Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 27 de febrero de 2014[1]

Asunto C-574/12

Centro Hospitalar de Setúbal EPE
Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)
contra
Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal Administrativo (Portugal)]

«Contratos públicos — Directiva 2004/18/CE — Inexistencia de la obligación de convocar un procedimiento de licitación conforme a las normas del Derecho de la Unión (adjudicación denominada "in house") — Requisito del "control análogo" — Adjudicatario jurídicamente distinto de la entidad adjudicadora y que tiene forma de asociación sin ánimo de lucro — Participación de intereses privados en el adjudicatario — Requisito del desarrollo de la parte esencial de la actividad con las entidades adjudicadoras que ejercen el "control análogo"»

1. Mediante las seis cuestiones prejudiciales planteadas por el Supremo Tribunal Administrativo portugués en el presente asunto, se solicita de nuevo al Tribunal de Justicia que precise el alcance de los requisitos que deben concurrir para que una entidad adjudicadora pueda invocar la excepción de las denominadas adjudicaciones «in house». En virtud de dicha excepción, establecida por el Tribunal de Justicia desde la sentencia Teckal[2] y que ya ha sido objeto de una amplia jurisprudencia, una entidad adjudicadora está dispensada de convocar un procedimiento de licitación de un contrato público si se cumplen dos requisitos: que ejerza sobre el adjudicatario un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios y que el adjudicatario realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades adjudicadoras que lo controlan.[3]

2. El presente asunto plantea algunas cuestiones novedosas que permitirán al Tribunal de Justicia determinar ulteriormente el ámbito de aplicación de la excepción «in house». Por un lado, se solicita al Tribunal de Justicia que defina el ámbito de su jurisprudencia según la cual la presencia de intereses privados en el adjudicatario excluye la posibilidad de que la entidad adjudicadora ejerza sobre él un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios.[4] En particular, el Tribunal deberá

1 — Lengua original: italiano.

2 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121).

3 — Véanse, entre otras, las sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1), apartado 49; de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 62; de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei (C-340/04, Rec. p. I-4137), apartado 33; de 19 de abril de 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (C-295/05, Rec. p. I-2999), apartado 55; de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Rec. p. I-8457), apartado 27; de 10 de septiembre de 2009, Sea (C-573/07, Rec. p. I-8127), apartado 40; de 29 de noviembre de 2012, Econord (C-182/11 y C-183/11), apartado 25, y de 19 de diciembre de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11), apartado 32. Véanse también al respecto mis conclusiones presentadas recientemente en el asunto Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13).

4 — Véanse los puntos 25 y 28 de las presentes conclusiones.

aclarar si el enfoque restrictivo adoptado en esa jurisprudencia respecto de las participaciones privadas en el capital de las sociedades adjudicatarias debe aplicarse asimismo cuando el adjudicatario sea una asociación sin ánimo de lucro entre cuyos socios se encuentren, además de las entidades adjudicadoras, asociaciones que persigan fines caritativos y benéficos.

3. Por otro lado, en el presente asunto el Tribunal de Justicia ha de precisar los límites del segundo «requisito Teckal», es decir, la condición según la cual el adjudicatario debe realizar la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades adjudicadoras que lo controlan.

I. Marco jurídico

A. *Derecho de la Unión*

4. El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE,[5] establece que «son "contratos públicos" los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva».

B. *Derecho nacional*

5. Con arreglo al artículo 5, apartado 2, del Código de contratos públicos portugués,[6] que ha adaptado el ordenamiento jurídico portugués a la Directiva 2004/18 a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «[el régimen en materia de contratos públicos] tampoco será de aplicación a los contratos que, independientemente de su objeto, celebren las entidades adjudicadoras con otra entidad, siempre que:

a) la entidad adjudicadora ejerza sobre la actividad de esta última entidad, individual o conjuntamente con otras entidades adjudicadoras, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y

b) dicha entidad realice la parte esencial de su actividad en beneficio de una o varias entidades adjudicadoras que ejerzan sobre ella un control análogo al referido en la letra a) anterior».

II. Hechos, procedimiento nacional y cuestiones prejudiciales

6. El Centro Hospitalar de Setúbal (en lo sucesivo, «CHS»), primer recurrente en el asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, es un hospital público portugués.

7. El Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (en lo sucesivo, «SUCH»), segundo recurrente en el asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, es una asociación sin ánimo de lucro creada mediante Decreto nº 46.668, de 24 de noviembre de 1965, y dotada de sus propios estatutos.[7] Según el artículo 2 de sus estatutos, el SUCH tiene por finalidad la ejecución de una función de servicio público; constituye un instrumento para la autogestión de las necesidades de sus socios y asume como objetivo la eficiencia de éstos. Contribuye además a la realización de la política sanitaria, promoviendo significativamente la eficiencia y la sostenibilidad financiera del sistema sanitario nacional.

5 — 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 L 134, p. 114).

6 — Aprobado mediante Decreto nº 18/2008, de 29 de enero de 2008.

7 — Los estatutos del SUCH han sido modificados varias veces a lo largo del tiempo. La versión en vigor en el momento de los hechos pertinentes para el asunto es la homologada en octubre de 2010.

8. De conformidad con el artículo 7, apartado 1, de los estatutos del SUCH, únicamente podrán ser socios de éste las entidades pertenecientes al sector público o al sector social que presten atención sanitaria o que desarrollen actividades relacionadas con la promoción y la protección de la salud. Con arreglo al apartado 2 del mismo artículo, el SUCH debe garantizar, sin embargo, que en la asamblea general la mayoría de los derechos de voto corresponda a entidades que pertenezcan al miembro del Gobierno responsable del área de sanidad y estén sujetas a sus facultades de dirección, supervisión y tutela. En el momento de los hechos pertinentes para el presente asunto, el SUCH tenía ochenta y ocho socios, entre ellos el CHS, así como veintitrés instituciones privadas de solidaridad social, todas ellas sin ánimo de lucro, de las que veinte eran instituciones caritativas (Misericórdias).

9. A tenor del artículo 3 de sus estatutos, el SUCH está sujeto a las facultades de dirección, supervisión y tutela del miembro del Gobierno responsable del área de sanidad, que es competente para nombrar al presidente y al vicepresidente del consejo de administración, así como para aprobar los acuerdos de la asamblea general relativos a la contratación de préstamos que supongan un nivel de endeudamiento neto igual o superior al 75 % de los fondos propios realizados en el ejercicio anterior, a las modificaciones de los estatutos y a la disolución del SUCH.

10. Con arreglo al artículo 5, apartado 3, de sus estatutos, el SUCH puede prestar servicios en régimen de competencia y de mercado a entidades públicas no asociadas o a entidades privadas, nacionales o extranjeras, siempre que ello no ocasione ningún perjuicio a sus socios y sea ventajoso para éstos y para el propio SUCH, ya en el plano económico, ya en materia de valorización tecnológica. El apartado 4 del citado artículo precisa que el SUCH debe asegurarse de que, como mínimo, el 80 % de su actividad se desarrolle en beneficio de sus socios.

11. El 27 de julio de 2011, el CHS celebró con el SUCH un contrato que tenía por objeto el suministro de comidas por parte de este último a los pacientes y al personal del CHS. El contrato se celebró por un plazo de cinco años renovables y prevé el pago de un precio anual igual a 1.295.289 euros, lo que supone un total de 6.476.445 euros para los cinco años de duración del contrato. La prestación de los servicios objeto del contrato fue adjudicada directamente por el CHS al SUCH sin utilizar los procedimientos de licitación previstos en la Directiva 2004/18 puesto que, en opinión de los contratantes, dicho contrato estaba comprendido en el ámbito de las relaciones «in house» existentes entre el SUCH y sus hospitales asociados, entre los que se encuentra el CHS.

12. Al considerar que la adjudicación directa al SUCH de la prestación de los servicios objeto del contrato celebrado con el CHS era ilegal por haberse realizado sin que mediara un procedimiento de adjudicación pública y, por tanto, infringiendo la normativa nacional y europea en materia de contratos públicos, Eurest (Portugal) - Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda (en lo sucesivo, «Eurest») –sociedad que presta los mismos servicios objeto del contrato y que era parte de un contrato con el CHS para el suministro de comidas que fue resuelto a raíz de la celebración del contrato entre el CHS y el SUCH– interpuso un recurso ante el Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada. En su recurso Eurest solicitó, por una parte, la anulación del acuerdo del consejo de administración del CHS en el que se preveía la resolución de su contrato con dicho hospital y, por otra parte, la anulación del contrato concluido entre el CHS y el SUCH.

13. Mediante sentencia de 30 de enero de 2012, el Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada estimó el recurso y declaró nulo el contrato celebrado entre el CHS y el SUCH. Dicho órgano jurisdiccional consideró que no se había demostrado que concurrieran los requisitos para la aplicación de la excepción prevista en el artículo 5, apartado 2, del Código de contratos públicos y que, por consiguiente, los servicios previstos en el contrato debían adjudicarse a través de un procedimiento de licitación pública. El CHS y el SUCH recurrieron la sentencia dictada en primera instancia ante el Tribunal Central Administrativo do Sul, que desestimó sus recursos mediante sentencia de 26 de abril de 2012. El SUCH y el CHS interpusieron recurso contra esta sentencia ante el Supremo Tribunal Administrativo, órgano jurisdiccional remitente.

14. El órgano jurisdiccional remitente señala, en primer lugar, que no se discute que un hospital como el CHS, en su condición de persona jurídica de Derecho público, constituya una entidad adjudicadora. Tampoco se cuestiona el hecho de que el contrato celebrado por el CHS con el SUCH, que es una entidad distinta de aquél, constituya un contrato público de servicios. El órgano jurisdiccional remitente observa además que para que tal contrato público pueda ser objeto de una adjudicación directa «in house» es necesario que se cumplan los dos requisitos previstos en el artículo 5, apartado 2, del Código de contratos públicos, reproducido en el punto 5 anterior, en el que se recoge la jurisprudencia Teckal.

15. Por lo que respecta, en particular, al primer requisito, es decir a la existencia del «control análogo», el órgano jurisdiccional remitente señala que la peculiar naturaleza jurídica del SUCH, entre cuyos socios se encuentran también instituciones privadas de solidaridad social, suscita nuevas cuestiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual la participación, aun minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad excluye en cualquier caso la existencia de ese tipo de control,[8] en particular habida cuenta de que, en el Derecho de la Unión, para que exista una empresa no es necesario que la entidad de que se trate tenga ánimo de lucro. Además, citando una sentencia en la que el Tribunal de Cuentas portugués denegó la aprobación del contrato controvertido y cuya motivación figura en la sentencia recurrida ante él, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el requisito del control análogo puede cumplirse en el caso de autos, teniendo en cuenta el número de socios no públicos del SUCH, su amplia autonomía y su independencia frente a los poderes públicos, la concreta dinámica de su funcionamiento y, en particular, el funcionamiento de su consejo de administración, así como su dimensión y complejidad.

16. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el segundo requisito necesario para aplicar la excepción relativa a la adjudicación «in house» puede cumplirse cuando, conforme a las disposiciones de los estatutos del SUCH, éste puede realizar el 20 % de su volumen de negocios prestando servicios en régimen de competencia a terceros distintos de sus socios.

17. A la luz de estas consideraciones, mediante resolución de 6 de noviembre de 2012, el órgano jurisdiccional remitente consideró necesario suspender el procedimiento del que conoce para plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es compatible con la doctrina comunitaria sobre la contratación “in house” que un hospital público adjudique, sin seguir el procedimiento previsto en la ley para la celebración del respectivo contrato, a una asociación sin ánimo de lucro –a la que está asociado y que tiene por finalidad la realización de una función de servicio público en el área de la sanidad con objeto de conseguir una mayor eficacia y eficiencia de sus socios– la prestación del servicio de alimentación hospitalaria de su competencia, transfiriendo de este modo a esta asociación la responsabilidad de sus funciones en ese ámbito, cuando, conforme a los estatutos de dicha asociación, pueden asociarse a ella no sólo entidades pertenecientes al sector público, sino también al sector social, y cuando, en la fecha de la adjudicación del contrato, de un total de ochenta y ocho socios pertenecían al sector social veintitrés instituciones privadas de solidaridad social (IPSS) sin ánimo de lucro, algunas de las cuales eran instituciones caritativas?

2) ¿Puede considerarse que el ente adjudicatario está sujeto al poder decisorio de sus socios públicos, de tal modo que éstos ejercen, individual o conjuntamente, un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, cuando, conforme a sus estatutos, el ente adjudicatario debe garantizar que la mayoría de los derechos de voto corresponda a entidades que pertenezcan al miembro del Gobierno responsable del área de sanidad y estén sujetas a sus facultades de dirección, supervisión y tutela, y cuando su consejo de administración está también mayoritariamente compuesto por socios públicos?

8 — Véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartados 49 y 50.

3) ¿Puede considerarse que se cumple el requisito del "control análogo" a la luz de la doctrina comunitaria sobre contratación "in house" cuando, conforme a sus estatutos, el ente adjudicatario esté sujeto a la facultad de tutela del miembro del Gobierno responsable en el área de sanidad, a quien compete designar al presidente y al vicepresidente del consejo de administración, aprobar los acuerdos de la asamblea general sobre la contratación de préstamos que impliquen una ratio de endeudamiento neto igual o superior al 75 % de los fondos propios realizados en el ejercicio anterior, aprobar los acuerdos sobre las modificaciones de los estatutos, aprobar los acuerdos de la asamblea general sobre la disolución de la entidad adjudicataria y determinar el destino que debe darse a sus bienes en caso de disolución?

4) ¿Puede calificarse de mera contratación interna o "in house" la relación que mantiene con sus socios públicos por el hecho de que el ente adjudicatario sea una organización de grandes dimensiones y complejidad que actúa en todo el territorio portugués, que cuenta entre sus socios con la mayoría de los servicios e instituciones del Serviço Nacional de Saúde, incluidos los mayores centros hospitalarios del país, que tiene un volumen de negocios previsto de unos 90 millones de euros, un negocio que se extiende a áreas de actividad complejas y variadas e indicadores de actividad muy destacados, con más de 3.300 trabajadores, y que participa en dos agrupaciones de interés económico y en dos sociedades mercantiles?

5) ¿Pueden considerarse cumplidos los requisitos de la contratación "in house", especialmente el relativo al "fin esencial de la actividad" exigido por el artículo 5, apartado 2, letra b), del CCP, por el hecho de que el ente adjudicatario pueda, conforme a sus estatutos, prestar servicios en régimen de competencia a entidades públicas no asociadas o a entidades privadas, nacionales o extranjeras, (i) siempre que ello no ocasione ningún perjuicio a sus socios y sea ventajoso para éstos y para el ente adjudicatario –ya en el plano económico, ya en materia de enriquecimiento y valorización tecnológica– y (ii) siempre que la prestación de estos servicios no represente una cifra superior al 20 % de su volumen global anual de negocios realizado en el ejercicio económico anterior?

6) En caso de que ninguna de las respuestas a las cuestiones anteriores sea suficiente por sí misma para determinar si se cumplen o no los requisitos previstos en el artículo 5, apartado 2, del CCP, ¿la apreciación conjunta de dichas respuestas permite concluir, a la luz de la doctrina comunitaria sobre la contratación "in house", que [en el caso de autos] se da este tipo de contratación?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

18. La resolución de remisión fue recibida en la Secretaría el 7 de diciembre de 2012. Presentaron observaciones escritas el CHS, el SUCH, Eurest, los Gobiernos portugués y español y la Comisión, participando todos ellos en la vista que se celebró el 21 de noviembre de 2013.

IV. Análisis jurídico

19. En primer lugar procede señalar que de la resolución de remisión se desprende que no se cuestiona que el contrato celebrado entre el CHS y el SUCH constituya un contrato público, sujeto en cuanto tal, en principio, a la normativa europea en materia de contratos públicos y, en particular, a las disposiciones de la Directiva 2004/18.[9]

9 — En efecto, no se discute que, tal como se indica en el punto 11 *supra*, el valor del contrato público controvertido ante el órgano jurisdiccional remitente, supera claramente el umbral establecido en el artículo 7, letra b), de la citada Directiva, en su versión modificada.

20. En cambio, el punto que se discute en el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, al que se refieren todas las cuestiones prejudiciales planteadas por dicho órgano jurisdiccional al Tribunal de Justicia, alude a la aplicabilidad a dicho contrato público de la excepción relativa a las denominadas adjudicaciones «in house».

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

21. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, al Tribunal de Justicia si la excepción a la aplicabilidad de las disposiciones previstas en la Directiva 2004/18 derivada de su jurisprudencia en materia de adjudicaciones «in house» también puede aplicarse cuando el adjudicatario es una asociación sin ánimo de lucro que tiene por objeto realizar una función de servicio público, cuyos estatutos permiten que puedan ser socios entidades pertenecientes no sólo al sector público, sino también al sector social, y cuando en la fecha de adjudicación del contrato público una parte, aunque minoritaria, de los socios de dicha asociación no pertenece al sector público, sino que está integrada por instituciones del sector social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, en particular actividades benéficas.

22. Dicha cuestión versa sobre el primero de los dos requisitos Teckal, es decir, el ejercicio por una entidad adjudicadora sobre un adjudicatario de un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios. [10] Por consiguiente, es oportuno recordar brevemente con carácter preliminar el alcance del requisito del «control análogo», tal como lo ha definido la jurisprudencia.

23. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que existe un «control análogo» cuando el adjudicatario esté sometido a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de aquél. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control. En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre el ente de que se trate un control estructural y funcional. El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo. [11]

24. Además, con arreglo a la jurisprudencia, en el supuesto de que se recurra a un ente que posean en común varias administraciones públicas, el «control análogo» puede ser ejercido conjuntamente por tales administraciones, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente. [12]

25. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. [13]

10 — Véase el punto 1 *supra*.

11 — Véase la sentencia Econord, antes citada, apartado 27 y jurisprudencia citada.

12 — Véase la sentencia Econord, antes citada, apartado 28 y jurisprudencia citada.

13 — Véanse las sentencias Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (C-29/04, Rec. p. I-9705), apartado 46; de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartado 31; de 8 de abril de 2008, Comisión/Italia (C-337/05, Rec. p. I-2173), apartado 38; Coditel Brabant, antes citada, apartado 30; Sea, antes citada, apartado 46; de 15 de octubre de 2009, Acoset (C-196/08, Rec. p. I-9913), apartado 53, y de 22 de diciembre de 2010, Mehiläinen y Terveystalo Healthcare (C-215/09, Rec. p. I-13749), apartado 32.

26. Dicho esto, en lo que respecta en concreto a la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia, es preciso observar en primer lugar que la circunstancia de que la forma que haya adoptado el adjudicatario tenga naturaleza jurídica de Derecho privado, como una asociación, no excluye en absoluto la aplicación de la excepción «in house». [14] En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido en varias ocasiones la aplicabilidad de esta excepción en el caso de un adjudicatario que haya adoptado una forma propia del Derecho privado, como por ejemplo una sociedad anónima. [15]

27. La circunstancia de que el adjudicatario de la adjudicación directa no persiga ánimo de lucro carece de pertinencia a efectos de la aplicación de la excepción «in house». En efecto, la aplicación de dicha excepción se fundamenta en la relación interna existente entre la entidad adjudicadora y el adjudicatario, que da lugar a que no exista una confrontación entre dos voluntades autónomas que representan intereses jurídicos distintos. [16] Por tanto, no sólo es independiente de la naturaleza jurídica del adjudicatario, sino también de que éste tenga o no ánimo de lucro. Además, de la jurisprudencia se desprende que el hecho de que la finalidad de una entidad y, en particular, una asociación, no sea la obtención de lucro no excluye en modo alguno que ésta ejerza una actividad económica y, por tanto, no puede excluir por sí misma a dicha entidad de la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos. [17]

28. Seguidamente, por lo que se refiere a la presencia entre los socios que forman parte del ente adjudicatario de entidades pertenecientes no sólo al sector público, sino también al sector social, procede recordar que, como se ha indicado en los puntos 2 y 25 anteriores, según jurisprudencia ya reiterada del Tribunal de Justicia la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora que pretende efectuar la adjudicación «in house» excluye que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad el control análogo necesario.

29. Pues bien, como ha señalado por lo demás el propio órgano jurisdiccional remitente, conforme a dicha jurisprudencia la presencia de intereses privados en el adjudicatario, en forma de participación de una *empresa privada* en el *capital social* de una *sociedad*, excluye la posibilidad de que la entidad adjudicadora ejerza sobre él un control análogo.

30. Sin embargo, el caso del SUCH se diferencia de un supuesto de este tipo, puesto que, por un lado, no está constituido como sociedad y, en consecuencia, no dispone de capital social y, por otro, las entidades privadas de promoción social asociadas a él, al no tener carácter público, no son necesariamente empresas en sentido estricto.

31. El principal interrogante planteado por la primera cuestión prejudicial es por tanto precisamente éste: ¿Debe aplicarse a una situación como la del SUCH el principio desarrollado por la jurisprudencia según el cual la presencia de intereses privados en el adjudicatario excluye la posibilidad de que la entidad adjudicadora ejerza sobre él un control análogo, con la consiguiente exclusión de la posibilidad de realizar adjudicaciones directas a dicho adjudicatario con arreglo a la excepción «in house»?

14 — Véase, en este sentido, la sentencia Sea, antes citada, apartado 41. Véase también al respecto el punto 63 de las conclusiones del Abogado General Stix-Hackl presentadas en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau, antes citado.

15 — Además de la sentencia Sea, citada en la nota precedente, véanse también, entre otras, las sentencias antes citadas ANAV (por ejemplo, el apartado 33) y Econord (por ejemplo, los apartados 29 y 32).

16 — Véanse al respecto, más detalladamente, mis recientes conclusiones presentadas en el asunto Datenlotsen Informationssysteme, antes citadas, punto 41, con numerosas citas de jurisprudencia.

17 — Véanse las sentencias de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Italia (C-119/06, no publicada en la Recopilación), apartados 37 y 41, y de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa (C-305/08, Rec. p. I-12129), apartado 45.

32. A este respecto procede recordar con carácter preliminar que el Tribunal de Justicia ya ha reiterado en numerosas ocasiones que el objetivo principal de las normas de la Unión en materia de contratos públicos es la libre circulación de las mercancías y de los servicios y su apertura a la competencia más amplia posible en todos los Estados miembros.[18] Dicho objetivo implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas de la Unión en materia de contratos públicos cuando se cumplan los requisitos previstos en ellas, con la consecuencia de que cualquier excepción a la aplicación de esta obligación debe interpretarse de manera *estricta*.[19]

33. Desde este punto de vista debe señalarse que, según la jurisprudencia, la exclusión de la existencia de una relación «in house» que justifique una adjudicación directa en presencia de intereses privados en el capital del ente adjudicatario obedece a una doble razón de ser. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, por un lado, la relación entre una autoridad pública que es una entidad adjudicadora y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, mientras que, por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.[20]

34. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.[21]

35. Pues bien, a mi juicio las dos consideraciones expuestas por el Tribunal de Justicia sobre la participación de una empresa privada en el capital social de una sociedad pueden aplicarse a una situación como la del SUCH, según los elementos obrantes en autos.

36. En efecto, por una parte, en mi opinión, la tesis según la cual la persecución de intereses privados obedece a consideraciones distintas de las características de la persecución de intereses públicos no se limita únicamente al caso de la existencia de inversiones privadas en una sociedad. En efecto, es indudable que la participación en un adjudicatario de entidades como las instituciones de promoción de la solidaridad social responde a razones e intereses de carácter privado, como pueden ser, por ejemplo, los intereses caritativos o benéficos que persiguen finalidades que, aunque encomiables, no coinciden necesariamente con el interés público. En efecto, dichas finalidades, aun pudiendo calificarse en abstracto en algunos casos como de interés general, presentan sin embargo elementos propios del interés privado, como por ejemplo la connotación religiosa[22] o asociativa, elementos que, aunque pueden ser complementarios del interés público, son sin embargo ajenos al mismo.

37. Por otra parte, en la medida en que no se excluye que asociaciones sin ánimo de lucro, como las asociaciones caritativas que son socios del SUCH, puedan ejercer una actividad económica en competencia con otros operadores y puedan participar en licitaciones públicas,[23] la adjudicación directa de un contrato público al amparo de la excepción «in house» puede ofrecer también aquí a esos operadores, como en el caso de las sociedades, una ventaja frente a sus competidores.

18 — Véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas CoNISMa, apartado 37 y jurisprudencia citada, y Carbotermo y Consorzio Alisei, apartado 58.

19 — Véanse, entre otras, las sentencias antes citadas Stadt Halle y RPL Lochau, apartados 44 y 46, y Parking Brixen, apartado 63, así como ANAV, apartado 26. Véase también al respecto el punto 38 de mis recientes conclusiones presentadas en el asunto Datenlotsen Informationssysteme, antes citadas.

20 — Véanse las sentencias antes citadas Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 50, y Comisión/Austria, apartado 47.

21 — Véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 51.

22 — Éste parece ser el caso de las «Misericórdias» asociadas al SUCH, sin perjuicio de las necesarias comprobaciones que incumben al órgano jurisdiccional remitente.

23 — Sentencias antes citadas Comisión/Italia (C-119/06), apartados 37 y 41, y CoNISMa, apartado 45.

38. En mi opinión, las consideraciones precedentes llevan a excluir, al menos en el estado actual del Derecho, [24] la posibilidad de admitir que una entidad adjudicadora pueda ejercer un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios respecto de una asociación sin ánimo de lucro entre cuyos socios se cuenten, aun de forma minoritaria, entidades no públicas, sujetas al Derecho privado y que representen intereses privados, como asociaciones sin ánimo de lucro que persigan intereses caritativos o solidarios. Considero que de ello se deduce que debe excluirse la adjudicación directa de un contrato público por parte de una entidad adjudicadora a un ente de ese tipo en virtud de la excepción «in house». Evidentemente, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente realizar las comprobaciones necesarias al respecto.

39. Dicho esto, a mi juicio aún resultan necesarias algunas consideraciones.

40. En primer lugar, el hecho de que la participación, aun minoritaria, en un ente de instituciones que representen intereses privados, a pesar de que no tengan ánimo de lucro, impida en el estado actual del Derecho establecer una relación «in house» entre una o varias entidades adjudicadoras y dicho ente no significa en absoluto que la naturaleza y la finalidad de los entes de solidaridad, de voluntariado o de beneficencia no puedan tomarse en consideración también en el ámbito del Derecho de contratos públicos. En efecto, a este respecto no puedo dejar de señalar, por una parte, que la solidaridad está expresamente reconocida en el artículo 2 TUE como uno de los valores que caracterizan el modelo de sociedad europeo y que, por lo tanto, las entidades que persiguen dicho valor contribuyen activamente a la construcción de una sociedad europea en consonancia con el espíritu de los Tratados. [25] Por otro lado, y en línea con esta observación, es preciso hacer constar que las consideraciones de tipo social y de solidaridad no son ajenas a la normativa en materia de contratos públicos, como puede deducirse, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 26 de la Directiva 2004/18, que prevé que las condiciones en que se ejecute un contrato público podrán referirse a consideraciones de tipo social. [26]

41. En segundo lugar, procede señalar que el mero hecho de que los estatutos de la asociación sin ánimo de lucro adjudicataria del contrato público prevean que pueden ser socios de la misma entidades pertenecientes no sólo al sector público, sino también al sector social, no basta por sí solo para excluir la posibilidad de que exista una relación «in house», en caso de que, en el momento de la adjudicación del contrato público, formen parte de dicha asociación exclusivamente autoridades públicas. En efecto, admitir que la mera posibilidad prevista en los estatutos de que entidades privadas participen en una asociación pueda tener en suspenso indefinidamente la apreciación de si tiene o no carácter totalmente público no sería conforme con el principio de seguridad jurídica. De ello se deduce que, en caso de que en el momento en que se adjudique el contrato público de que se trate sólo sean socios de la mencionada asociación autoridades públicas, la apertura de la participación en ella a entidades privadas sólo puede tomarse en consideración si en ese momento existe una perspectiva concreta y a corto plazo de dicha apertura. Por lo tanto, la mera posibilidad de que participen particulares en una asociación no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control análogo por parte de la autoridad pública. [27]

24 — A este respecto procede señalar, en efecto, que la última versión de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a los contratos públicos (documento del Consejo nº 11745/13), que actualmente se está debatiendo en el Consejo y a la que se refirió la Comisión en la vista, prevé como requisito para la adjudicación «in house» la falta de participación privada directa en el capital de la persona jurídica sobre la que la entidad adjudicadora ejerce el control análogo, a excepción sin embargo de las participaciones sin posibilidad de control y de bloqueo exigidas por disposiciones legales nacionales que no permitan el ejercicio de una influencia determinante sobre dicha persona jurídica. No se excluye que, en caso de que tal disposición se mantuviera en la versión final de la nueva Directiva, pudiera llevar, en algunos casos concretos, a una interpretación distinta de la basada en el estado actual del Derecho.

25 — Desde este punto de vista cabe señalar, por ejemplo, que el Tribunal de Justicia ha reconocido un margen de discrecionalidad a los Estados miembros precisamente respecto a la organización del sistema de asistencia social, reconociéndoles la facultad de admitir operadores privados en dicho sistema únicamente con el requisito de que no persigan ningún fin lucrativo. Véase la sentencia de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros/Regione Lombardia (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 32.

26 — Véase también al respecto el considerando 46 de dicha Directiva.

27 — Véanse, en este sentido, los apartados 49, 50 y 51 de la sentencia Sea, antes citada.

42. Por el contrario, en el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato público sin convocatoria de licitación a una sociedad cuyos socios son todos autoridades públicas, el hecho de que durante el período de vigencia de ese contrato público se admitiera la participación de particulares como socios de dicha asociación constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato público, que necesitaría una convocatoria de licitación. [28]

43. De todas las consideraciones anteriores se desprende que, en mi opinión, procede responder a la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente que la excepción a la aplicabilidad de las normas de la Unión en materia de contratos públicos prevista para las adjudicaciones «in house» no es aplicable cuando el adjudicatario al que la entidad adjudicadora pretende adjudicar directamente el contrato sin que medie un procedimiento de licitación pública sea una entidad de Derecho privado entre cuyos socios se cuenten, aun de forma minoritaria, entidades que representan intereses privados.

B. *Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera*

44. Mediante las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, que a mi juicio pueden examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si puede existir un «control análogo» sobre un ente adjudicatario cuando sus estatutos recogen algunas disposiciones que confieren facultades particulares en sus órganos estatutarios a sus socios de carácter público o al miembro competente del Gobierno.

45. En particular, mediante la segunda cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente al Tribunal de Justicia si existe un «control análogo», individual o conjunto, sobre un ente adjudicatario por parte de sus socios públicos cuando, con arreglo a sus estatutos, dicho adjudicatario debe garantizar que la mayoría de los derechos de voto en la asamblea general corresponda a socios que pertenezcan al miembro del Gobierno responsable del área de sanidad y estén sujetos a sus facultades de dirección, supervisión y tutela, y que la mayoría de los miembros de su consejo de administración esté formada por socios públicos.

46. Mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si existe un «control análogo» en caso de que, con arreglo a sus estatutos, el ente adjudicatario esté sujeto a la facultad de tutela del miembro del Gobierno responsable del área de sanidad, que es competente para nombrar al presidente y al vicepresidente del consejo de administración, así como para aprobar determinados acuerdos de la asamblea general, es decir, los previstos en el artículo 3 de los estatutos del SUCH. [29]

47. Pues bien, de la respuesta a la primera cuestión prejudicial resulta que se excluye que una entidad adjudicadora pueda ejercer sobre un adjudicatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios en el caso de que en el adjudicatario participen, aun de forma minoritaria, entidades que representan intereses privados. En mi opinión, esta conclusión, manifestación de una interpretación restrictiva de la excepción conforme a la jurisprudencia citada en el punto 32, tiene como consecuencia coherente que la participación en el adjudicatario de entidades que representan intereses privados no podrá subsanarse mediante eventuales disposiciones de los estatutos del adjudicatario que atribuyan determinadas facultades de control o tutela a sus restantes socios públicos o al miembro competente del Gobierno. De ello se deduce, en mi opinión, que las cuestiones prejudiciales segunda y tercera deben responderse en sentido negativo.

28 — Véase, en este sentido, la sentencia Sea, antes citada, apartado 53.

29 — Véase el punto 9 *supra*.

48. Procede observar además, con carácter accesorio, que el hecho de que el adjudicatario esté sujeto a facultades de tutela directa [30] o indirecta [31] del miembro competente del Gobierno no significa necesariamente que las entidades adjudicadoras ejerzan sobre el adjudicatario, individual o conjuntamente, un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

49. En efecto, es cierto que, según las circunstancias de cada caso, puede considerarse que la facultad de control sobre los órganos estatutarios decisorios del adjudicatario es uno de los elementos que permiten a las entidades adjudicadoras que disponen de dicha facultad ejercer sobre el adjudicatario un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. [32] En abstracto, es cierto también que no se excluye que, en determinadas circunstancias específicas de un caso concreto, [33] las facultades de control y de tutela atribuidas a las autoridades públicas que controlan las entidades adjudicadoras, que a su vez ejercen control sobre el adjudicatario, puedan contribuir a limitar la autonomía de la voluntad de este último de forma que pueda apreciarse la existencia de un control análogo por parte de dichas entidades adjudicadoras sobre este último.

50. Sin embargo, pese a estas consideraciones, la existencia del control análogo debe apreciarse específicamente con respecto a las entidades adjudicadoras que deben ejercerlo sobre el ente al que pretenden adjudicar directamente el contrato, y no con respecto al Estado en cuanto tal a través del miembro competente del Gobierno.

51. A la luz de las consideraciones precedentes, considero que debe responderse a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que, en caso de que en el adjudicatario participen, aun de forma minoritaria, entidades que representan intereses privados, las disposiciones de los estatutos del adjudicatario que atribuyen determinadas facultades de control o de tutela al resto de sus socios públicos o al miembro competente del Gobierno no permiten apreciar la existencia de un control análogo sobre el adjudicatario que pueda justificar la aplicación de la excepción «in house».

C. *Sobre la cuarta cuestión prejudicial*

52. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, al Tribunal de Justicia si la circunstancia de que el adjudicatario sea una organización compleja y de grandes dimensiones, que actúa en todo el territorio nacional, permite calificar de «in house» la relación entre el adjudicatario y sus socios públicos, de forma que esté justificada la adjudicación directa a éste de un contrato público.

53. Esta cuestión prejudicial, al igual que las tres precedentes, se refiere al primer «requisito Teckal», es decir, a la existencia de un «control análogo». En el punto 23 anterior he recordado el alcance de dicho requisito tal como se ha descrito en la jurisprudencia, es decir, como una forma de control estructural, funcional y efectivo. En el punto 27 anterior he recordado en cambio que, según la jurisprudencia, el fundamento de la excepción «in house» se encuentra en la falta de autonomía del adjudicatario.

54. Pues bien, de estas premisas se desprende que la gran dimensión y la estructura compleja de una entidad no constituyen por sí mismas elementos que permitan determinar positivamente que una administración ejerce un control estructural y funcional sobre un ente y, por tanto, calificar de «control análogo», en el sentido de la jurisprudencia, la relación existente entre ellos.

30 — Como ocurre con la disposición estatutaria controvertida mencionada en la tercera cuestión prejudicial, es decir, el artículo 3 de los estatutos del SUCH.

31 — Como ocurre con la disposición estatutaria controvertida mencionada en la segunda cuestión prejudicial, es decir, el artículo 7, apartado 2, de los estatutos del SUCH.

32 — Véase la sentencia Sea, antes citada, apartado 89; véase también, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 34; pero véase también el apartado 69 de la sentencia Parking Brixen, antes citada.

33 — En el que no participen, sin embargo, intereses particulares en el adjudicatario.

55. No obstante, ello no significa que esos elementos carezcan totalmente de pertinencia para el análisis destinado a determinar si existe un control análogo. En efecto, a mi juicio, la gran dimensión y la estructura compleja de una entidad pueden constituir elementos indiciarios que, en el marco de una apreciación global de todas las circunstancias del caso concreto, pueden contribuir a llegar a la conclusión de que dicha entidad disfruta de un margen de autonomía que excluye la existencia del control análogo. Por tanto, considero que debe responderse en este sentido a la cuarta cuestión prejudicial.

D. *Sobre la quinta cuestión prejudicial*

56. Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, al Tribunal de Justicia si la excepción «in house» puede aplicarse cuando, conforme a sus estatutos, un ente adjudicatario pueda prestar servicios en régimen de competencia a entidades públicas no asociadas y a entidades privadas siempre que, en primer lugar, esto no ocasione ningún perjuicio a sus socios y sea ventajoso para éstos y para el propio adjudicatario y, en segundo lugar, siempre que la prestación de estos servicios no represente una cifra superior al 20 % de su volumen global anual de negocios realizado en el ejercicio económico anterior.

57. Mientras que las cuatro primeras cuestiones prejudiciales versaban todas ellas sobre el primer requisito Teckal, esto es, la existencia del «control análogo», la quinta cuestión prejudicial se refiere, en cambio, al segundo requisito necesario para que pueda aplicarse la excepción «in house», es decir, la condición según la cual el adjudicatario debe realizar la parte más importante de su actividad con la entidad o las entidades adjudicadoras que lo controlan.

58. A este respecto debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha precisado que ese segundo requisito persigue, en particular, garantizar que la normativa en materia de contratos públicos siga siendo aplicable en el caso de que una empresa controlada por uno o varios entes opere en el mercado y pueda competir, por tanto, con otras empresas. El Tribunal ha observado, en efecto, que una empresa no carece necesariamente de libertad de acción por el mero hecho de que el ente territorial al que pertenece controle las decisiones que la conciernen, si aún puede desarrollar una parte importante de su actividad económica con otros operadores económicos. [34]

59. El Tribunal de Justicia ha señalado asimismo que sólo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con la administración o las administraciones que la controlan, cuando la actividad de dicha empresa está destinada *sustancial* y *principalmente* con carácter exclusivo a la administración o las administraciones de que se trata, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente *marginal*. [35] Cuando son varias las entidades adjudicadoras que ejercen el control análogo sobre una empresa, la actividad que procede tomar en consideración es la que dicha empresa realiza con este conjunto de entidades adjudicadoras. [36]

60. Además, en la sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales, [37] el Tribunal de Justicia declaró que, sin perjuicio de las necesarias comprobaciones de hecho que incumben al órgano jurisdiccional remitente, dicho requisito se cumplía en un caso en el que el adjudicatario realizaba con los entes y organismos públicos que lo controlaban por término medio aproximadamente un 90 % de su actividad. [38]

34 — Véase la sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartados 60 y 61.

35 — *Ibidem*, apartados 62 y 63 (el subrayado es mío).

36 — *Ibidem*, apartados 70 y 71.

37 — Sentencia C-295/05, antes citada.

38 — *Ibidem*, apartado 63.

61. Dicho esto, por lo que respecta en primer lugar a la disposición estatutaria según la cual el ente adjudicatario de que se trata puede prestar servicios en régimen de competencia únicamente con la condición de que esto no ocasione ningún perjuicio a sus socios y sea ventajoso para éstos, considero que, en la medida en que representa un límite al ejercicio por dicho ente de la actividad en libre competencia, no puede constituir un obstáculo a la aplicación del segundo requisito Teckal.

62. En cambio, resulta más pertinente dilucidar si dicho requisito se cumple cuando el adjudicatario realiza el 20 % de su volumen de negocios global a favor de entes públicos no asociados y de particulares, es decir, a favor de terceros. A este respecto considero que –como exige la jurisprudencia citada en el punto 32 anterior– al interpretar la excepción controvertida debe adoptarse un enfoque restrictivo. Desde este punto de vista, en una situación en la que el adjudicatario realiza un 20 % de su actividad en régimen de libre competencia, y no para las administraciones que lo controlan, estimo que no cabe considerar que, como exige la jurisprudencia citada en el punto 59 anterior, el adjudicatario esté desarrollando su actividad *sustancial* y *principalmente* con carácter exclusivo para las administraciones que lo controlan y que, por tanto, el resto de su actividad tenga un carácter meramente *marginal*. En efecto, a mi juicio, una actividad igual a una quinta parte de la actividad total de una entidad no puede calificarse de actividad *marginal* desde un punto de vista cuantitativo.

63. Por consiguiente, considero que en el estado actual del Derecho [39] procede responder a la quinta cuestión prejudicial en el sentido de que la excepción «in house» no puede aplicarse cuando, con arreglo a sus estatutos, un ente adjudicatario pueda prestar servicios en régimen de competencia a favor de entidades públicas no asociadas y de particulares por una cifra que represente el 20 % de su volumen de negocios global anual realizado en el ejercicio anterior.

E. *Sobre la sexta cuestión prejudicial*

64. A la sexta cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente sólo es preciso responder, tal como pide dicho órgano jurisdiccional, cuando ninguna de las respuestas a las cuestiones anteriores sea suficiente por sí misma para determinar si se cumplen o no los requisitos previstos para la aplicación de la excepción «in house». El órgano jurisdiccional remitente pregunta en tal caso si la apreciación conjunta de dichas respuestas permite concluir que tal excepción es aplicable en un supuesto como el caso de autos.

65. Pues bien, a la luz de las respuestas dadas a las cinco primeras cuestiones prejudiciales, estimo que, si el Tribunal de Justicia adoptara el enfoque que propongo, no sería necesario responder a esta cuestión. En efecto, de tales respuestas, en particular de las respuestas a las cuestiones prejudiciales primera y quinta, se deduce que, en un caso como el pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, dicha excepción no es aplicable en el estado actual del Derecho, [40] con independencia de una posible apreciación conjunta de dichas respuestas. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que no responda a esta cuestión prejudicial.

39 — En efecto, procede señalar que en la última versión de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a los contratos públicos, citada en la nota 24 *supra*, se prevé expresamente que la excepción «in house» pueda aplicarse siempre que más del 80 % de la actividad del adjudicatario de que se trate se realice a favor de la entidad o las entidades adjudicadoras que lo controlan [véase el artículo 11, apartado 1, letra b)]. Resulta evidente que, en caso de que dicha Directiva confirmara ese umbral, ello reflejaría una decisión del legislador que modificaría el estado del Derecho en el futuro. Sin embargo, a mi juicio, esto carece de pertinencia para la interpretación del Derecho vigente en su estado actual.

40 — Véanse las notas 24 y 38 *supra*.

V. Conclusión

66. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas al Supremo Tribunal Administrativo en los siguientes términos:

La excepción a la aplicabilidad de las normas de la Unión en materia de contratos públicos prevista para las adjudicaciones «in house» no es aplicable cuando el adjudicatario al que la entidad adjudicadora pretende adjudicar directamente el contrato sin que medie un procedimiento de licitación pública sea una entidad de Derecho privado entre cuyos socios se cuenten, aun de forma minoritaria, entidades que representan intereses privados. En tal caso, la existencia de disposiciones en los estatutos del adjudicatario que atribuyen determinadas facultades de control o de tutela al resto de sus socios públicos o al miembro competente del Gobierno no permite apreciar la existencia de un control análogo sobre el adjudicatario que pueda justificar la aplicación de la excepción «in house».

La gran dimensión y la estructura compleja de una entidad pueden constituir elementos indiciarios que, en el marco de una valoración global de todas las circunstancias del caso concreto, pueden contribuir a llegar a la conclusión de que dicha entidad disfruta de un margen de autonomía que excluye la existencia del control análogo.

La excepción «in house» no puede aplicarse cuando, con arreglo a sus estatutos, un adjudicatario pueda prestar servicios en régimen de competencia a favor de entidades públicas no asociadas y de particulares por una cifra que represente el 20 % de su volumen de negocios global anual realizado en el ejercicio anterior.