BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ064409

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
Sentencia de 3 de octubre de 2019
Sala Cuarta
Asunto n.º C-285/18

SUMARIO:

Contratos del Sector Público. Aplicación de la Directiva 2014/24 a un contrato celebrado en 2016 que trae causa de un procedimiento iniciado con la anterior Directiva vigente. Operaciones internas. Una situación, como la del litigio principal, en la que un poder adjudicador adjudica un contrato público a persona jurídica sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, en un procedimiento iniciado mientras estaba aún en vigor la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y que dio lugar a la celebración de un contrato con posterioridad a la derogación de dicha Directiva, es decir, el 18 de abril de 2016, está comprendida en el ámbito de aplicación 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 cuando el poder adjudicador resolvió definitivamente la cuestión de si estaba obligado a proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público con posterioridad a esa fecha. El artículo 12.1 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una regla nacional por la que un Estado miembro supedita la celebración de una operación interna, en particular, a la condición de que la adjudicación de un contrato público no permita garantizar la calidad, disponibilidad y continuidad de los servicios que han de prestarse siempre que la opción en favor de un modo de prestación de servicios en particular, y realizado en una fase anterior al de la adjudicación del contrato público, respete los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. En relación con el principio de transparencia, el citado artículo 12.1 debe interpretarse en el sentido de que las condiciones a las que los Estados miembros supediten la celebración de operaciones internas deben establecerse mediante normas precisas y claras del Derecho positivo en materia de contratación pública, que deben ser suficientemente accesibles y previsibles en su aplicación a fin de evitar cualquier riesgo de arbitrariedad, lo que corresponderá comprobar, en el presente caso, al órgano jurisdiccional remitente. La celebración de una operación interna que cumple las condiciones establecidas en el repetido artículo 12.1, letras a) a c) no es en sí conforme al Derecho de la Unión.

PRECEPTOS:

Directiva 2014/24/UE (sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE), arts. 1.4, 12.1, 18.1 y 91.

PONENTE:

Don Šváby.

En el asunto C-285/18,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania), mediante resolución de 13 de abril de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 25 de abril de 2018, en el procedimiento iniciado a instancias de

Kauno miesto savivaldybe,

Kauno miesto savivaldybes administracija,

con intervención de:

UAB «Irgita»,

UAB «Kauno švara»,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. M. Vilaras, Presidente de Sala, y la Sra. K. Jürimäe y los Sres. D. Šváby (Ponente), S. Rodin y N. Piçarra, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Hogan;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Kauno miesto savivaldybes administracija, inicialmente por la Sra. L. Ziferman, advokate, el Sr. M. Dobilas y la Sra. A. Mikociuniene, advokato padejejai, y posteriormente por el Sr. K. Kacerauskas y la Sras. V. Vaitkute Pavan, advokatai, y Mikociuniene, advokato padejeja;
- en nombre de UAB «Irgita», por el Sr. D. Pakenas, advokatas;
- en nombre de UAB «Kauno švara», por el Sr. V. Masiulis, advokatas;
- en nombre del Gobierno lituano, por el Sr. K. Dieninis y las Sras. R. Butvydyte, J. Prasauskiene y R. Krasuckaite, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno estonio, por la Sra. N. Grünberg, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. B. Majczyna, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. S.L. Kaleda y P. Ondrušek y la Sra. L. Haasbeek, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de mayo de 2019;

dicta la siguiente

Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 2, letra a), y 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), de los artículos 1, 12 y 18 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 (DO 2014, L 94, p. 65), de los artículos 18 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE y 106 TFUE, así como del artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

2. Dicha petición se ha presentado en el contexto de un procedimiento iniciado por la Kauno miesto savivaldybe (Ayuntamiento de la Ciudad de Kaunas, Lituania; en lo sucesivo, «Ayuntamiento de Kaunas») y la Kauno miesto savivaldybes administracija (Administración del Ayuntamiento de la Ciudad de Kaunas; en lo sucesivo, «poder adjudicador») en relación con la celebración, entre UAB «Kauno švara» y el poder adjudicador, de un contrato de prestación de servicios.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3. Los considerandos 1, 2, 5, 7, 31 y 32 de la Directiva 2014/24 establecen:

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

(2) La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada "Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" […], como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1)], y la Directiva [2004/18], a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.

[…]

(5) Debe recordarse que 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) Por último cabe recordar que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales de definir, con arreglo al Derecho de la Unión, servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio que ha de prestarse, incluida cualquier condición relativa a la calidad del servicio, con objeto de perseguir sus objetivos de política general. La presente Directiva también debe entenderse sin perjuicio de la facultad de las autoridades nacionales, regionales y locales de establecer, encargar y financiar servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 […] TFUE y el Protocolo n.o 26 sobre los servicios de interés general anejo al [Tratado FUE] y al Tratado [UE]. Por otra parte, la presente Directiva no trata la financiación de servicios de interés económico general ni los sistemas de ayuda concedida por los Estados miembros, en particular en el ámbito social, de conformidad con las normas de la Unión en materia de competencia.

[…]

(31) 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] 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]. 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.

(32) Los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80 % de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato.

[…]»

4. El artículo 1 de esta Directiva, que se titula «Objeto y ámbito de aplicación», dispone, en su apartado 4:

«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.»

5. El artículo 12 de la citada Directiva, que se refiere a los «contratos públicos entre entidades del sector público», establece, en su apartado 1:

«Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

[…]»

6. A tenor del artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24, con la rúbrica «Principios de la contratación»:

«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.»

7. Con arreglo a su artículo 91, párrafo primero, la Directiva 2014/24 derogó la Directiva 2004/18 con efecto a partir del 18 de abril de 2016.

Derecho lituano

8. De conformidad con el artículo 10, apartado 5, del Lietuvos Respublikos viešuju pirkimu istatymas (Ley de Contratación Pública de la República de Lituania; en lo sucesivo, «Ley de Contratación Pública»), en su versión en vigor del 1 de enero de 2014 al 1 de julio de 2017, una operación interna «solo [podía] iniciarse […] una vez se [obtuviese] la autorización de la Oficina de Contratación Pública».

9. En su versión vigente desde el 1 de julio de 2017, el artículo 10 de la Ley de Contratación Pública establece:

«1. Los requisitos previstos en esta Ley no se aplicarán a las operaciones internas realizadas por un poder adjudicador con otro poder adjudicador en caso de que se cumplan sin excepción todas las condiciones que se exponen a continuación:

1) Que el poder adjudicador ejerza sobre el otro poder adjudicador un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades organizativas, influyendo de manera decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas, incluidas las decisiones en materia de inversión a largo plazo, cesión, arrendamiento, pignoración, hipoteca; adquisición o venta de participaciones en otras entidades económicas; cesión de la gestión de una filial a otra entidad. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.

2) Que los ingresos procedentes de contratos celebrados con el poder adjudicador controlador o con personas jurídicas controladas por ese poder adjudicador y que estén destinados a cubrir sus necesidades o desempeñar sus funciones representen más del 80 % del promedio de los ingresos del poder adjudicador controlado procedentes de contratos de compraventa durante los tres últimos ejercicios. Si el poder adjudicador controlado lleva menos de tres años desarrollando su actividad, sus resultados deberán estimarse en función de su plan de actividad.

3) Que no exista participación directa de capital privado en el poder adjudicador controlado.

2. Las operaciones internas solo podrán celebrarse en casos excepcionales, cuando se cumplan los requisitos previstos en el apartado 1 del presente artículo y la continuidad, calidad óptima y disponibilidad de los servicios no puedan garantizarse adquiriendo estos a través de procedimientos de contratación pública.

[…]

5. Las empresas públicas, las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada en las que las acciones o participaciones de propiedad estatal otorguen más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas no podrán efectuar operaciones internas.»

10. El artículo 4 de la Lietuvos Respublikos konkurencijos istatymas (Ley de Competencia de la República de Lituania) de 23 de marzo de 1999 (Žin., 1999, n.º 30-856; en lo sucesivo, «Ley de Competencia»), dispone:

«1. Al ejercer las tareas de regulación de las actividades económicas en la República de Lituania, las administraciones públicas garantizarán que la competencia sea libre y leal.

2. Se prohíbe la aprobación por parte de las administraciones públicas de actos jurídicos o la adopción de otras decisiones que concedan privilegios o discriminen a agentes económicos individuales o a los grupos de que forman parte, y que den o puedan dar lugar a diferencias en las condiciones de competencia de los agentes económicos que compiten en el mercado, salvo cuando la diferencia en las condiciones de competencia no pueda ser evitada en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación de la República de Lituania.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

11. El 7 de febrero de 2014, el poder adjudicador publicó un anuncio de licitación para la prestación de servicios de mantenimiento y gestión de las plantaciones, bosques y parques forestales de la ciudad de Kaunas.

12. Este contrato, compuesto de tres partes, fue adjudicado en su totalidad a Irgita y, en concreto, dio lugar a la firma, el 18 de marzo de 2014, de un contrato de prestación de servicios de siega por un período de tres años, es decir, hasta el 18 de marzo de 2017.

13. El contrato preveía el volumen máximo de servicios que podría exigirse a Irgita. Sin embargo, el poder adjudicador no se comprometía a encargar todos los servicios ni todo el volumen de los servicios previstos en el referido contrato. Asimismo, el poder adjudicador solo debía remunerar a Irgita por los servicios efectivamente realizados según las tarifas previstas en el mismo contrato.

14. El 1 de abril de 2016, el poder adjudicador solicitó la autorización de la Viešuju pirkimu tarnyba (Oficina de Contratación Pública, Lituania) con el fin de celebrar con Kauno švara una operación interna que tenía por objeto servicios esencialmente análogos a los que se habían encargado a Irgita en virtud del contrato de 18 de marzo de 2014.

15. Kauno švara, que tiene personalidad jurídica, está controlada por el poder adjudicador que posee la totalidad de su capital. Además, realizó, en 2015, un 90,07 % de su volumen de negocios ejerciendo su actividad únicamente en favor del poder adjudicador.

16. El 20 de abril de 2016, la Oficina de Contratación Pública autorizó la celebración de un contrato entre Kauno švara y el poder adjudicador con el fin de prestar los servicios de que se trata, y exigió a este último valorar, antes de celebrar el referido contrato, la posibilidad de contratar esos servicios organizando un procedimiento de licitación pública. En cualquier caso, el poder adjudicador debía cumplir lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, de la Ley de Competencia.

17. El 3 de mayo de 2016, el Ayuntamiento de Kaunas decidió celebrar un contrato de prestación de servicios de siega con Kauno švara y fijó las tarifas de los servicios que debían prestarse (en lo sucesivo, «resolución controvertida»).

18. El 19 de mayo de 2016, el poder adjudicador y Kauno švara celebraron el citado contrato (en lo sucesivo, «contrato controvertido»). El contrato, cuya duración se fijó en cinco años, prevé, en particular, que las órdenes de servicios dependerán de las necesidades del poder adjudicador, que los servicios se retribuirán conforme a las tarifas previstas en el contrato y que su vigencia podrá prorrogarse.

19. El 20 de mayo de 2016, Irgita interpuso un recurso ante el tribunal lituano de primera instancia competente contra la resolución controvertida y el contrato controvertido. En su recurso, alegaba que, habida cuenta del contrato de 18 de marzo de 2014 celebrado entre ella y el poder adjudicador, este último no podía celebrar el contrato controvertido.

20. Tras la desestimación del recurso en primera instancia, Irgita vio estimadas sus pretensiones por el Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Apelación de Lituania), que, mediante una resolución de 4 de octubre de 2017, anuló la resolución controvertida y declaró la nulidad del contrato controvertido.

21. Dicho tribunal señaló que el derecho a celebrar una operación interna, previsto en el artículo 10, apartado 5, de la Ley de Contratación Pública, en su versión en vigor del 1 de julio de 2014 al 1 de julio de 2017, no puede establecer excepciones a las prohibiciones de perjudicar a la competencia entre los operadores económicos, conceder privilegios a uno de ellos y de discriminar a los demás, tal como se establecen en el artículo 4, apartado 2, de la Ley de Competencia. Pues bien, consideró que el contrato controvertido era ilegal, debido a que produjo una disminución del volumen de órdenes de servicios a Irgita y que, al celebrar una operación interna, sin necesidad objetiva, el poder adjudicador concedió a la empresa bajo su control privilegios susceptibles de falsear las condiciones de competencia entre operadores económicos en el mercado del mantenimiento de las zonas arboladas de la ciudad de Kaunas.

22. En el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Kaunas y el poder adjudicador, el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania) afirma, por una parte, que el contrato controvertido es claramente una operación interna y, por otra, que el asunto principal suscita la cuestión general de la relación entre las operaciones internas y el respeto del principio de libre competencia entre operadores independientes.

23. Asimismo, observa que, desde finales del año 2011 hasta mediados del año 2015, la jurisprudencia del Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Lituania) venía manteniendo que las operaciones internas que cumplían los criterios establecidos en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), eran legales. Sin embargo, a partir de mediados del año 2015, habida cuenta de dos resoluciones del Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas (Tribunal Constitucional de la República de Lituania), el Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Tribunal Supremo de lo Contencioso-

Administrativo de Lituania) supeditó la legalidad de las operaciones internas al respeto no solo de los criterios sentados en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), sino también de otros criterios de apreciación derivados de la Ley de Competencia. Entre estos criterios figuran la continuidad, la calidad óptima y la disponibilidad de los servicios, así como los efectos de la operación interna prevista, por un lado, sobre la igualdad de trato de otros operadores económicos y, por otro, sobre la facultad de estos últimos de competir para prestar los servicios de que se trata.

24. El órgano jurisdiccional remitente estima que el concepto de «operación interna» constituye un concepto autónomo, propio del Derecho de la Unión en la medida en que, a la vista de la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), parece derivar del concepto general de «contrato público». Ahora bien, dado que la definición de este concepto no conlleva una remisión al Derecho de los Estados miembros, el referido concepto pertenece al ámbito del Derecho de la Unión, como resulta de la sentencia de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2007:31).

25. Además, del artículo 12 de la Directiva 2014/24, en relación con los considerandos 2, 31 y 32 de esta Directiva resulta que la legalidad de una operación interna en el sentido de ese artículo depende exclusivamente de los requisitos enunciados en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), lo que excluye que se tengan en cuenta otros elementos y muestra que la Directiva 2014/24 lleva a cabo una armonización estricta de las operaciones internes.

26. El órgano jurisdiccional remitente no excluye, sin embargo, que los Estados miembros conserven un cierto margen de apreciación. A este respecto, a tenor del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2014/24, esta 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, dicha Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas y en qué forma en virtud del artículo 14 TFUE y del Protocolo n.º 26. El artículo 36 de la Carta también dispone que la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como establecen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

27. Según el órgano jurisdiccional remitente, los Estados miembros deben poder supeditar la posibilidad de recurrir a una operación interna al respeto en particular de las exigencias de claridad, previsibilidad y protección de la confianza legítima, siempre y cuando estas exigencias estén claramente previstas en su legislación y no resulten únicamente de la jurisprudencia.

28. Por añadidura, aun en el caso de que los tribunales nacionales pudiesen prever restricciones a la realización de operaciones internas, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre la fundamentación de estas restricciones. En efecto, según el órgano jurisdiccional remitente, el razonamiento del Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Apelación de Lituania) llevaría a cuestionar el derecho del poder adjudicador a realizar una operación interna conforme a los criterios sentados en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), dado que otros operadores económicos distintos a la empresa controlada están en condiciones de realizar los servicios de que se trata.

29. En este contexto, el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) A la luz de las circunstancias del presente asunto y teniendo en cuenta que los procedimientos para la conclusión de la operación interna (*in house*) controvertida, entre otros los procedimientos administrativos, se iniciaron en un momento en que la Directiva 2004/18 aún estaba vigente, pero el propio contrato se celebró el 19 de mayo de 2016, es decir, tras la derogación de dicha Directiva, ¿cabe considerar que dicha operación interna está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 o en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24?

2) Suponiendo que la operación interna esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18:

a) Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2007:31), y de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), ¿debe interpretarse el artículo 1, apartado 2, letra a), de dicha Directiva (pero sin restringirse al mismo) en el sentido de que el concepto de operación interna está comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y de que el contenido y la aplicación de dicho concepto no se ven afectados por el Derecho nacional de los Estados miembros, en particular, por limitaciones en cuanto a la celebración de tales operaciones, por ejemplo, la exigencia de que los contratos públicos no puedan garantizar la calidad, disponibilidad y continuidad de los servicios que han de prestarse?

b) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión, letra a), es decir, si el concepto de operación interna está comprendido, parcial o plenamente, en el ámbito de aplicación del Derecho nacional de los Estados miembros, ¿debe interpretarse la referida disposición de la Directiva 2004/18 en el sentido de que los Estados miembros disponen de una facultad discrecional para establecer limitaciones o requisitos adicionales para la conclusión de operaciones internas (en comparación con el Derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta este Derecho), pero solo pueden ejercer dicha facultad discrecional a través de disposiciones legales positivas, claras y concretas en materia de contratación pública?

3) Suponiendo que la operación interna esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24:

a) Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2007:31),) y de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), ¿deben interpretarse las disposiciones de los artículos 1, apartado 4, y 12 de dicha Directiva y las del artículo 36 de la Carta, conjuntamente o por separado (pero sin restringirse a los mismos), en el sentido de que el concepto de operación interna está comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y de que el contenido y la aplicación de dicho concepto no se ven afectados por el Derecho nacional de los Estados miembros, en particular, mediante limitaciones en cuanto a la celebración de tales operaciones, por ejemplo, la exigencia de que los contratos públicos no puedan garantizar la calidad, disponibilidad y continuidad de los servicios que han de prestarse?

b) En caso de respuesta negativa a la tercera cuestión, letra a), es decir, si el concepto de operación interna está comprendido, parcial o plenamente, en el ámbito de aplicación del Derecho nacional de los Estados miembros, ¿deben interpretarse las disposiciones del artículo 12 de la Directiva 2014/24 en el sentido de que los Estados miembros disponen de una facultad discrecional para establecer limitaciones o requisitos adicionales para la conclusión de operaciones internas (en comparación con el Derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta este Derecho), pero solo pueden ejercer dicha facultad discrecional a través de disposiciones legales positivas, claras y concretas en materia de contratación pública?

4) Con independencia de cuál sea la Directiva en cuyo ámbito de aplicación esté comprendida la operación interna controvertida, ¿deben interpretarse los principios de igualdad de trato, de no discriminación de los operadores económicos y el principio de transparencia (artículo 2 de la Directiva 2004/18 y artículo 18 de la Directiva 2014/24), la prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad (artículo 18 TFUE), la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE), la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE), la posibilidad de conceder derechos exclusivos (artículo 106 TFUE) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562; de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237; de 10 de septiembre de 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, y de 8 de diciembre de 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, entre otras) en el sentido de que una operación interna celebrada por un poder adjudicador y por una entidad jurídicamente distinta de dicho poder adjudicador, cuando este último ejerce sobre dicha entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la actividad de esa entidad consiste, fundamentalmente, en una actividad que se lleva a cabo en favor del poder adjudicador, es legal, no vulnera el derecho de otros operadores económicos a que la competencia se desarrolle en unas condiciones justas, no supone una discriminación para estos otros operadores y no concede ningún privilegio a la entidad controlada que celebró la operación interna?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Primera cuestión prejudicial

30. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si una situación, como la que es objeto del litigio principal, en la que un poder adjudicador ha adjudicado un contrato público a una persona jurídica sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, en un procedimiento iniciado cuando aún estaba en vigor la Directiva 2004/18 y que ha dado lugar a la celebración de un contrato con posterioridad a la derogación de dicha Directiva, entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 o del de la Directiva 2014/24.

31. Como resulta de reiterada jurisprudencia, la directiva aplicable a un contrato público es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que el poder adjudicado elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si es necesario proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público (véanse, en particular, las sentencias de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 31, y de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 83).

32. Dado que de conformidad con el artículo 91, párrafo primero, de la Directiva 2014/24, la Directiva 2004/18 fue derogada con efecto a partir del 18 de abril de 2016, procede examinar si en esa fecha el poder adjudicador había adoptado ya en el asunto principal la resolución definitiva de recurrir a una operación interna.

33. En el presente caso, de la resolución de remisión resulta que el poder adjudicador solicitó, el 1 de abril de 2016, a la Oficina de Contratación Pública la autorización para celebrar la operación interna de que se trata en el litigio principal y que dicha autorización se le concedió el 20 de abril de 2016, es decir, con posterioridad a la derogación de la Directiva 2004/18.

34. Por ello, como señaló el Abogado General en el punto 34 de sus conclusiones, dado que la Oficina de Contratación Pública dio su autorización con posterioridad a la derogación de la Directiva 2004/18, la situación de que se trata en el litigio principal está incluida necesariamente en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24.

35. Asimismo, en la medida en que dicha autorización estaba supeditada a la valoración por el poder adjudicador de la posibilidad de obtener los servicios de que se trata en el litigio principal mediante un procedimiento clásico de contratación pública, el poder adjudicador no podía haber resuelto definitivamente la cuestión de si estaba obligado a proceder a una convocatoria de licitación previa a la adjudicación del contrato público en cuestión en el litigio principal en la fecha de la derogación de la Directiva 2004/18, esto es, el 18 de abril de 2016.

36. En estas condiciones, procede responder a la primera cuestión que una situación, como la del litigio principal, en la que un poder adjudicador adjudica un contrato público a una persona jurídica sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, en un procedimiento iniciado mientras estaba aún en vigor la Directiva 2004/18 y que dio lugar a la celebración de un contrato con posterioridad a la derogación de dicha Directiva, es decir, el 18 de abril de 2016, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 cuando el poder adjudicador resolvió definitivamente la cuestión de si estaba obligado a proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público con posterioridad a esa fecha.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

37. A la vista de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a la segunda.

Sobre la tercera cuestión prejudicial, letra a)

38. Con carácter preliminar, es preciso señalar que la tercera cuestión prejudicial, letra a), se refiere, en particular, al artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2014/24 así como al artículo 36 de la Carta, que tienen por objeto los servicios de interés económico general.

39. Dado que la resolución de remisión no contiene ningún elemento que justifique que la interpretación del concepto de «servicio de interés económico general» sea pertinente para la resolución del litigio principal, no permite al Tribunal de Justicia responder eficazmente a la tercera cuestión prejudicial, letra a), en cuanto se refiere al artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2014/24 y al artículo 36 de la Carta.

40. Por ello, procede reformular la tercera cuestión prejudicial, letra a), y considerar que, mediante esta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional por la cual un Estado miembro supedita la celebración de operaciones internas, en particular, al requisito de que la adjudicación de un contrato público no permita garantizar la calidad, disponibilidad, o la continuidad de los servicios que han de prestarse.

41. Es preciso hacer hincapié, de entrada, en que la Directiva 2014/24 tiene por objeto, como se expone en su considerando 1, coordinar los procedimientos de contratación nacionales por encima de determinado valor.

42. El artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse a la luz de esta consideración. El tenor del citado artículo reza que «un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones [establecidas en las letras a) a c) de este apartado]».

43. Esta disposición, que se limita así a precisar las condiciones que un poder adjudicador debe respetar cuando desea celebrar una operación interna, faculta a los Estados miembros a excluir una operación de este tipo del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24.

44. Por consiguiente, no puede privar a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras. En efecto, esta libertad implica una elección que se realiza en una fase anterior a la de la adjudicación de un contrato y que no puede, por ello, estar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24.

45. La libertad de los Estados miembros en cuanto a la elección de la forma de prestación de servicios mediante la que los poderes adjudicadores subvendrán a sus propias necesidades se deriva también del considerando 5 de la Directiva 2014/24, que establece que «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» y confirma, de este modo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la citada Directiva.

46. Así, al igual que la Directiva 2014/24 no obliga a los Estados miembros a recurrir a un procedimiento de contratación pública, tampoco les puede obligar a realizar una operación interna cuando se cumplen las condiciones previstas en el artículo 12, apartado 1.

47. Además, la libertad que se da a los Estados miembros se pone de relieve más claramente en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1), a tenor del cual:

«La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.

Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.»

48. La libertad de que disponen los Estados miembros en cuanto a la elección de la modalidad de gestión que consideran más adecuada para la ejecución de obras o la prestación de servicios no puede, sin embargo, ser ilimitada. Por el contrario, debe ejercerse respetando las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular, la

libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia (véanse, por analogía, las sentencias de 9 de julio de 1987, CEI y Bellini, 27/86 a 29/86, EU:C:1987:355, apartado 15; de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, apartado 60, y de 10 de septiembre de 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, apartado 38).

49. Dentro de estos límites, un Estado miembro puede imponer a un poder adjudicador condiciones no previstas en el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 para que celebre una operación interna, en concreto a fin de garantizar la continuidad, una calidad óptima y la disponibilidad del servicio.

50. A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión, letra a), que el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una regla nacional por la que un Estado miembro supedita la celebración de una operación interna, en particular, a la condición de que la adjudicación de un contrato público no permita garantizar la calidad de los servicios prestados, su disponibilidad o su continuidad siempre que la opción en favor de un modo de prestación de servicios en particular, y realizado en una fase anterior al de la adjudicación del contrato público, respete los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Sobre la tercera cuestión prejudicial, letra b)

51. Mediante su tercera cuestión prejudicial, letra b), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24, en relación con el principio de transparencia, debe interpretarse en el sentido de que las condiciones a las que los Estados miembros supediten la celebración de operaciones internas deben enunciarse mediante reglas precisas y claras del Derecho positivo en materia de contratación pública.

52. Como se señaló en el apartado 44 de la presente sentencia, la Directiva 2014/24 no puede privar a los Estados miembros de la libertad de privilegiar en una fase anterior a la de la adjudicación de un contrato público, un modo de prestación de servicios, de ejecución de obras o de suministro de materiales en detrimento de otras.

53. De ello se deduce que, cuando un Estado miembro introduce reglas conforme a las cuales tal modo de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales se privilegia en relación con otros, como se hizo, en el presente caso, en lo relativo a las condiciones a las que el Derecho lituano supedita la celebración de operaciones internas en el sentido del artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24, la introducción de estas reglas no está comprendida en el ámbito de la transposición de dicha Directiva.

54. No es menos cierto que, cuando los Estados miembros deciden proceder de ese modo, siguen estando sujetos, como se ha subrayado en el apartado 48 de la presente sentencia, al respeto de diversos principios, entre ellos el principio de transparencia.

55. El principio de transparencia exige, al igual que el principio de seguridad jurídica, que las condiciones a las que los Estados miembros supediten la celebración de operaciones internas se establezcan mediante normas suficientemente accesibles, precisas y previsibles en su apreciación a fin de evitar cualquier riesgo de arbitrariedad.

56. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la evolución de la interpretación de las disposiciones de la Ley de Competencia realizada por los tribunales supremos lituanos a partir de mediados del año 2015 se manifestó con suficiente claridad y precisión y si fue objeto de una publicidad suficiente para que tanto los poderes adjudicadores como los operadores económicos interesados pudieran estar razonablemente informados sobre estas.

57. Por ello, procede responder a la tercera cuestión, letra b), que el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24, en relación con el principio de transparencia, debe interpretarse en el sentido de que las condiciones a las que los Estados miembros supediten la celebración de operaciones internas deben establecerse mediante normas precisas y claras del Derecho positivo en materia de contratación pública, que deben ser suficientemente

accesibles y previsibles en su aplicación a fin de evitar cualquier riesgo de arbitrariedad, lo que corresponderá comprobar, en el presente caso, al órgano jurisdiccional remitente.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

58. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la celebración de una operación interna que cumple las condiciones expuestas en el artículo 12, apartado 1, letras a) a c), de la Directiva 2014/24 es, en sí, conforme al Derecho de la Unión.

59. Del artículo 12, apartado 1, letras a) a c), de la Directiva 2014/24 resulta que no está incluido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva un contrato público adjudicado por un poder adjudicador a una persona jurídica regulada por el Derecho privado o el Derecho público cuando, en primer término, el poder adjudicador ejerce sobre esta persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propias actividades; en segundo término, más del 80 % de las actividades de la referida persona jurídica se realizan en el contexto de la ejecución de tareas que le son confiadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas que este controla; y, en tercer término, la misma persona jurídica no tiene, en principio, participación directa de capitales privados.

60. Sin embargo, esta disposición se refiere únicamente al ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 y no puede considerarse que fije las condiciones en las que debe adjudicarse un contrato público en el marco de una operación interna.

61. Como se desprende, en esencia, del apartado 48 de la presente sentencia, el hecho de que una operación interna, en el sentido del artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24, no esté comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva no libera a los Estados miembros ni tampoco a los poderes adjudicadores de respetar, en particular, los principios de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia.

62. Asimismo, debe señalarse que el considerando 31 de la Directiva establece, en lo que respecta a la cooperación entre entidades del sector público, que es preciso asegurar que la cooperación de ese tipo, que está excluida del ámbito de aplicación de la referida Directiva, no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados.

63. En el presente caso, incumbe especialmente al órgano jurisdiccional remitente apreciar si, al celebrar la operación interna de que se trata en el litigio principal, cuyo objeto coincide con el de un contrato público en curso de ejecución por Irgita, en su condición de adjudicataria, el poder adjudicador no ha incumplido las obligaciones contractuales derivadas de ese contrato, así como el principio de transparencia en caso de que este último no haya definido con suficiente claridad sus necesidades, en particular al no garantizar un volumen mínimo de servicios al adjudicatario, o si la referida operación constituye una modificación sustancial de la estructura general del contrato celebrado con Irgita.

64. Por tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la celebración de una operación interna que cumple las condiciones establecidas en el artículo 12, apartado 1, letras a) a c), de la Directiva 2014/24 no es en sí conforme al Derecho de la Unión.

Costas

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

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

1) Una situación, como la del litigio principal, en la que un poder adjudicador adjudica un contrato público a persona jurídica sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios

servicios, en un procedimiento iniciado mientras estaba aún en vigor la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y que dio lugar a la celebración de un contrato con posterioridad a la derogación de dicha Directiva, es decir, el 18 de abril de 2016, está comprendida en el ámbito de aplicación 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 cuando el poder adjudicador resolvió definitivamente la cuestión de si estaba obligado a proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público con posterioridad a esa fecha.

2) El artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una regla nacional por la que un Estado miembro supedita la celebración de una operación interna, en particular, a la condición de que la adjudicación de un contrato público no permita garantizar la calidad, disponibilidad y continuidad de los servicios que han de prestarse siempre que la opción en favor de un modo de prestación de servicios en particular, y realizado en una fase anterior al de la adjudicación del contrato público, respete los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

3) El artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24, en relación con el principio de transparencia, debe interpretarse en el sentido de que las condiciones a las que los Estados miembros supediten la celebración de operaciones internas deben establecerse mediante normas precisas y claras del Derecho positivo en materia de contratación pública, que deben ser suficientemente accesibles y previsibles en su aplicación a fin de evitar cualquier riesgo de arbitrariedad, lo que corresponderá comprobar, en el presente caso, al órgano jurisdiccional remitente.

4) La celebración de una operación interna que cumple las condiciones establecidas en el artículo 12, apartado 1, letras a) a c), de la Directiva 2014/24 no es en sí conforme al Derecho de la Unión.

Firmas

* Lengua de procedimiento: lituano.
Fuente: sitio internet del Tribunal de Justicia.