE

1.	Introducción.....	4
2.	Definición y problemática general de las concesiones	6
2.1.	Concesión de obras	6
2.1.1.	Definición resultante de la Directiva 93/37/CEE.....	6
2.1.2.	Delimitación de las nociones de «contrato público de obras» y de «concesión de obras» 7	
2.2.	Concesión de servicios	9
2.3.	Delimitación entre concesión de obras y concesión de servicios	10
2.4.	Ámbito de aplicación de la presente comunicación interpretativa.....	11
3.	Régimen aplicable a las concesiones.....	12
3.1.	Normas y principios del Tratado o sentados por el Tribunal.....	14
3.1.1.	Igualdad de trato	14
3.1.2.	Transparencia	16
3.1.3.	Proporcionalidad.....	17
3.1.4.	Reconocimiento mutuo	17
3.1.5.	Excepciones previstas por el Tratado	18
3.1.6.	La protección de los derechos de los particulares	19
3.2.	Régimen específico de la Directiva 93/37/CEE para las concesiones de obras.....	20
3.2.1.	Fase preliminar: elección del concesionario	20
3.2.2.	Fase posterior: contratos celebrados por el concesionario	21
3.2.3.	Normas aplicables a los recursos.....	21
3.3.	Las concesiones en los sectores especiales	22

1. INTRODUCCIÓN

1. Las concesiones constituyen un instrumento que algunos Estados miembros utilizan desde hace tiempo, en particular para realizar y financiar grandes obras de infraestructura, como las redes ferroviarias o una parte importante de las redes de carreteras. La participación del sector privado se ha ido reduciendo a partir del primer cuarto del siglo XX, al favorecer los Estados la realización y la gestión directa de los equipamientos y de los servicios prestados al público.
2. Con las restricciones presupuestarias, la voluntad de limitar la intervención de los poderes públicos y de hacer que el sector público se beneficie de la experiencia y de los métodos del sector privado, la concesión ha experimentado un resurgimiento en los últimos años.
3. Es útil recordar, a título preliminar, que la Comunidad no favorece ningún modo de organización de la propiedad, sea éste público o privado; en efecto, el artículo 295 (antiguo artículo 222) del Tratado garantiza la neutralidad en cuanto al estatuto público o privado de las empresas.
4. Puesto que se recurre cada vez con más frecuencia a esta forma de asociación con los operadores, especialmente para grandes obras de infraestructura y ciertos servicios, la Comisión considera necesario que, a través de la presente comunicación, los operadores interesados y los poderes públicos estén informados de las disposiciones que a su juicio se aplican en el ámbito de las concesiones, de conformidad con el Derecho comunitario vigente. De hecho, la Comisión recibe repetidas quejas por incumplimiento del Derecho comunitario aplicable al fenómeno de las concesiones, en casos de operaciones complejas en que los poderes públicos recurren a la experiencia y al capital de los operadores económicos. La Comisión se ha visto también precisada a concretar el concepto de «concesión» y definir las orientaciones que ha seguido en la instrucción de estos casos. La presente comunicación interpretativa constituye, pues, un acto de transparencia necesario cuyo objeto es aclarar la normativa actual, a la luz de la experiencia adquirida en el tratamiento de los casos examinados hasta este momento.
5. En el proyecto de comunicación interpretativa³, la Comisión indicó su intención de abordar igualmente las demás formas de asociación utilizadas para contar con financiación y experiencia privadas. La Comisión renunció a incluir las formas de asociación que no presentasen características análogas a las de la concesión, en la acepción de la presente comunicación interpretativa, en vista de que las aportaciones recibidas se pronunciaban en ese sentido. En efecto, la profusión de hipótesis y su constante desarrollo, tal como ha quedado demostrado en las respuestas al proyecto de comunicación interpretativa, exigen una reflexión profunda sobre las características comunes a estos fenómenos. El debate sobre esta cuestión iniciado con la publicación del proyecto de comunicación interpretativa deberá asimismo continuar.
6. Las aportaciones han permitido a la Comisión puntualizar su análisis y precisar las características propias de las concesiones, distinguiéndolas de los contratos públicos, como consecuencia fundamentalmente de la delegación de servicios de interés general que conlleva este tipo de asociación.

³ Véase también el punto 2.1.2.4 de la Comunicación de la Comisión sobre «la contratación pública en la Unión Europea», COM(98) 143, adoptada el 11 de marzo de 1998.

7. La Comisión cree necesario recordar que el presente texto no pretende interpretar los regímenes particulares resultantes de directivas adoptadas en ciertos sectores, tales como, por ejemplo, la energía y los transportes.

La presente comunicación interpretativa (en lo sucesivo, «Comunicación») precisará, por una parte, las normas y los principios del Tratado que rigen todas las formas de concesión y, por otra, las normas específicas que la Directiva 93/37/CEE, sobre contratos públicos de obras⁴ (en lo sucesivo, «Directiva obras»), prevé para las concesiones de obras públicas.

⁴ Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de Junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, DO L 199/54 de 9 de agosto de 1993.

2. DEFINICIÓN Y PROBLEMÁTICA GENERAL DE LAS CONCESIONES

Las concesiones no están definidas en el Tratado. La única definición que aporta el Derecho derivado comunitario aparece en la «Directiva obras», que establece un régimen particular para la concesión de obras⁵. Las otras formas de concesión, en cambio, no se contemplan explícitamente en las directivas de contratos públicos⁶.

Esto no significa, sin embargo, que las concesiones queden fuera de las normas y principios del Tratado. En efecto, en la medida en que estas concesiones resulten de actos del Estado que tengan por objeto la prestación de actividades económicas o el suministro de bienes, están sometidas a las disposiciones pertinentes del Tratado, así como a los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal.

A fin de delimitar el ámbito de aplicación de la presente Comunicación, y antes de precisar el régimen aplicable al fenómeno de las concesiones, conviene esbozar primero sus rasgos distintivos. A tal efecto, es útil recordar la noción de concesión de obras, derivada de la «Directiva obras».

2.1. Concesión de obras

2.1.1. Definición resultante de la Directiva 93/37/CEE

El legislador comunitario optó por definir la noción de concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras.

El texto de la «Directiva obras» prevé, en efecto, que los contratos públicos de obras son «*contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador (...), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra (...), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador*» [letra a) del artículo 1].

La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un «*contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.*»

Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio.

⁵ Directiva 93/37/CEE, antes citada.

⁶ Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, DO L 209/1 de 24 de Julio de 1992; 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 199/1 de 9 de agosto de 1993; Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, DO L 199/84 de 9 de agosto de 1993.

2.1.2. Delimitación de las nociones de «contrato público de obras» y de «concesión de obras»

La Comisión considera que el criterio del derecho de explotación permite deducir ciertos indicios para distinguir una concesión de obras de un contrato público.

El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto periodo de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación sino que obtiene de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas⁷.

El derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento⁸.

De las consideraciones precedentes se deduce que, en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario⁹.

La Comisión constata que cada vez se dan más casos de contratos públicos de obras que son objeto de entramados jurídicos complejos¹⁰. Como consecuencia de ello, la frontera entre estos entramados y la concesión de obras públicas puede ser, a veces, difícil de establecer.

Para la Comisión, estaremos en presencia de contratos públicos de obras en la acepción del Derecho comunitario cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de

⁷ El ejemplo más conocido de concesión de obras públicas es el contrato por el cual un Estado asigna a una sociedad el derecho a construir y a explotar una autopista y le permite percibir su remuneración cobrando un peaje al usuario.

⁸ Habrá que examinar caso por caso, teniendo en cuenta diferentes elementos como el objeto, duración e importe del contrato, la capacidad económica y financiera del concesionario y cualquier otro elemento que permita determinar que el concesionario asume realmente el riesgo.

⁹ Si el reembolso de las financiaciones corriera a cargo del órgano de contratación, sin riesgos vinculados a la gestión de la obra, faltaría el elemento de riesgo y el contrato debería calificarse como contrato de obras y no como concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión. En ese caso, la compatibilidad de la financiación adicional tendría que ser analizada a la luz del conjunto de disposiciones pertinentes de derecho comunitario.

¹⁰ Así, **por ejemplo**, la Comisión ya tuvo que pronunciarse sobre casos en que un consorcio de empresarios y bancos se comprometía a realizar una obra para cubrir las necesidades del órgano de contratación, a cambio de que dicho órgano devolviese un préstamo contraído por los empresarios con los bancos, junto con un *beneficio* para los socios privados. La Comisión analizó esta situación como un caso de contrato público, puesto que el consorcio no realizaba ninguna explotación y, por lo tanto, no se hacía cargo de ningún riesgo vinculado a ésta.

La Comisión llegó a la misma conclusión en otro caso en el que, a pesar de que parecía que el socio privado que realizaba las obras se encargaba también de su explotación, éste se beneficiaba en realidad de una garantía de indemnización por parte de las autoridades públicas en condiciones tales que éstas asumían de hecho los riesgos vinculados a la explotación.

contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra.

El hecho de que la Directiva permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Puede ocurrir, por ejemplo, que el Estado asuma parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los «precios sociales»)¹¹. Esta intervención puede revestir distintas modalidades (importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pero pagado en función del número de usuarios, etc.). Estas intervenciones no cambian necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación.

En efecto, quedan cubiertos por la definición de concesión aquellos casos en que el Estado paga un precio como contrapartida de las obras realizadas, siempre y cuando éste no elimine el riesgo inherente a la explotación. Al precisar que el derecho de explotación puede combinarse con un precio, la «Directiva obras» indica que la remuneración del concesionario debe proceder de la explotación. Aunque, en la mayor parte de los casos, el origen de las rentas – cobradas directamente al usuario de la obra – sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio.

Cierto es que, aun en el marco de los contratos públicos, puede quedar, en su caso, una parte del riesgo a cargo del contratista¹². Sin embargo, las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como «riesgo económico», son inherentes al fenómeno de las concesiones. En efecto, este tipo de riesgo, que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación¹³, constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos.

En conclusión, al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación; el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión.

Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión¹⁴.

¹¹ **Por ejemplo**, cuando los peajes de una autopista los cifra el Estado en una cantidad que no permite cubrir el coste de explotación.

¹² Por ejemplo, el riesgo resultante de modificaciones, durante la ejecución del contrato, del contexto normativo (por ejemplo, en materia de protección medioambiental, que impusieran cambios en la obra, o de fiscalidad, comprometiendo el equilibrio financiero del contrato) o el riesgo de obsolescencia técnica. En realidad, este tipo de riesgos tenderán a producirse con más frecuencia en el marco de las concesiones, dado que éstas se extienden sobre periodos de tiempo relativamente largos (sobre la duración de las concesiones, véase punto 3.1.3).

¹³ Conviene indicar que aun en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación.

¹⁴ En un caso tramitado por la Comisión, a pesar de una apariencia de explotación, el socio privado se beneficiaba de una garantía de los poderes públicos de ser indemnizado en condiciones tales que los riesgos inherentes a la explotación eran de hecho asumidos por esos mismos poderes públicos.

2.2. Concesión de servicios

En virtud de su artículo 1, la Directiva 92/50/CEE, relativa a los contratos públicos de servicios (en lo sucesivo, «Directiva servicios»), se aplica a los «*contratos públicos de servicios*», definidos como «*contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de (...)*».

Al contrario de lo que sucede con la «Directiva obras», la «Directiva servicios» no contiene ninguna definición del concepto de concesión de servicios¹⁵.

A los efectos exclusivos de distinguir entre el fenómeno económico de la concesión de servicios y la noción de contrato público de servicios, y de delimitar así el ámbito de aplicación de la presente Comunicación, es importante determinar los rasgos esenciales de tal fenómeno.

A este fin, parece oportuno tomar basarse en ciertos elementos que se inspiran en el concepto ya citado de concesión de obras y que tienen en cuenta tanto la jurisprudencia del Tribunal a este respecto¹⁶ como la *opinio juris*¹⁷.

El objeto de las concesiones de obras es, por definición, distinto del de las concesiones de servicios. Esto puede suscitar diferencias en términos de inversión y de duración entre los dos tipos de concesión. Sin embargo, considerando los criterios antes citados un contrato de concesión presenta, en general, las mismas características, cualquiera que sea el objeto al que haga referencia.

En efecto, tal como sucede con las concesiones de obras, el criterio de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios¹⁸. En virtud de este criterio, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación.

La concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza por una transferencia de la responsabilidad de explotación.

¹⁵ La ausencia de referencia al concepto de concesión de servicios en la «Directiva servicios» requiere algún comentario. En los trabajos preparatorios de esta Directiva, la Comisión había propuesto para este tipo de concesión un régimen análogo al de las concesiones de obras pero el Consejo no aceptó la propuesta. Se planteó en este caso la cuestión de saber si la adjudicación de concesiones de servicios no está incluida enteramente en el régimen establecido por la «Directiva servicios». En efecto, ésta se aplica, como hemos visto, a «*contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora*», excepto algunas excepciones mencionadas en la Directiva entre las cuales no figura el contrato de concesión.

Una interpretación literal de esta definición, seguida por algunos autores, podría conducir a incluir el contrato de concesión en el campo de aplicación de la «Directiva servicios», puesto que este contrato se celebra a título oneroso y por escrito. Este enfoque supondría que la adjudicación de una concesión de servicios debería respetar las normas de esta Directiva y, por lo tanto, tendría que ajustarse a un procedimiento más complejo que el de las concesiones de obras.

Sin embargo, a falta de jurisprudencia del Tribunal sobre este punto, la Comisión no ha seguido esta interpretación en los casos concretos que ha tratado. Una petición de decisión prejudicial pendiente ante el Tribunal plantea la cuestión de la definición y del régimen jurídico de aplicación en las concesiones de servicios (asunto C-324/98 *Telaustria Verlags Gesellschaft m.b.H. contra Post & Telekom Austria (Telaustria)*).

¹⁶ Sentencia del Tribunal de 26 de Abril de 1994, asunto C272/91 *Comisión c. Italia-(Lottomatica)*, Rec.-I-1409.

¹⁷ Conclusiones del Abogado General La Pergola en el asunto C-360/96, *Arnhem*.

Conclusiones del Abogado General Alber en el asunto C-108/98, *RI. SAN Srl contra Commune d'Ischia*.

¹⁸ En la Sentencia de 10 de noviembre de 1998 en el asunto C-360/96, *Arnhem*, nº 25, el Tribunal descartó la calificación de concesión de servicios, visto que la remuneración percibida consistía únicamente en un precio pagado por la autoridad pública y no en un derecho de explotar el servicio.

Por último, la concesión de servicios incide normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuáles pueden existir derechos exclusivos o especiales¹⁹.

Por otra parte, conviene recordar que, en el Sentencia *Lottomatica* antes citada, el Tribunal distinguió claramente entre una transferencia de responsabilidad al concesionario por lo que respecta a las operaciones del juego de la lotería, que pueden calificarse como actividades que entran en la competencia del Estado en el sentido ya indicado, y el simple suministro de sistemas informáticos a la administración. El Tribunal concluyó, en este caso, que, al no existir tal transferencia, se trataba de un contrato público.

2.3. Delimitación entre concesión de obras y concesión de servicios

Dado que la Directiva 93/37/CEE es la única que prevé un régimen especial para los procedimientos en caso de adjudicación de una concesión de obras, es útil determinar cuáles son los supuestos para que se trate de una concesión de ese tipo, sobre todo en casos de contrato mixto que incluye también un aspecto de prestación de servicios. Además, en la práctica, es casi siempre esto lo que ocurre, ya que el concesionario de obras públicas presta muchas veces un servicio al usuario sobre la base de la obra que ha realizado.

En materia de delimitación del ámbito de aplicación de los preceptos de las directivas «obras» y «servicios», el 16º considerando de esta última especifica que si las obras son accesorias y no constituyen el objeto del contrato, no se justifica la clasificación del contrato como contrato público de obras. Dichos preceptos fueron interpretados por el Tribunal de Justicia, en el asunto *Gestión Hotelera Internacional*, en el sentido de que «cuando las obras (...) sólo tienen un carácter accesorio en relación con el objeto principal de la licitación, la totalidad de esta licitación no puede calificarse de contrato público de obras (...)»²⁰. El Tribunal de Justicia abordó también el problema de los contratos mixtos en otro proceso²¹, del cual resulta que cuando un contrato contiene dos objetos disociables (por ejemplo, suministros y servicios), conviene aplicar a cada uno de ellos las correspondientes normas específicas.

Aunque estos principios se hayan desarrollado con respecto a los contratos públicos, la Comisión considera que es conveniente adoptar un enfoque similar para determinar si una concesión está sujeta o no a la «Directiva obras». El ámbito de aplicación *ratione materiae* de ésta es en efecto el mismo, tanto si se trata de un contrato de obras como de una concesión de obras²².

Por lo tanto, según la Comisión, sobre todo se trata de saber si el objeto principal del contrato es la construcción de una obra o la ejecución y realización de trabajos por cuenta del concedente o si, por el contrario, esos trabajos o la construcción de esa obra son sólo accesorios en relación con el objeto principal del contrato.

Si el contrato se refiere principalmente a la construcción de una obra por cuenta del concedente, se trata, según la Comisión, de una concesión de obras.

En tal caso debe aplicarse el régimen previsto por la «Directiva obras», siempre que se alcance el umbral de aplicación de dicha Directiva (5.000.000 de euros), aunque estén presentes aspectos vinculados a los servicios. El hecho de que los trabajos o las obras los realicen en

¹⁹ Conclusiones del Abogado General en el citado asunto *Arnhem*; conclusiones del Abogado General en el citado asunto *RI. SAN Srl*.

²⁰ Sentencia del Tribunal de 19 de abril de 1994 en el asunto C-331/92, *-Gestion Hotelière*, Rec. I-1329.

²¹ Sentencia del Tribunal de 5 de diciembre de 1989 en el asunto 3/88, *Data Processing*, Rec. p. 4035

²² El Tribunal por otra parte aplicó el mismo principio para delimitar contratos de suministro y servicios en su Sentencia de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-107/98, *Teckal Srl contra Commune di Viano y AGAC di Reggio Emilia (Teckal)*.

realidad terceros no cambia la naturaleza del contrato básico. El objeto del contrato sigue siendo el mismo.

Por el contrario, un contrato de concesión que implique la realización de obras sólo con carácter accesorio, o que se refiera solamente a la explotación de una obra existente, se interpreta como concesión de servicios.

Pueden darse también en la práctica operaciones que supongan a la vez la realización de una obra o de trabajos y la prestación de servicios. De este modo, como parte accesorio de una concesión de obras, pueden establecerse concesiones de servicios para actividades complementarias pero independientes de la explotación de la concesión de una obra. Así, por ejemplo, los servicios de restaurante de una autopista pueden ser objeto de una concesión de servicios diferente de la concesión de construcción o gestión de la autopista. Según la Comisión, al ser dissociables los objetos de estos contratos, se aplican las normas respectivas relativas a cada tipo de contrato.

2.4. Ámbito de aplicación de la presente comunicación interpretativa

Como se ha indicado anteriormente, las concesiones, aunque no están contempladas en las directivas sobre contratos públicos, están sujetas a las normas y a los principios del Tratado, en la medida en que se conceden por medio de actos imputables al Estado, y tienen por objeto la prestación de actividades económicas.

En efecto, tanto si es contractual como unilateral, todo acto del Estado²³ por el que se fijan las condiciones a las que queda supeditada una prestación de actividades económicas debe ser evaluado en función de las normas del Tratado y, muy especialmente, de las de los artículos 43 a 55 (antiguos artículos 52 a 66)²⁴.

La presente Comunicación se refiere, por lo tanto, a aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad pública confía a un tercero —ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero— la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación. La presente Comunicación sólo afecta a estos servicios si se pueden interpretar como prestación de actividades económicas según lo dispuesto en los artículos 43 a 55 (antiguos artículos 52 a 66) del Tratado.

Dichos actos del Estado se designarán en adelante como «concesiones», independientemente de su calificación jurídica en el Derecho nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, y sin perjuicio de las disposiciones de Derecho comunitario que pudieran ser de aplicación, la presente Comunicación no contempla:

²³ En el sentido más amplio del término, es decir, actos adoptados por todos los poderes públicos que forman parte de la organización del Estado (colectividades territoriales, regiones, provincias, comunidades autónomas, municipios...) y actos adoptados por cualquier entidad que, aun teniendo personalidad jurídica propia, esté estrechamente vinculada al Estado de tal forma que deba considerarse parte de su organización. Asimismo se incluyen en esta noción los actos imputables al Estado, es decir, aquéllos que, sin haber emanado de los poderes públicos, les son imputables por estar éstos facultados a intervenir, bien para impedir su adopción, bien para obligar a su modificación.

²⁴ Debe seguirse un razonamiento similar por lo que se refiere a las concesiones de suministros, que deben contemplarse a tenor de lo dispuesto en los artículos 28 a 30 (antiguos artículos 30 a 36) del Tratado.

- actos por los que un poder público confiere una habilitación o concede una autorización para ejercer una actividad económica, por más que dichos actos puedan considerarse concesiones en algunos Estados miembros²⁵;
- actos cuyo objeto sean actividades de carácter no económico, como la escolarización obligatoria o la seguridad social.

En cambio, es procedente destacar que cuando una concesión se termina, su renovación es asimilable a una nueva concesión y queda por lo tanto cubierta por la Comunicación.

Se plantea un problema particular cuando existe, entre el concesionario y el concedente, una forma de delegación interorgánica que no sale de la esfera administrativa del órgano de contratación²⁶. El Tribunal abordó la cuestión de si se aplica el Derecho comunitario, y en qué medida, a este tipo de relaciones²⁷. Algunos asuntos actualmente pendientes ante el Tribunal podrían aportar datos complementarios²⁸.

Sí se contemplan, sin embargo, en la presente Comunicación las relaciones entre poderes públicos y empresas públicas que tenga encomendadas misiones de interés económico general²⁹. Es cierto que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal³⁰, nada en el Tratado se opone a que los Estados miembros, por consideraciones de interés público de carácter no económico, sustraigan al juego de la competencia algunos servicios de interés general, confiriendo derechos exclusivos³¹. El Tribunal añade, sin embargo, que las modalidades de organización y el ejercicio de un monopolio creado de este modo no deben afectar a lo dispuesto en el Tratado sobre libre circulación de mercancías y servicios ni a las normas de la competencia³². Del mismo modo, las modalidades de concesión de estos derechos exclusivos están sujetas a las normas del Tratado y pueden por lo tanto entrar en el ámbito de aplicación de la presente Comunicación.

3. RÉGIMEN APLICABLE A LAS CONCESIONES

Como se ha indicado anteriormente, solamente las concesiones de obras que alcancen el umbral fijado por la Directiva 93/37/CEE (5.000.000 de euros) son objeto de un régimen particular.

Sin embargo, como todo acto del Estado por el que se fijan las condiciones que debe cumplir una prestación de actividades económicas, las concesiones están sujetas a las disposiciones de los artículos 28 a 30 (antiguos artículos 30 a 36) y

²⁵ Por ejemplo, las licencias de taxi, las autorizaciones para utilizar la vía pública (quioscos de prensa, terrazas de café ...), los actos relativos a las farmacias o las gasolineras.

²⁶ Relaciones vinculadas al fenómeno definido a veces como «in-house», que ha sido analizado inicialmente por los Abogados Generales La Pergola, Cosmas y Alber en los citados asuntos *Arnhem*, *Teckal* y *RI.SAN*, respectivamente.

²⁷ En la Sentencia *Teckal* antes citada, el Tribunal precisó que, para que la Directiva 93/36/CEE sea aplicable, «basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste.» añadiendo que «sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.» (punto 50).

²⁸ Asuntos C-94/99 (*ARGE*) y C-324/98 (*Telaustria*), antes citado.

²⁹ En el sector audiovisual, hay que tener en cuenta el Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros anexo al Tratado de Amsterdam, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea (fecha de entrada en vigor: 1º de mayo de 1999).

³⁰ Sentencias *Sacchi* de 30 de abril de 1974 en el asunto 155/73 y *Elliniki Radiophonia* de 18 de junio de 1991 en el asunto C-260/89.

³¹ Sentencia *Elliniki Radiophonia* antes citada, punto 10.

³² Sentencia *Elliniki Radiophonia* antes citada, punto 12.

43 a 55 (antiguos artículos 52 a 66) del Tratado, así como a los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal³³. Se trata, en particular de los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad³⁴.

El Tratado no limita la libertad de un Estado miembro para hacer uso de las concesiones siempre y cuando las modalidades de adjudicación sean compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario.

Tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal, aunque, en virtud del Tratado, los Estados miembros conserven la libertad de establecer normas materiales y procesales, deben cumplir todas las disposiciones pertinentes del ordenamiento jurídico comunitario y, en particular, las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado sobre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios³⁵. El Tribunal subrayó además la importancia de los principios y normas que se derivan del Tratado y precisó, en particular, que las directivas de contratación pública tienen por objeto, por una parte, «*facilitar la realización en el interior de la Comunidad de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios*» y, por otra parte, «*garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras y de suministros*»³⁶.

Algunos Estados miembros han considerado a veces que la adjudicación de una «concesión» no estaba sometida a las normas del Tratado porque se trata de una delegación de un servicio público que sólo puede concederse sobre la base de la confianza recíproca (*intuitu personae*). Como se desprende del Tratado y de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las únicas razones que permiten que los actos del Estado susceptibles de transgredir los artículos 43 y 49 (antiguos artículos 52 y 59) del Tratado eludan la prohibición dispuesta en éstos son las contempladas en los artículos 45 y 55 (antiguos artículos 55 y 66), cuyas condiciones de aplicación, muy restrictivas, han sido indicadas por el Tribunal y se exponen a continuación³⁷. Nada en el Tratado o en la jurisprudencia del Tribunal permite considerar que sea de otro modo en el caso de las concesiones.

La Comisión recordará a continuación las normas del Tratado y los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal que se aplican a las concesiones de las que se ocupa la presente Comunicación.

³³ En cuanto al sector de transportes, conviene recordar que las disposiciones que rigen la libre prestación de servicios son los artículos 70 a 80 (antiguos artículos 74 a 84) del Tratado, por remisión expresa del artículo 51 (antiguo artículo 61). Sin perjuicio de ello, y según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los principios generales del Derecho comunitario se aplican también en este campo (Véanse las Sentencias de 4 de abril de 1974, asunto C-167/73, *Comisión/Francia*; de 30 de abril de 1986, asuntos acumulados 209/84 y 213/84, *Ministerio Público/ASJES et al.*; de 17 de mayo de 1994, asunto C-18/96, *Corsica ferries*, y de 1 de octubre de 1998, asunto C-38/97, *Autotrasporti Librandi snc/Cuttica*.)

Los servicios de transporte por ferrocarril, carretera o vía navegable se rigen además por el Reglamento 1191/69, modificado por el Reglamento 1893/91, que prevé a qué mecanismos y procedimientos pueden recurrir las autoridades públicas para garantizar el logro de sus objetivos en materia de transporte público.

³⁴ Es evidente que los actos y la conducta del concesionario están sujetos a las normas y principios citados más arriba en la medida en que sean imputables al Estado, en el sentido expresado por el Tribunal de Justicia.

³⁵ Sentencia de 9 de julio de 1987, asuntos acumulados 27/86, 28/86 y 29/86, *Bellini*.

³⁶ Sentencias de 10 de marzo de 1987 en el asunto 199/85, *Comisión contra Italia* y de 17 de noviembre de 1993 en el asunto 71/92, *Comisión contra España*.

³⁷ Sentencia en el asunto *Lottomatica* antes citado. En esta Sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que, habida cuenta de los hechos, las tareas del concesionario se limitaban a actividades de carácter técnico y, como tales, quedaban sujetas a las disposiciones del Tratado.

3.1. Normas y principios del Tratado o sentados por el Tribunal

Como se dijo, el Tratado no contempla expresamente ni los contratos públicos, ni las concesiones. Varios de sus preceptos tienen sin embargo que ver con ellos. Se trata de las normas del Tratado por las que se instaura y garantiza el buen funcionamiento del Mercado único, a saber:

- las normas por las que se prohíbe toda discriminación por motivos de nacionalidad (apartado 1 del artículo 12 [apartado 1 del antiguo artículo 6]);
- las normas relativas a la libre circulación de las mercancías (artículos 28 [antiguo artículo 30] y siguientes), a la libertad de establecimiento (artículos 43 [antiguo artículo 52] y siguientes) y a la libre prestación de servicios (artículos 49, [antiguo artículo 59] y siguientes) así como las excepciones a estas normas previstas en los artículos 30, 45 y 46 (antiguos artículos 36, 55 y 56)³⁸ ;
- las disposiciones del artículo 86 (antiguo artículo 90) del Tratado pueden también orientar a la hora de determinar la legitimidad de la concesión de esos derechos.

Estas normas y los principios que a partir de ellas ha sentado el Tribunal se exponen a continuación.

Es cierto que la jurisprudencia citada se refiere en parte a los contratos públicos. Sin embargo, no es menos cierto que los principios que de ella se derivan tienen a menudo un alcance que sobrepasa el marco de los contratos públicos. Son también aplicables, por tanto, a otras situaciones, como son las concesiones.

3.1.1. Igualdad de trato

Según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, *«el principio general de la igualdad de trato, del cual la prohibición de discriminar a alguien por su nacionalidad no es sino una expresión específica, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario. Según este principio, hay obligación de no tratar de forma diferente situaciones similares, a no ser que la diferencia de trato esté justificada por motivos objetivos»*³⁹.

Además el Tribunal precisó que el principio de igualdad de trato, del que los artículos 43 (antiguo artículo 52) y 49 (antiguo artículo 59) del Tratado constituyen una expresión particular, prohíbe no sólo *«las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad (...), sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca, de hecho, al mismo resultado»*⁴⁰.

El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los concesionarios potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal, en particular de la Sentencia *«Raulin»*⁴¹, así como de la Sentencia *«Parlamento / Consejo»*⁴², se desprende que el respeto del principio de igualdad de

³⁸ La Comisión recuerda que, a no ser que estén motivadas por exigencias imperativas de interés general que justifiquen su protección, las medidas restrictivas pero no discriminatorias son contrarias a los artículos 43 (antiguo artículo 52) y 49 (antiguo artículo 59) del Tratado. Este caso se da cuando las medidas no son ni adecuadas ni necesarias para alcanzar el objetivo que se persigue

³⁹ Sentencia de 8 de octubre de 1980 en el asunto 810/79, *Überschär* (traducción no oficial).

⁴⁰ Sentencia de 13 de julio de 1993 en el asunto C-330/91, *Commerzbank*. Véase también la Sentencia de 3 de febrero de 1982, asuntos acumulados 62 y 63/81, *Secco y Desquenne*.

⁴¹ Sentencia de 26 de febrero de 1992 en el asunto C-357/89.

⁴² Sentencia de 7 de julio de 1992 en el asunto C-295/90.

trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad.

La Comisión considera que de esta jurisprudencia se desprende la obligación de cumplir el principio de apertura a la competencia.

En las Sentencias *Storebaelt* y *Bus Wallons*, el Tribunal tuvo ocasión de precisar el alcance del principio de igualdad de trato en cuestiones de contratación pública, al afirmar, por un lado, que el cumplimiento del principio de igualdad exige que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de condiciones con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas⁴³ y, por el otro, que, cuando una entidad adjudicadora toma en consideración una modificación introducida en las ofertas iniciales de un solo licitador, este último goza de una ventaja sobre sus competidores, lo que viola el principio de igualdad de trato de los licitadores y menoscaba la transparencia del procedimiento. El Tribunal concluye que «*el procedimiento de comparación de las ofertas debía respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas.*»⁴⁴

El Tribunal precisó pues en esta jurisprudencia sobre la aplicación de las directivas que el principio de igualdad de trato entre licitadores no depende de una posible discriminación por motivos de nacionalidad u otros criterios de distinción.

La aplicación de este principio a las concesiones (lo que, evidentemente, sólo es posible si el poder adjudicador negocia con varios concesionarios potenciales) deja libre al concedente para elegir el procedimiento de concesión más conveniente, dependiendo sobre todo, de las características del sector afectado, y para fijar los requisitos que los candidatos deberán cumplir a lo largo de las distintas fases del procedimiento⁴⁵. No obstante, ello implica que la selección del candidato o candidatos debe hacerse basándose en criterios objetivos y que el procedimiento debe desarrollarse en cumplimiento de las normas y requisitos fundamentales establecidos inicialmente⁴⁶. En el supuesto de que no se hubiesen fijado estas normas, la aplicación del principio de igualdad de trato exige que, en cualquier caso, la selección de los candidatos se haga de forma objetiva.

Así, por ejemplo, hay que considerar contrarias a las normas antes citadas del Tratado y al principio de igualdad de trato aquellas disposiciones por las que se reservan contratos públicos únicamente para las sociedades en las que el Estado o el sector público tienen, de manera

⁴³ Sentencia de 22 de junio de 1993 en el asunto C-243/89, *Storebaelt*, punto 37.

⁴⁴ Sentencia de 25 de abril de 1996 en el asunto 87/94, *Autobuses Valones*. Véase también la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia («TPI» en lo sucesivo) de 17 de diciembre de 1998, T-203/96, *Embassy Limousines and Services*.

⁴⁵ A este respecto, cabe señalar que la presente Comunicación no prejuzga la interpretación de las reglas específicas en materia de transportes previstas por el Tratado o por reglamentos específicos, tanto vigentes como de futura aparición.

⁴⁶ Así, **por ejemplo**, aunque en el pliego de condiciones se puede prever (como de hecho ocurre a menudo en el caso de proyectos complejos de infraestructura) la posibilidad de que los candidatos aporten mejoras técnicas en relación con las soluciones previstas por el órgano de contratación que adjudica la concesión, dichas mejoras no pueden afectar a los requisitos esenciales del proyecto y deben estar claramente delimitadas.

directa o indirecta, una participación mayoritaria o total⁴⁷, así como las prácticas que permitan aceptar ofertas que no respeten el pliego de condiciones o que hayan sido modificadas tras la apertura de plicas, o la consideración de soluciones alternativas en los casos en que esta posibilidad no estuviera ya prevista en el proyecto inicial. Además, el proyecto inicial no debe perder su carácter, en el transcurso de las negociaciones, respecto de los criterios y requisitos fijados al principio del procedimiento.

Por lo demás, cuando, en algunos casos, el concedente no puede definir sus necesidades en términos técnicos suficientemente precisos, busca ofertas alternativas que puedan aportar soluciones diferentes a un problema expresado en términos generales. Sin embargo, en este supuesto, el pliego de condiciones, para garantizar una competencia sana y eficaz, debe detallar siempre de manera no discriminatoria y objetiva lo que se pide a los candidatos y, en particular, los tipos de enfoque que deben seguir para preparar sus ofertas. De esta manera, cada uno de los licitadores sabe de antemano que tiene la posibilidad de prever soluciones técnicas diferentes. De manera general, el pliego de condiciones no debe implicar elementos contrarios a las normas y a los principios del Tratado antes citados. Las necesidades del concedente pueden también determinarse en colaboración con empresas del sector, siempre y cuando esto no impida la libre competencia.

3.1.2. *Transparencia*

La Comisión recuerda que el Tribunal de Justicia ha resaltado en su jurisprudencia la relación existente entre el principio de transparencia y el de igualdad de trato, ya que el primero garantiza el efecto útil de este último procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia⁴⁸.

La Comisión constata que en prácticamente todos los Estados miembros se siguen, en materia de concesiones, normas o prácticas administrativas en las que se prevé que las entidades que deseen confiar la gestión de una actividad económica a un tercero deben hacer pública su intención de acuerdo con las modalidades adecuadas, con el fin de garantizar un mínimo de transparencia.

Tal como el Tribunal ha confirmado en su jurisprudencia más reciente, el principio de no discriminación por causa de la nacionalidad conlleva una obligación de transparencia, con el fin de permitir al órgano de contratación asegurarse de que será cumplido⁴⁹.

La transparencia puede garantizarse por cualquier medio adecuado, incluida la publicidad, para tener en cuenta las especiales características de los sectores afectados y dependiendo de las mismas⁵⁰. Estas formas de publicidad deben contener, en general, la información necesaria para permitir a los posibles concesionarios decidir si les interesa participar en el procedimiento (por ejemplo:

⁴⁷ Sentencia C-3/88, *Dataprocesing*, antes citada, punto 30.

⁴⁸ Sentencia *Bus Wallons* antes citada, punto 54.

⁴⁹ Sentencia de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*, punto 31.

⁵⁰ La transparencia puede garantizarse, por ejemplo, por medio de un anuncio o una información previa en diarios, publicaciones especializadas o a través de anuncios adecuados

criterios de selección y adjudicación, etc.). Dicha información ha de incluir el objeto de la concesión, así como la naturaleza y el alcance de las prestaciones esperadas del concesionario.

La Comisión considera que, en tales condiciones, se respeta la obligación de transparencia.

3.1.3. Proporcionalidad

El Tribunal reconoce constantemente en su jurisprudencia que «*el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario*»⁵¹ y que es de obligado cumplimiento asimismo por las autoridades nacionales a la hora de aplicar el Derecho comunitario⁵², incluso aunque dispongan de un amplio margen de actuación discrecional⁵³.

El principio de proporcionalidad exige que toda medida que se tome sea a la vez necesaria y adecuada al fin perseguido⁵⁴. En la elección de las medidas a adoptar, un Estado miembro debe recurrir a las que menos perturben el ejercicio de una actividad económica⁵⁵.

Aplicado a las concesiones, este principio deja a los órganos concedentes la facultad de definir el objetivo perseguido, sobre todo en cuanto a rendimientos y prescripciones técnicas, pero exige que toda medida adoptada sea al mismo tiempo necesaria y adecuada al objetivo fijado.

Así, por ejemplo, un Estado miembro no podría exigir al seleccionar a los candidatos una capacidad técnica, profesional o económica desproporcionada y excesiva en relación con el objeto de la concesión.

El principio de proporcionalidad requiere también que se concilien competencia y equilibrio financiero. De este modo, la duración de la concesión debe fijarse de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos⁵⁶, aun manteniendo para el concesionario el riesgo inherente a la explotación.

3.1.4. Reconocimiento mutuo

El Tribunal estableció el principio de reconocimiento mutuo y, posteriormente, lo fue precisando en una abundante jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías, personas y servicios. Según este principio, un Estado miembro está obligado a aceptar los productos y servi-

⁵¹ Sentencia de 11 de julio de 1989 en el asunto 265/87, *Schröder*, punto 21.

⁵² Sentencia de 27 octubre 1993 en el asunto 127/92, punto 27.

⁵³ Sentencia de 19 de junio de 1980 en los asuntos acumulados 41/79, 121/79 y 796/79, *Testa et al.*, punto 21.

⁵⁴ Es el caso, por ejemplo, en lo que se refiere a la obligación de alcanzar un elevado nivel de protección medioambiental y en lo que se refiere a la aplicación del principio de precaución.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, la Sentencia de 17 de mayo de 1984 en el asunto 15/83, *Denkavit Nederland*, o la sentencia del TPI de 19 de junio de 1997 en el asunto T-260/94, *Air Inter SA*, punto 14.

⁵⁶ Véase, a este respecto, la jurisprudencia reciente del TPI según la cual el Tratado debe aplicarse «*cuan-do una medida adoptada por un Estado miembro constituye una restricción a la libertad de establecimiento de los nacionales de otro Estado miembro en su territorio y otorga, simultáneamente, ventajas a una empresa al concederle un derecho exclusivo, salvo que dicha medida estatal persiga un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifique permanentemente por razones imperiosas de interés general (...)*». En ese caso, el TPI añade que «*es preciso, además, que la medida estatal de que se trate sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo*» (Sentencia de 8 de julio de 1999, asunto T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV*, punto 108).

cios prestados por operadores económicos de otros países de la Comunidad siempre y cuando estos productos y servicios respondan de manera equivalente a los objetivos legítimos perseguidos por el Estado miembro destinatario⁵⁷.

La aplicación de este principio a las concesiones implica, en particular, que el Estado miembro en el que se proporciona la prestación está obligado a aceptar las prescripciones técnicas y los controles, así como los títulos, certificados y cualificaciones exigidos en otro Estado miembro siempre y cuando estén reconocidos como equivalentes a los requeridos por el Estado miembro destinatario de la prestación⁵⁸.

3.1.5. Excepciones previstas por el Tratado

No pueden admitirse restricciones a la libre circulación de las mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios a menos que estén justificadas por una de las razones indicadas en los artículos 30, 45, 46 y 55 (antiguos artículos 36, 55, 56 y 66) del Tratado.

Por lo que se refiere en especial al artículo 45 (antiguo artículo 55) (que permite restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios para las actividades relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público), el Tribunal ha destacado en varias ocasiones⁵⁹ que «*en cuanto excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento, el artículo 55 del Tratado debe ser interpretado de tal modo que quede limitado el alcance de este artículo a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les esté permitida a los Estados miembros por esta disposición*». Tal excepción debe limitarse, entre las actividades contempladas por los artículos 43 y 49 (antiguos artículos 52 y 59), a aquéllas que por su propia naturaleza impliquen de manera directa y específica un ejercicio del poder público⁶⁰.

⁵⁷ Este principio se desprende de la jurisprudencia sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios (en particular, en las Sentencias *Vlassopoulou* (de 7 mayo de 1991, asunto C-340/89) y *Dennemeyer* (de 25 julio 1991, asunto C-76/90)). En la primera de estas Sentencias, el Tribunal de Justicia constató que «*las condiciones nacionales de calificación, incluso si se aplican sin discriminación por motivos de nacionalidad, pudieran tener como efecto que los nacionales de otros Estados miembros se viesen obstaculizados para ejercer el derecho de establecimiento que se garantiza en el artículo 43 (antiguo artículo 52) del Tratado. Tal podría ser el caso si en las normas nacionales en cuestión no se tuviesen en consideración los conocimientos y cualificaciones ya adquiridos por el interesado en otro Estado miembro*» (traducción no oficial). En la Sentencia *Dennemeyer*, el Tribunal precisó concretamente que «*un Estado miembro no puede supeditar la realización de la prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de todas las condiciones requeridas para un establecimiento, so pena de privar de todo efecto útil las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios*» (traducción no oficial). Finalmente, en el asunto *Webb* (de 17 de diciembre de 1981, asunto 279/80), el Tribunal añadió que la libre prestación de servicios exige que «*(...) el Estado miembro destinatario de la prestación (...) tenga en cuenta las justificaciones y garantías ya presentadas por el prestador de servicios para ejercer su actividad en el Estado miembro en que esté establecido*» (traducción no oficial).

⁵⁸ **Así, por ejemplo**, el Estado miembro en el que se proporciona la prestación está obligado a aceptar las cualificaciones equivalentes relativas a la capacidad profesional, técnica o financiera de los prestadores de servicios que los interesados hayan adquirido en otro Estado miembro. En lo que se refiere a la cualificación de empresas, por ejemplo, aparte de la aplicación de las directivas sobre armonización técnica, la prueba de equivalencia puede provenir de acuerdos de reconocimiento mutuo de los sistemas de certificación voluntaria, acuerdos que pueden basarse en la acreditación que permite demostrar la competencia de los organismos de evaluación.

⁵⁹ Véase, en particular, la sentencia de 15 de marzo de 1988, en el asunto 147/86, *Comisión/República Helénica*.

⁶⁰ Sentencia de 21 de junio de 1974 en el asunto 2/74, *Reyners*.

Por lo tanto, el alcance de la excepción introducida en el artículo 45 (antiguo artículo 55) debe limitarse a aquellos casos en los que el concesionario participe de manera directa y específica en el ejercicio del poder público.

Así pues, las actividades realizadas en virtud de una obligación o de una exclusividad establecida por ley o calificada por las autoridades nacionales de servicio público no quedan incluidas automáticamente en esta excepción⁶¹. Es cierto que cualquier actividad delegada por las autoridades públicas tiene, en principio, una connotación de utilidad pública, pero ello no significa que esta actividad esté necesariamente relacionada con el ejercicio del poder público.

Por ejemplo, el Tribunal de Justicia descartó la aplicación de la excepción del artículo 45 (antiguo artículo 55) sobre la base de constataciones como las siguientes:

- La autoridad pública mantenía el control de las actividades transferidas y disponía de medios para garantizar la protección de los intereses que estaban a su cargo⁶².
- Las actividades transferidas eran de carácter técnico y, por consiguiente, ajenas al ejercicio del poder público⁶³.

Como ya hemos visto, el principio de proporcionalidad exige que toda medida por la que se limite el ejercicio de las libertades previstas en los artículos 43 y 49 (antiguos artículos 52 y 59) sea a la vez necesaria y apropiada a los objetivos perseguidos⁶⁴, lo que implica, en particular, que, al elegir las medidas que garanticen la realización del objetivo perseguido, el Estado miembro debe preferir las que menos obstaculicen el ejercicio de estas libertades⁶⁵.

Además, dentro de la libre prestación de servicios, el Estado miembro de acogida deberá comprobar que el interés que debe ser protegido no lo está por las normas a las que se somete el candidato en el Estado miembro en el que ejerce normalmente su actividad.

3.1.6. *La protección de los derechos de los particulares*

En jurisprudencia reiterada relativa a las libertades fundamentales del Tratado, el Tribunal afirma que las decisiones de denegación o de rechazo deben justificarse y deben poder ser objeto de recursos judiciales por parte de sus destinatarios⁶⁶.

Estos requisitos son de aplicación general, puesto que, como precisa el Tribunal, derivan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y consagradas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁷.

⁶¹ Conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto 3/88, *Dataprocesing*, antes citado.

⁶² Sentencia de 15 de marzo de 1988 en el asunto 147/86, antes citado.

⁶³ Asuntos C-3/88 y 272/91, *Data Processing* y *Lottomatica*, antes citados.

⁶⁴ Asunto T-260/94, *Air Inter*, antes citado. **Por ejemplo**, el Tribunal descartó la aplicación de la excepción relativa al orden público cuando no estaba suficientemente justificada y el objetivo que se perseguía podía lograrse por otros medios que no implicaban una restricción de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (véase el punto 15 de la Sentencia C-3/88, *Data Processing*, antes citada).

⁶⁵ Sentencia de 28 de marzo de 1996 en el asunto C-272/94, *Guiot / Climatec*.

⁶⁶ Sentencia de 7 de mayo de 1991 en el asunto C-340/89, *Vlassopoulou*, punto 22.

⁶⁷ Sentencia de 15 de octubre de 1987 en el asunto 222/86, *Heylens*, punto 14.

Son también aplicables por lo tanto a los particulares que se consideren perjudicados en la adjudicación de una concesión según lo dispuesto en la presente Comunicación.

3.2. Régimen específico de la Directiva 93/37/CEE para las concesiones de obras

La Comisión considera útil recordar que las normas y principios antes elucidados son aplicables a las concesiones de obras. Para éstas, la Directiva 93/37/CEE fija, además, un régimen especial que contiene, en particular, normas de publicidad.

Es obvio que para las concesiones que no alcanzan el umbral previsto por la Directiva 93/37/CEE, solamente son aplicables las normas y los principios del Tratado.

3.2.1. Fase preliminar: elección del concesionario

3.2.1.1. Normas de publicidad y de transparencia

Por lo que se refiere a las concesiones de obras, los órganos de contratación se ven obligados a publicar en el Diario Oficial un anuncio de concesión según el modelo previsto en la Directiva 93/37/CEE, con el fin de que este contrato quede abierto a la competencia en el ámbito europeo⁶⁸.

Un problema que se le planteó a la Comisión es el de la adjudicación de concesiones entre personas públicas. Algunos Estados miembros parecen haber considerado que los preceptos de la Directiva 93/37/CEE aplicables a las concesiones de obras no lo eran en los contratos firmados entre una colectividad pública y una persona jurídica de Derecho público.

Sin embargo, en la Directiva 93/37/CEE se impone la publicidad previa para la adjudicación de todo contrato de concesión de obras públicas independientemente de que el futuro concesionario sea privado o público. Por otra parte, en el apartado 3 del artículo 3 de la Directiva 93/37/CEE se dispone expresamente que el concesionario pueda ser uno de los órganos de contratación contemplados por la Directiva, lo que implica que este tipo de relación debe ser publicado previamente, a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 de esta misma Directiva.

3.2.1.2. Elección del tipo de procedimiento

Por lo que se refiere a las concesiones de obras, el concedente es libre de elegir el procedimiento más conveniente, y, en particular, de emprender el procedimiento negociado.

⁶⁸ «Con el fin de cumplir el objetivo de la Directiva de garantizar el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos, los criterios y condiciones que rigen cada contrato deben ser objeto de una publicidad adecuada por parte de los poderes adjudicadores.» (Véase la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, *Beentjes*, punto 21).

3.2.2. Fase posterior: contratos celebrados por el concesionario⁶⁹

La Directiva 93/37/CEE definió algunas normas sobre contratos celebrados por un concesionario de obras públicas para obras cuyo valor sea superior o igual a cinco millones de ecus. Estas normas varían, sin embargo, en función del tipo de concesionario.

Si el concesionario es al mismo tiempo un órgano de contratación con arreglo a la definición de la Directiva, los contratos para la ejecución de estas obras deberán asignarse cumpliendo estrictamente todos los preceptos que la Directiva dispone para los contratos públicos de obras⁷⁰.

Si el concesionario no es al mismo tiempo un órgano de contratación, la Directiva impone solamente respetar ciertas normas de publicidad. Estas normas no son aplicables, sin embargo, cuando el concesionario celebre contratos de obras con empresas vinculadas a él con arreglo a la definición del apartado 4 del artículo 3 de la Directiva. Por otro lado, en la Directiva se dispone que se deberá adjuntar a la candidatura para la concesión la lista exhaustiva de estas empresas y que esta lista se actualizará conforme a las modificaciones que se produzcan posteriormente en las relaciones entre las empresas. Como esta lista debe ser exhaustiva, el concesionario no podrá alegar que no se aplican las normas de publicidad para la celebración de un contrato de obras con una empresa que no aparezca en la lista antes citada.

Por lo tanto, independientemente de que el concesionario sea o no sea a su vez órgano de contratación según la Directiva, seguirá estando obligado a hacer pública a escala comunitaria su intención de celebrar un contrato de obras con un tercero.

Por último, la Comisión considera que, por lo que se refiere a obras realizadas por terceros, un Estado miembro incumple las disposiciones de la Directiva 93/37/CEE cuando utiliza como intermediaria una sociedad vinculada a él para adjudicar sin licitación algunos contratos de obras a terceras empresas.

3.2.3. Normas aplicables a los recursos

Según el artículo 1º de la Directiva 89/665/CEE, “*Los Estados miembros tomarán (...) las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridos de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible*”, en las condiciones establecidas en la Directiva, “*con motivo de que dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho*”.

Esta disposición se aplica a las concesiones de obras⁷¹.

⁶⁹ Recuérdese que, a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva, el órgano de contratación podrá imponer al concesionario que confíe a terceros un parte de los contratos que represente un porcentaje mínimo del valor global de las obras. Asimismo, el órgano de contratación puede invitar a los candidatos a la concesión a que indiquen ellos mismos en sus ofertas dicho porcentaje mínimo.

⁷⁰ Lo mismo se aplica al caso de concesionarios de servicios que sean poderes adjudicadores según lo dispuesto en las Directivas. Los preceptos de éstas últimas se aplican a los procedimientos de celebración de contratos que convoquen en el marco de la concesión.

⁷¹ En este contexto, conviene recordar que el Abogado General Elmer, en el asunto C-433/93, *Comisión / Alemania*, constató que, según la jurisprudencia del Tribunal (véanse las Sentencias de 20 de septiembre de 1988, en el asunto 31/87, *Beentjes*, y de 22 de junio de 1989, en el asunto 103/88, *Constanzo*), *las Directivas sobre contratación pública confieren a los particulares una serie de derechos que, en de-*

Por otra parte, la Comisión recuerda también lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE, según el cual «*Los Estados miembros velarán para que las decisiones adoptadas por los organismos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz*».

Los Estados miembros deben, por tanto, abstenerse de toda medida material o procesal que pudiera dejar sin efecto los mecanismos establecidos por esta Directiva.

Por lo que se refiere a los concesionarios que son a su vez órganos de contratación, además de las obligaciones ya mencionadas, sus contratos públicos están sujetos a la obligación de motivación prevista por el artículo 8 de la Directiva 93/37/CEE, que exige que el órgano de contratación justifique su decisión en un plazo de quince días, así como a las vías de recurso previstas por la Directiva 89/665/CEE.

3.3. Las concesiones en los sectores especiales

En la Directiva 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (en lo sucesivo «Directiva sectores especiales»), no se incluyen normas específicas ni sobre las concesiones de obras ni sobre las concesiones de servicios.

Para determinar las normas aplicables, la personalidad jurídica del concedente y la actividad que ejerce son elementos decisivos. Varias situaciones son posibles.

El primer caso es el de la adjudicación, por el Estado u otra colectividad pública que no opere específicamente en uno de los cuatro sectores contemplados por la «Directiva sectores especiales», de una concesión destinada a realizar una actividad económica en uno de estos cuatro sectores. Dicha adjudicación está regulada por las normas y principios del Tratado descritos más arriba y por la «Directiva obras» si se trata de una concesión de obras.

El segundo caso es el de una entidad pública que opere de modo específico en uno de los cuatro sectores cubiertos por la «Directiva sectores especiales» y que decidiese adjudicar una concesión. Se aplican las normas y principios del Tratado ya que el concedente es un organismo público. Incluso cuando se trate de una concesión de obras, solamente se aplican las normas y principios del Tratado, ya que no se puede aplicar la «Directiva obras» a la adjudicación de concesiones por una entidad que opere específicamente en los sectores cubiertos por la Directiva 93/38/CEE.

Por último, en el supuesto de que el concedente sea una entidad privada, ésta no está sometida ni a las normas, ni a los principios mencionados anteriormente⁷².

terminadas condiciones, éstos pueden invocar directamente ante los órganos judiciales nacionales contra el Estado y los órganos de contratación (Traducción no oficial). El Abogado General mantiene también que la Directiva 89/665/CEE, que es posterior a esta jurisprudencia, no tenía por objeto limitar los derechos que la jurisprudencia reconocía a los particulares contra las autoridades públicas. Al contrario, la Directiva se proponía reforzar «*los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, (...) en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse*» (véase el segundo considerando de la Directiva 89/665/CEE).

⁷²

No obstante, en la medida en que el concesionario se beneficie de derechos exclusivos o especiales para actividades contempladas por la Directiva sectores especiales, deberá respetar las normas de esta misma Directiva para tales contratos públicos.

La Comisión confía en que la publicación de la presente Comunicación contribuirá a aclarar las reglas de juego y a abrir los mercados a la competencia en el ámbito de las concesiones.

Por otra parte, la Comisión desea destacar que el esfuerzo de transparencia que representa la publicación de la presente Comunicación no prejuzga sin embargo una posible propuesta legislativa sobre las concesiones, si resultara necesaria para reforzar la seguridad jurídica.

Por último, el Tribunal podría precisar aún más los elementos que hoy pueden derivarse de las normas del Tratado, de las directivas y de la jurisprudencia, ya que se le han presentado cuestiones prejudiciales⁷³. La presente Comunicación podría completarse por tanto en el momento oportuno para tomar en cuenta los nuevos elementos.

⁷³ Por ejemplo el asunto *Telaustria* antes citado.