Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 23 de enero de 2014[1]

Asunto C-15/13

Datenlotsen Informationssysteme GmbH, Hochschul-Informations-System GmbH
contra
Technische Universität Hamburg-Harburg

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Alemania)]

«Contratos públicos — Directiva 2004/18/CE — Requisitos de aplicabilidad de la adjudicación "in house" — Adjudicaciones "in house" horizontales — Entidad adjudicadora y adjudicataria jurídicamente distintas y sin relación de control entre sí — Control ejercido sobre la entidad adjudicadora y sobre el adjudicatario por un tercero, a su vez administración pública — Alcance del requisito del "control análogo" — Cooperación entre entidades públicas»

1. La presente petición de decisión prejudicial, planteada por el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Alemania), somete al Tribunal de Justicia un asunto inédito en materia de contratos públicos que le permitirá precisar el alcance de la jurisprudencia que prevé, en determinadas condiciones, la posibilidad de sustraer diversos contratos públicos de la aplicación de la normativa europea relativa a los procedimientos de adjudicación pública.

2. En concreto, en el presente asunto se solicita al Tribunal de Justicia que determine si, y en su caso en qué condiciones, las denominadas operaciones «in house» horizontales pueden quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE[2] y ser objeto de adjudicación directa sin que se incoen los procedimientos de adjudicación pública previstos en dicha Directiva. Por el concepto de operación «in house» horizontal se entiende la celebración de un contrato entre una entidad adjudicadora y un adjudicatario que no están vinculados entre sí por una relación de control, sino que ambos están sujetos al control análogo de la misma entidad, a su vez entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 2004/18, y desarrollan la parte esencial de su actividad para la entidad común.

3. La cuestión planteada al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente está dirigida en esencia a determinar si respecto a este tipo de operación también puede establecerse una excepción a la aplicabilidad de los procedimientos de licitación pública a partir del modelo de los procedimientos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los que el órgano jurisdiccional remitente hace referencia expresa.

1 — Lengua original: italiano.

2 — Directiva 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).

4. La primera de estas excepciones, que remonta a la sentencia Teckal,[3] versa sobre las denominadas adjudicaciones «in house», respecto a las cuales la jurisprudencia ha admitido que una entidad adjudicadora está dispensada de la incoación de un procedimiento de adjudicación de un contrato público con la condición de que dicha entidad adjudicadora ejerza sobre el adjudicatario un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios y que tal entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades adjudicadoras que la controlan.[4] La cuestión de la aplicabilidad de estas excepciones a las adjudicaciones «in house» horizontales, aunque ha sido ampliamente debatida en la doctrina, no ha sido todavía objeto de la atención del Tribunal de Justicia, en la medida en que éste, en su anterior, y a estas alturas abundante, jurisprudencia se ha ocupado exclusivamente de adjudicaciones «in house» en las que la relación entre la entidad adjudicadora y el adjudicatario era de carácter vertical.[5]

5. La segunda excepción desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[6] invocada por el órgano jurisdiccional remitente versa en cambio sobre la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de las normas de la Unión en materia de contratos públicos a los contratos comprendidos en el ámbito de la denominada cooperación entre entidades públicas.

I. Marco normativo

A. *Derecho de la Unión*

6. A efectos del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18, «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».

7. El artículo 7 de la Directiva 2004/18 establece los umbrales por encima de los cuales los contratos públicos quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. En la época de los hechos pertinentes en el asunto principal, este umbral ascendía a 193.000 euros.[7] A tenor del artículo 20 de la Directiva 2004/18, «los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II A se adjudicarán con arreglo a los artículos 23 a 55». El artículo 28 de esta Directiva dispone que los contratos públicos se adjudicarán, salvo excepciones, mediante procedimiento abierto o mediante procedimiento restringido. El anexo II A de dicha Directiva contiene una categoría 7, que recoge los «servicios de informática y servicios conexos».

B. *Derecho nacional*

8. El artículo 5, apartado 3, de la Constitución alemana dispone que «el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres».

3 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, Rec. p. I-8121).

4 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Teckal, antes citada, apartado 50; 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, Asemfo (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, y de 29 de noviembre de 2012, Econord (C-182/11 y C-183/11), apartado 25.

5 — Véanse los asuntos citados en la nota 4.

6 — Sentencias de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania (C-480/06, Rec. p. I-4747), apartados 37, 44 y 47; de 19 de diciembre de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C-159/11), apartados 34 y 35, y auto de 20 de junio de 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (C-352/12), apartados 43 y ss.

7 — Véase el artículo 7, letra b), de la Directiva 2004/18 en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1177/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009 (DO L 314, p. 64).

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

10. La normativa nacional en materia de contratos públicos está contenida en la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley contra las restricciones de la competencia; en lo sucesivo, «GWB»), la cual, en su artículo 99, contiene la definición de contrato público. [8]

11. La Hamburgisches Hochschulgesetz (Ley de la Ciudad de Hamburgo sobre la enseñanza superior; en lo sucesivo, «HmbHSchG») establece la normativa aplicable a las instituciones públicas de enseñanza superior de la Freie und Hansestadt Hamburg (Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo; en lo sucesivo, «Ciudad de Hamburgo»).

12. A tenor del artículo 2 de la HmbHSchG, «las instituciones de enseñanza superior, organismos de la Ciudad de Hamburgo, son personas jurídicas de Derecho público autónomas» que «regulan el ejercicio de sus competencias autónomas mediante un reglamento de base y las disposiciones estatutarias».

13. A tenor del artículo 5 de la HmbHSchG, titulado «Autonomía», las instituciones de enseñanza superior ejercen sus competencias autónomas de un modo independiente bajo el control de legalidad de las autoridades competentes. Las competencias autónomas son las competencias que no son delegadas.

14. El artículo 6 de la HmbHSchG regula los fondos concedidos a las instituciones de enseñanza superior y, en su apartado 2, enumera las competencias delegadas que ejercen dichas instituciones, entre las cuales se mencionan, entre otras, la gestión de los créditos puestos a su disposición, incluida la facturación, la tesorería y la contabilidad; la administración de los inmuebles y del equipamiento puestos a su disposición; las cuestiones relativas al personal y a su contratación, así como la determinación de la capacidad formativa y las propuestas relativas a la determinación del número de admisiones. De conformidad con el apartado 3 de dicho artículo, podrá delegarse en dichas instituciones el ejercicio de otras competencias. Por último, con arreglo al apartado 4 de dicho artículo, las autoridades competentes ejercen, mediante directrices e instrucciones generales, un «control de oportunidad» [9] sobre tales instituciones en cuanto al ejercicio de las competencias delegadas.

II. Hechos, procedimiento nacional y cuestiones prejudiciales

15. La Technische Universität Hamburg-Harburg (Universidad Politécnica de Hamburgo; en lo sucesivo, «TUHH»), recurrente en el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, es una institución pública de enseñanza superior de la Ciudad de Hamburgo. Es una entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 2004/18. [10]

16. Hochschul-Informations-System GmbH (en lo sucesivo, «HIS»), también recurrente, junto a la TUHH, en el asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, es una sociedad de responsabilidad limitada de capital íntegramente público, controlada en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por los 16 *Länder* alemanes, entre los cuales se halla la Ciudad de Hamburgo, la cual posee un 4,16 % de capital social de HIS. De conformidad con el

8 — A tenor del artículo 99 de la GWB, «son contratos públicos los contratos onerosos celebrados por poderes adjudicadores con empresas sobre la adquisición de prestaciones que tengan por objeto suministros, obras o servicios, así como las concesiones de obra y procedimientos dirigidos a la celebración de contratos de servicios».

9 — De las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia se desprende que en el Derecho administrativo alemán el «control de oportunidad» es un control más intenso que el de legalidad, que se extiende también a la oportunidad del acto o de la actuación administrativa.

10 — Véase el artículo 1, [apartado 2], número 9, de dicha Directiva.

artículo 2 de sus estatutos, el objeto social de HIS consiste en prestar asistencia a las instituciones públicas de enseñanza superior y a las administraciones competentes al objeto de garantizar la ejecución racional y económicamente eficaz de sus funciones de enseñanza superior mediante, entre otras vías, el desarrollo de procedimientos para la racionalización de la administración de la enseñanza superior, así como la participación en la introducción y la aplicación de dichos procedimientos, el suministro de información y la organización de los intercambios de información. A tenor del artículo 3 de sus estatutos sociales, HIS desarrolla exclusivamente actividades de interés público sin ánimo de lucro.

17. Con el propósito de adquirir un sistema de gestión informática para la enseñanza superior, la TUHH efectuó una valoración de dos de estos sistemas, uno desarrollado por HIS y otro desarrollado por la sociedad Datenlotsen Informationssysteme GmbH (en lo sucesivo, «Datenlotsen Informationssysteme»). A raíz de la comparación entre estos dos sistemas informáticos, la TUHH decidió celebrar, el 7 de abril de 2011, un contrato con HIS cuyo objeto era la implantación del sistema desarrollado por esta última, efectuando una atribución directa sin aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18 para los contratos públicos.

18. Al considerar que la adjudicación directa de dicho contrato a HIS era ilegal, Datenlotsen Informationssysteme impugnó la decisión de adjudicación ante la Vergabekammer bei der Finanzbehoerde de la Ciudad de Hamburgo, órgano jurisdiccional de primera instancia competente en materia de contratos públicos, la cual estimó el recurso. Este juez afirmó en particular que no se cumplían las condiciones previstas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para una atribución «in house», al no existir una relación de control entre la TUHH y HIS.

19. HIS y la Universidad impugnaron la sentencia de primera instancia ante el órgano jurisdiccional remitente.

20. Dicho órgano jurisdiccional señala que el Tribunal de Justicia no ha aclarado todavía si la jurisprudencia que prevé una excepción a la aplicabilidad de las normas sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en los supuestos de adjudicación «in house» puede aplicarse a una «adjudicación in house horizontal» como la controvertida en el procedimiento principal. No obstante, sostiene que el sentido y la finalidad de la excepción relativa a las adjudicaciones «in house» desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pueden permitir que tales operaciones queden comprendidas en dicha excepción, eximiendo, pues, a los poderes adjudicadores de la obligación de organizar procedimientos de adjudicación pública para estos tipos de contratos públicos. No obstante, según el órgano jurisdiccional remitente, a la luz del hecho de que, según la jurisprudencia, el régimen de las excepciones a la aplicabilidad de estos procedimientos debe interpretarse de forma restrictiva, incumbe al Tribunal de Justicia determinar si las adjudicaciones «in house» horizontales pueden quedar o no comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha excepción.

21. El órgano jurisdiccional remitente considera asimismo que no se da los requisitos para la aplicación de la otra excepción desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la cooperación entre entidades públicas puesto que, por un lado, HIS está constituida en la forma de sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado y, por otro, no tiene directamente encomendada una misión de servicio público.

22. El órgano jurisdiccional remitente señala asimismo que, a tenor de la normativa pertinente, las instituciones de enseñanza superior disponen de una amplia autonomía en los sectores de la investigación y de la enseñanza, y que el ejercicio de estas competencias autónomas está sometido a un mero control de legalidad. No obstante, el contrato objeto del litigio pendiente ante dicho juez está comprendido en el ámbito de las adquisiciones y los suministros, en el que las autoridades competentes disponen de un poder de control que se extiende hasta la posibilidad de anular o

modificar las decisiones adoptadas por las universidades. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, pues, si el requisito del «control análogo» previsto en la jurisprudencia Teckal, el cual se cumple respecto al sector de las adquisiciones y suministros, no debe extenderse, sin embargo, a la totalidad de los ámbitos de actividad del adjudicatario.

23. A la luz de estas consideraciones, mediante resolución de 6 de noviembre de 2012, el órgano jurisdiccional remitente consideró necesario suspender el procedimiento pendiente ante él al objeto de plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Se ha de entender por "contrato público" en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE […], también un contrato en que, aunque el adjudicador no controla al adjudicatario como a un servicio propio, uno y otro están bajo el control de una misma entidad que, a su vez, es entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 2004/18, y uno y otro operan esencialmente para su entidad común (operación «in house» horizontal)?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

2) ¿Debe comprender el control equivalente al que se ejerce sobre un servicio propio toda la actividad del adjudicatario o basta con que se limite al área de las adquisiciones?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

24. La resolución de remisión fue recibida en la Secretaría del Tribunal el 10 de enero de 2013. Han formulado observaciones escritas la TUHH, HIS, Datenlotsen Informationssysteme GmbH, los Gobiernos checo, italiano, español y húngaro y la Comisión Europea. En la vista, celebrada el 21 de noviembre de 2013, intervinieron la TUHH, HIS, Datenlotsen Informationssysteme GmbH, el Gobierno español y la Comisión.

IV. Análisis jurídico

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

25. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si una operación «in house» horizontal, es decir, la celebración de un contrato entre una entidad adjudicadora y una entidad adjudicataria que no tienen ninguna relación de control entre sí, sino que ambos están sujetos al control de la misma entidad, la cual es a su vez entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 2004/18, y para la cual ambos realizan la parte esencial de su actividad, constituye un contrato público en el sentido de la Directiva 2004/18 y, por tanto, debe quedar sujeto a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos previstos en dicha Directiva.

26. En primer término, debe señalarse que la aplicación de la Directiva 2004/18 a un contrato público está sujeta al requisito de que el valor estimado de éste alcance el umbral fijado en el artículo 7, letra b), de dicha Directiva, teniendo en cuenta el valor normal en el mercado de las obras, suministros o servicios objeto del contrato público. En caso contrario, resultan de aplicación las

normas fundamentales y los principios generales del Tratado FUE.[11] Pues bien, de la resolución de remisión se desprende que se ha estimado el valor del contrato controvertido en cuando menos 840.000 euros, valor que rebasa claramente este umbral,[12] de suerte que el contrato en cuestión queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18.

27. Conforme al artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18, un contrato oneroso y celebrado por escrito entre un operador económico y una entidad adjudicadora cuyo objeto sea la prestación de servicios contemplados en el anexo II A de dicha Directiva constituye un contrato público.[13]

28. Pues bien, de la información obrante en los autos del Tribunal de Justicia se desprende, por un lado, que el contrato controvertido en el procedimiento principal objeto de adjudicación directa fue celebrado entre una entidad adjudicadora, la TUHH, y un operador económico, HIS, y, por otro, que los servicios objeto del contrato en cuestión en el procedimiento principal quedan comprendidos en el concepto de «servicios de informática y servicios conexos» recogido en la categoría 7 del anexo II A de la Directiva 2004/18.

29. A este respecto ha de señalarse que, según la jurisprudencia, a efectos del concepto de contrato público resulta irrelevante que el adjudicatario, como es el caso de HIS en virtud del artículo 3 de sus estatutos sociales,[14] no tenga, con carácter principal, ánimo de lucro.[15] Además, en cuanto atañe al carácter oneroso del contrato en cuestión, ha de observarse que según la jurisprudencia un contrato no deja de ser un contrato público por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado.[16] Por tanto, aun cuando el contrato controvertido en el procedimiento principal no previera el pago de un precio de mercado por los servicios de informática prestados por HIS a la TUHH, extremo éste que en su caso corresponderá determinar al órgano jurisdiccional remitente, no constituiría un elemento decisivo para su calificación como contrato público.[17]

30. A la luz de las consideraciones que preceden y sin perjuicio de las necesarias comprobaciones de la competencia del órgano jurisdiccional remitente, estimo, pues, que el contrato controvertido en el procedimiento principal reviste las características de un contrato público que, en cuanto tal, queda en principio sujeto a los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18.

31. No obstante, como se ha señalado en los puntos 4 y 5 *supra,* de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que existen dos tipos de contratos que no quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos[18] y respecto a los cuales, pues, la entidad adjudicadora está dispensada de iniciar el procedimiento de adjudicación previsto en la Directiva 2004/18.

11 — Sin embargo, el hecho de que el contrato controvertido en el litigio principal pueda estar comprendido, en su caso, en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 o en el de las normas fundamentales y los principios generales del Tratado FUE no influye en la respuesta que deba darse a la cuestión planteada. En efecto, los criterios enunciados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para apreciar si es obligatorio o no realizar una licitación son pertinentes tanto para la interpretación de la Directiva 2004/18 como para la interpretación de las normas y principios del Tratado FUE (véase, en este sentido, la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, antes citada, apartados 23 y 24).

12 — Véase el punto 7 *supra*.

13 — Véase a este respecto la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, antes citada, apartado 25.

14 — Véase el punto 16 *supra*.

15 — Véanse en tal sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa (C-305/08, Rec. p. I-12129), apartados 30 y 45, y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, antes citada, apartado 26.

16 — Véase en tal sentido la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, antes citada, apartado 29.

17 — Véanse a este respecto las consideraciones formuladas por la Abogado General Trstenjak en los puntos 30 a 34 de sus conclusiones presentadas el 23 de mayo de 2012 en el asunto en que recayó la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, antes citada.

18 — Véase la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, apartado 31, y el auto Consiglio Nazionale degli Ingegneri, apartado 40, antes citados.

32. Se trata en particular, por un lado, de los contratos comprendidos en la excepción aplicable a las denominadas adjudicaciones «in house» y, por otro, de las comprendidas en la excepción prevista para los contratos que establecen una cooperación entre entidades públicas. En la medida en que, en su resolución, el órgano jurisdiccional remitente se refiere a estas dos excepciones desarrolladas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las cuales, por otra parte, han sido objeto de debate en la vista, considero que procede analizar ambas.

1. Sobre la aplicabilidad de la excepción «in house» a las adjudicaciones internas horizontales

33. Como se ha expuesto anteriormente, según una jurisprudencia reiterada que remonta hasta la sentencia Teckal, [19] una entidad adjudicadora no está obligado a incoar un procedimiento de licitación para adjudicar un contrato público en el caso en que concurran dos requisitos acumulativos: en primer lugar, debe ejercer sobre el adjudicatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, en segundo lugar, el adjudicatario debe realizar la parte esencial de su actividad con el poder o poderes adjudicadores que lo controlan. [20]

34. En cuanto atañe al primero de estos requisitos, ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia, existe un «control análogo» cuando la entidad adjudicataria de que se trate esté sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de aquélla. 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 la entidad de que se trate un control estructural y funcional. El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo. [21]

35. Con arreglo a la jurisprudencia, en el supuesto de que se recurra a una entidad 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. [22]

36. Pues bien, en la medida en que uno de los requisitos acumulativos para la aplicación de la excepción desarrollada por la jurisprudencia para las adjudicaciones «in house» es la existencia de una relación de control entre la entidad adjudicadora y la entidad adjudicataria, es necesario señalar que tal excepción no puede aplicarse, en cuanto tal, en los casos de adjudicaciones «in house» horizontales, los cuales, por definición, prevén que no se dé una relación de control directo entre tales personas. [23] De ello se desprende por tanto que, en el estado actual del Derecho, estas operaciones debe deben quedar sujetas en principio a los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18.

37. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente considera que el sentido y la finalidad de la «excepción in house» desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para las adjudicaciones internas verticales pueden dar lugar a la inclusión de las operaciones internas horizontales en el ámbito de aplicación de esta excepción. Ahora bien, ello será posible únicamente extendiendo el alcance de esta excepción a las operaciones en las que, aun estando sometidos tanto la entidad adjudicadora como la entidad adjudicataria al control análogo de otra autoridad pública, no se cumple, sin embargo, la primera condición prevista en la jurisprudencia, en la medida en que no se da una relación de control directo entre las dos partes del contrato. A este respecto considero necesario formular unas cuantas consideraciones.

19 — Antes citada.

20 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 4.

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

22 — *Ibidem,* apartado 28 y la jurisprudencia citada.

23 — Véanse los puntos 2 y 25 *supra*.

38. En primer lugar, ha de recordarse que el Tribunal de Justicia ha repetido en varias ocasiones que el objetivo principal de las normas de la Unión en materia de contratos públicos es la libre circulación de servicios y la apertura a la competencia más amplia posible en todos los Estados miembros. [24] Este 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 toda excepción a la aplicación de tal obligación deberá interpretarse *restrictivamente*. [25] De ello se deduce que toda extensión del ámbito de aplicación de una excepción a la aplicabilidad de la normativa de la Unión en materia de contratos públicos deberá valorarse con extrema prudencia.

39. En segundo lugar, no obstante, ha de recordarse también que el Tribunal de Justicia ha reconocido que una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. [26]

40. Basándose precisamente en esta premisa, el Tribunal de Justicia ha reconocido la excepción al sometimiento a los procedimientos de adjudicación pública para las adjudicaciones «in house». En efecto, en el caso de que una administración pública realice las tareas de interés público que le corresponden a través de una entidad que constituye un instrumento propio, no existe un contrato oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora y no concurren, pues, los requisitos para aplicar las normas de la Unión en materia de contratos públicos. [27]

41. Por lo demás, de una lectura atenta de la jurisprudencia [28] se desprende que el fundamento de la excepción para las adjudicaciones «in house» estriba precisamente en el hecho de que, en la medida en que la entidad adjudicataria no goce de un margen de autonomía tal que impida a la entidad adjudicadora ejercer sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, no puede existir entre estas dos entidades una relación contractual en sentido estricto, en cuanto no se da un «concurso de dos voluntades autónomas que representan intereses legítimos diferentes». [29]

42. Pues bien, considero que en el caso de que una operación interna horizontal se inscriba en el marco del cumplimiento de funciones de interés público que corresponden a una entidad adjudicadora que desarrolla tales funciones a través de dos entidades sobre las que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, podrá aplicarse en principio la *ratio* de la «excepción in house» desarrollada en la jurisprudencia. En efecto, conforme a la jurisprudencia mencionada en el punto 39 *supra,* si una administración utiliza instrumentos propios para el cumplimiento de sus funciones de interés público, no deberá estar obligada a recurrir a entidades externas no pertenecientes a sus servicios. En mi opinión, así será también en el caso de que dichos instrumentos propios estén constituidos por dos entidades controladas por dicha administración y sea necesaria la celebración de un contrato entre ambas para el cumplimiento de tales funciones. Así pues, también en un caso de este tipo podrían no darse, en determinadas condiciones, los requisitos para la aplicación de las normas de la Unión en materia de contratos públicos.

24 — Véase en tal sentido la sentencia CoNISMa, antes citada, apartado 37 y la jurisprudencia citada.

25 — Véanse, entre otras, las sentencias Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartados 44 y 46; Parking Brixen, antes citada, apartado 63, y de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartado 26.

26 — Véanse, entre otras, las sentencias Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 48; Coditel Brabant, apartado 48; Comisión/Alemania, apartado 45, y Sea, apartado 57, antes citadas.

27 — Véase en tal sentido la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 48.

28 — Véase a este respecto el análisis jurisprudencial realizado por el Abogado General Cruz Villalón en los puntos 38 y ss. de sus conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012 en el asunto en que recayó la sentencia Econord, antes citada.

29 — Véanse las conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas el 1 de julio de 1999 en el asunto en que recayó la sentencia Teckal, antes citada, punto 64, y las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Econord, antes citadas, punto 43. Véase también una interpretación del apartado 49 en relación con el apartado 50 de la sentencia Teckal, antes citada.

43. No obstante, ha de recordarse que, como se ha señalado en los puntos 40 y 41 *supra*, el fundamento que justifica la aplicación de la excepción «in house» radica en el hecho de que la celebración del contrato en cuestión no es el resultado de la expresión de voluntades autónomas de las entidades que son partes del mismo, sino que es la expresión de una única voluntad. Pues bien, ha de hacerse constar a este respecto que en una adjudicación interna horizontal la relación existente entre la entidad adjudicadora y la entidad adjudicataria es mucho más tenue que la existente en una adjudicación «in house» vertical. En efecto, ésta no es una relación de control directo sino únicamente un vínculo indirecto cuyo alcance depende de las respectivas relaciones existentes entre las dos entidades con la autoridad pública común que las controla.

44. Pues bien, me parece que la condición de que el contrato sea la expresión de una voluntad única sólo puede cumplirse en el caso de que las dos entidades que lo celebran estén controladas con carácter *exclusivo* por la misma autoridad pública. En efecto, sólo en este caso podrá considerarse, en mi opinión, que la celebración del contrato es expresión de un único acto de voluntad de una autoridad pública, la cual, mediante dicho acto, pretende cumplir las funciones de interés público que le incumben mediante instrumentos propios. En efecto, en el caso de celebración de un contrato entre una entidad sobre la cual ejercen un control conjunto varias autoridades y otra entidad controlada (con carácter exclusivo o conjuntamente con otras autoridades) por una de las autoridades que ejercitan el control sobre la primera entidad, a mi juicio difícilmente se puede considerar que el acto sea expresión de una voluntad única.

45. Desde esta perspectiva estimo, pues, que la excepción a la aplicación de las normas de la Unión para las adjudicaciones internas horizontales puede admitirse solamente cuando el órgano que ejercita el control análogo sobre dos entidades, a saber, la entidad adjudicadora y la entidad adjudicataria, no sólo sea el mismo, sino que también ejerza el control análogo de forma exclusiva sobre las dos entidades. Considero por tanto que procede excluir la posibilidad de una extensión de la excepción «in house» a los casos de operaciones de naturaleza horizontal celebradas entre entidades sobre las que una autoridad pública ejerce un control análogo como el definido en la jurisprudencia de forma conjunta con otros poderes adjudicadores.

46. Este planteamiento restrictivo respecto al tipo de control análogo que debe ejercer necesariamente la autoridad pública controladora sobre dos entidades que celebran un contrato público para que pueda aplicarse la excepción a las normas de la Unión en materia de contratos públicos para las operaciones internas horizontales no sólo es, en mi opinión, coherente con la *ratio* de la excepción «in house» y con la necesidad expresada por el Tribunal de Justicia y mencionada en el punto 38 *supra* de interpretar dicha excepción de forma restrictiva, sino que también me parece que responde a la exigencia de algunas de las partes que han formulado observaciones en el sentido de no extender más allá de los límites de lo razonable las excepciones a la normativa de los contratos públicos con el riesgo de sustraer partes importantes de sectores económicos a la regulación de los contratos públicos y a los objetivos de apertura a la competencia [30] que ésta persigue, como se ha señalado en el citado punto 38. [31]

47. En cuanto atañe al asunto principal, de la información obrante en los autos del Tribunal de Justicia se desprende que la Ciudad de Hamburgo puede ejercer, en su caso, sobre HIS únicamente un control análogo conjuntamente con los demás *Länder* y la Federación, lo cual, entre otras cosas, es rebatido por algunas de las partes intervinientes. [32] Por tanto, aun admitiendo que la Ciudad de Hamburgo

30 — Véase también a este respecto la sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartados 58 y 59.

31 — Ha de observarse, con carácter incidental, que una solución análoga parece ser la adoptada en la última versión de la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a los contratos públicos actualmente debatida en el Consejo (documento del Consejo nº 11745/13, véase en concreto el artículo 11, apartado 2, de dicha propuesta).

32 — En particular la Comisión niega la existencia de una relación de control entre la Ciudad de Hamburgo y HIS debido a que aquélla no está representada de forma permanente en el consejo de vigilancia de HIS. No obstante, a la luz de la respuesta dada a la cuestión prejudicial, no procede definir una postura al respecto.

ejerce de forma exclusiva un control análogo sobre la TUHH, circunstancia ésta que correspondería en cualquier caso determinar al órgano jurisdiccional remitente sobre la base de la respuesta a la segunda cuestión prejudicial planteada por él al Tribunal de Justicia, no sería aplicable la excepción configurada en los puntos anteriores para las adjudicaciones internas horizontales.

48. En conclusión, de las consideraciones precedentes se desprende que, sin perjuicio de las comprobaciones de competencia del órgano jurisdiccional remitente, un contrato como el controvertido en el asunto principal constituye un contrato público en el sentido de la Directiva 2004/18, en la medida en que es un contrato celebrado por escrito entre una entidad adjudicadora y un operador económico que tiene por objeto la prestación de servicios en el sentido de la citada Directiva. En cuanto tal, está sujeto en principio a los procedimientos de adjudicación previstos en dicha Directiva. Con independencia de la cuestión de si existen relaciones de «control análogo» entre la Ciudad de Hamburgo, por un lado, y la TUHH y HIS, por otro, dicho contrato no puede acogerse a la excepción a la aplicación de tales procedimientos en virtud de la jurisprudencia Teckal en la medida en que no se da ninguna relación de control entre la entidad adjudicadora, es decir, la TUHH, y el operador económico adjudicatario, es decir, HIS. A mi juicio, un contrato de este tipo no está comprendido en un supuesto de adjudicación interna horizontal que pueda acogerse a una excepción a la aplicación de los procedimientos de adjudicación pública en cuanto operación dirigida al cumplimiento de funciones de interés público por parte de la autoridad pública que controla a las dos entidades que celebran el contrato, puesto que, como he señalado en los puntos 44 a 46 *supra*, esta posibilidad debe limitarse, a mi juicio, a los casos en que la autoridad pública ejerce un control análogo de forma exclusiva sobre las dos partes del contrato, lo cual no es en modo alguno el caso en el asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente.

2. Sobre la cooperación entre entidades públicas

49. El órgano jurisdiccional remitente considera también la posibilidad de que el contrato público controvertido en el procedimiento principal pueda acogerse a la segunda excepción, desarrollada en la jurisprudencia, a la aplicación de los procedimientos de adjudicación pública, a saber, la excepción, mencionada en el punto 5 *supra,* prevista para la cooperación entre entidades públicas.

50. La jurisprudencia supedita la posibilidad de aplicar esta excepción a la concurrencia de cinco requisitos acumulativos que, al objeto de que el contrato pueda quedar excluido del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, deben cumplirse en su integridad. [33] El Tribunal de Justicia ha declarado así que pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de los procedimientos de adjudicación pública los contratos que, en primer lugar, establecen una cooperación entre entidades públicas, la cual, en segundo lugar, estará dirigida a garantizar el cumplimiento de una función de servicio público común a estas entidades. En tercer lugar, estos contratos deben ser celebrados únicamente entre entidades públicas, sin la participación de una parte privada. En cuarto lugar, no debe favorecerse a ningún prestador privado respecto a sus competidores y, por último, en quinto lugar, la cooperación establecida por las entidades públicas debe estar regida únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. [34]

51. Pues bien, corresponde al órgano jurisdiccional nacional realizar las comprobaciones necesarias para determinar si concurren en el caso concreto todos estos criterios. No obstante, el Tribunal de Justicia puede facilitar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para su resolución. [35]

33 — Sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, apartado 36 y la jurisprudencia citada, y auto Consiglio Nazionale degli Ingegneri, apartado 45, antes citados.

34 — Sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, apartados 34 y 35 y la jurisprudencia citada, y auto Consiglio Nazionale degli Ingegneri, apartados 43 y 44, antes citados.

35 — Véase la sentencia de 26 de septiembre de 2013, Texdata Software (C-418/11), apartado 55 y la jurisprudencia citada.

52. En particular, el órgano jurisdiccional remitente alberga una doble duda sobre la aplicabilidad al caso de autos de la excepción prevista para la cooperación entre entidades públicas.

53. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente excluye la aplicabilidad de esta excepción debido a la naturaleza de sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado de HIS. Esta consideración del órgano jurisdiccional remitente suscita la cuestión relativa al ámbito subjetivo de la aplicación de la excepción.

54. A este respecto ha de observarse que en la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, primer asunto en el que se reconoció la existencia de tal excepción, el Tribunal de Justicia había utilizado el concepto de «autoridades públicas» [36] para designar a las entidades que podían participar en la cooperación, si bien el acuerdo de cooperación de que se trataba fue celebrado entre la Ciudad de Hamburgo y cuatro *Landkreise* limítrofes. [37] La utilización por parte del Tribunal de Justicia de este concepto apuntaba a que la excepción no se limitaba exclusivamente a la cooperación entre corporaciones territoriales. [38] Posteriormente, en la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, antes citada, el Tribunal de Justicia utilizó el concepto de cooperación entre «entidades públicas». [39]

55. Con independencia de la cuestión terminológica, considero no obstante que debe adoptarse un planteamiento funcional y no formal al respecto. [40] Desde tal perspectiva, considero que el estatuto de Derecho privado de una de las personas que participan en la cooperación no constituye de suyo un obstáculo a la aplicación de la excepción en cuestión, en la medida en que, sin embargo, se compruebe que, a pesar de tal estatuto, la persona es en realidad una persona de Derecho público, [41] tal como, en mi opinión, es evidente en el caso de una sociedad de capital íntegramente público como HIS.

56. De hecho, a mi juicio, el tercero de los requisitos jurisprudenciales mencionados en el punto 50 *supra* no exige el estatuto formal de Derecho público a las entidades que establecen la cooperación, sino que, antes bien, exige la total ausencia de intereses privados en tales entidades. A este respecto cabe añadir que la participación de intereses privados debe excluirse durante toda la vigencia del contrato sobre el que versa el asunto principal. De hecho, si el capital del adjudicatario con estatuto de Derecho privado estuviera abierto a los accionistas particulares, se estaría adjudicando un contrato público a una sociedad mixta sin licitación previa, lo que iría en contra de los objetivos perseguidos por el Derecho de la Unión. [42]

36 — Véanse los apartados 34, 44, 45 y 47 de dicha sentencia.

37 — Los *Landkreise* o circunscripciones administrativas son unidades administrativas alemanas que agrupan a diversos municipios localizados en la misma región geográfica.

38 — Véase el punto 69 de las conclusiones de la Abogado General Trstenjak presentadas en el asunto en que recayó la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, antes citadas.

39 — Véanse los apartados 34 y 35 de dicha sentencia.

40 — Al igual, por lo demás, que el planteamiento adoptado por el Tribunal de Justicia para la definición del concepto de entidad adjudicadora y de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, apartado 9, segundo párrafo, de la Directiva 2004/18. Véanse a este respecto las sentencias de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros (C-337/06, Rec. p. I-11173), apartado 37, y de 10 de abril de 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Rec. p. I-2339), apartado 37.

41 — A este respecto, ha de observarse con carácter incidental que según la jurisprudencia el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como organismo de Derecho público y, por tanto, de entidad adjudicadora [véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España (C-214/00, Rec. p. I-4667), apartado 55, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España (C-283/00, Rec. p. I-11697), apartado 74, relativas a la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), la cual contenía en su artículo 1, letra b), una definición del concepto de «organismo público» idéntica a la contenida en la Directiva 2004/18]. Antes bien, ha de comprobarse, lo cual corresponde al órgano jurisdiccional remitente, si, a la luz de la jurisprudencia pertinente, este organismo cumple o no los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, siendo irrelevante a tal fin la forma de constitución de los organismos de que se trate. Véase la sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 54.

42 — Véase por analogía la sentencia ANAV, antes citada, apartado 30.

57. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente considera que el segundo requisito previsto en la jurisprudencia, a saber, que la cooperación esté dirigida a garantizar el cumplimiento de una función de servicio público común a las dos entidades públicas, no se cumple en el caso de autos en la medida en que, si bien los artículos 2 y 3 de los estatutos sociales de HIS prevén que su objeto social consiste en prestar asistencia a las instituciones de enseñanza superior y, por tanto, esta entidad persigue fines de interés general, su función no puede asimilarse a una auténtica misión de servicio público de la que esté encargada.

58. No comparto el planteamiento que parece formular el órgano jurisdiccional remitente según el cual para que la función de servicio público pueda reconocerse como común a las entidades públicas que participan en la cooperación, es absolutamente necesario que la *ejecución* de tal función deba ser propia de cada una de ellas.

59. En efecto, si bien es necesario que la cooperación esté dirigida al desarrollo de una función pública *común* y no basta pues con que la obligación legal de desarrollar las funciones públicas en cuestión afecte a una sola de las autoridades públicas implicadas mientras que la otra se limite a actuar como mera colaboradora del cumplimiento de esta función, asumiendo contractualmente funciones que le son ajenas,[43] considero no obstante que puede existir una cooperación dirigida a garantizar el cumplimiento de una función de servicio público común aun cuando exista una *complementariedad específica* de las funciones de servicio público ejercidas por las entidades públicas en cuestión y la cooperación verse exactamente sobre tales funciones específicamente complementarias. No obstante, el concepto de complementariedad no puede constituir la puerta de entrada al régimen de excepciones para cooperaciones que tengan cualquier tipo de relación. En efecto, no basta, a mi juicio, con una mera complementariedad entre las funciones de servicio público. Es necesario que tal complementariedad sea específica en el sentido de que verse específicamente, con referencia a todas las entidades públicas en cuestión, sobre la función objeto de la cooperación, como, por ejemplo, en mi opinión, la función de enseñanza y de investigación en el litigio principal.

60. Pues bien, desde esta perspectiva, de la información obrante en autos se desprende que la función específica que desarrolla HIS, sociedad de capital íntegramente público, es la de prestar asistencia a las instituciones públicas de enseñanza superior para garantizar la ejecución racional y económicamente eficaz de su misión de enseñanza superior. Así, en mi opinión, esta función está en una relación de complementariedad específica con la de enseñanza e investigación desarrollada por las universidades de modo que, con la condición de que todos los demás requisitos se cumplan, pueda existir una cooperación que quede comprendida en la excepción jurisprudencial relativa a la cooperación entre entidades públicas. A este respecto he de añadir que, a mi juicio, no tiene una importancia en modo alguno secundaria en el análisis la circunstancia de que el desarrollo de esta función sea expresión de una voluntad del legislador constitucional alemán, el cual previó en su artículo 91c, apartado 1, formas de cooperación entre la Federación y los *Länder* en la creación y gestión de los sistemas informáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.

61. Una vez analizadas las dudas expresadas por el órgano jurisdiccional remitente, procede abordar una cuestión formulada por la Comisión. En efecto, esta institución afirmó en la vista que procede descartar la aplicación de la excepción en el caso de autos en la medida en que una cooperación entre entidades públicas relativa a actividades comprendidas en una misión de servicio público no puede desarrollarse en el marco de un contrato que prevé la prestación de servicios a cambio de una remuneración.

43 — Véase en este sentido el punto 75 de las conclusiones presentadas por la Abogado General Trstenjak en el asunto Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, antes citadas.

62. A este respecto ha de señalarse con carácter preliminar que, en su sentencia Comisión/Alemania, antes citada, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el Derecho de la Unión no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para cumplir en común sus misiones de servicio público.[44] En tal caso, por lo demás, la cooperación entre la Ciudad de Hamburgo y los *Landkreise* había asumido precisamente la forma contractual.

63. No obstante, ha de señalarse además que en esta sentencia el Tribunal de Justicia había señalado que la prestación de los servicios en cuestión, a saber, la eliminación de residuos, únicamente daba lugar al pago de un precio al titular de la instalación de eliminación, contraparte contractual de la Ciudad de Hamburgo, mientras la cooperación real y efectiva establecida mediante el contrato entre las administraciones implicadas, a saber, los servicios de limpieza urbana de la Ciudad de Hamburgo y los *Landkreise*, no daba lugar a movimientos financieros entre sí.[45]

64. Me pregunto por tanto si, para que pueda aplicarse la excepción en cuestión al contrato que establece la cooperación, es necesario que dicho contrato no entrañe movimientos financieros entre las entidades públicas en cuestión.

65. Sin embargo, ha de señalarse a este respecto que en la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia volvió a analizar de forma más concreta y sistemática, sobre la base de la anterior sentencia Comisión/Alemania, los cinco requisitos acumulativos que deben darse para que el contrato en cuestión pueda acogerse a la excepción de la aplicación de las normas de la Unión en materia de contratos públicos, no hizo referencia a criterio alguno de esta clase. De este silencio infiero que el Tribunal de Justicia no ha pretendido prever, como criterio necesario para la aplicación de la excepción, la total ausencia de movimientos financieros entre las entidades que constituyen la cooperación.

66. No obstante, considero intrínseco a la naturaleza de una excepción de esta clase que los pagos previstos por una entidad para la prestación de un determinado servicio a otra entidad en el ámbito de su cooperación no puede ser igual al precio de mercado, sino que debe estar basado en los costes y gastos financieros efectivamente soportados por la prestación de un servicio, lo cual me lleva a albergar dudas sobre la compatibilidad con esta exigencia de una eventual previsión de un pago a tanto alzado de los gastos afectados para prestar el servicio.

67. Corresponderá en cualquier caso al órgano jurisdiccional remitente efectuar las comprobaciones necesarias al respecto así como sobre la concurrencia de todos los demás requisitos desarrollados por la jurisprudencia para la aplicabilidad de la excepción prevista para la cooperación entre entidades públicas.

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

68. Mediante la segunda cuestión prejudicial, planteada al Tribunal de Justicia para el caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si el control análogo exigido por la jurisprudencia Teckal debe ejercerse sobre toda la actividad del adjudicatario o bien si basta con que dicho control se limite al sector de las adquisiciones.

44 — Véase el apartado 47 de la sentencia citada.

45 — Véase el apartado 43 de la sentencia Comisión/Alemania, antes citada.

69. Ha de observarse con carácter preliminar que, a la luz de las consideraciones efectuadas en el marco del análisis de la primera cuestión prejudicial, en el caso de que el Tribunal de Justicia siga el planteamiento que he propuesto, no sería necesario responder a esta cuestión, pues la aplicabilidad de la excepción «in house» quedaría en cualquier caso excluida en el asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente. Así pues, formularé las siguientes consideraciones sobre la segunda cuestión prejudicial únicamente en aras de la exhaustividad.

70. Ya he recordado en el punto 34 *supra* las características esenciales del control análogo esbozadas por la jurisprudencia. En cambio, en los puntos 39 a 41 *supra* he recordado la *ratio* que subyace al reconocimiento de la excepción «in house», la cual explica también el sentido del propio requisito del control análogo.

71. En mi opinión, de estas consideraciones, y en particular de la necesidad de que el control sea estructural y funcional, se desprende que en principio dicho control debe extenderse a la totalidad de la actividad del adjudicatario y no puede limitarse únicamente al sector de los contratos públicos. En efecto, la entidad «in house» debe actuar, en esencia, como un órgano de la administración y esta última debe ejercer una influencia determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de la entidad controlada por ella. [46]

72. No obstante ha de recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha aclarado que, si bien la jurisprudencia exige que el control ejercido sobre el adjudicatario por una entidad adjudicadora sea análogo al que esta misma ejerce sobre sus propios servicios, no exige sin embargo que el control ejercido sobre el adjudicatario sea idéntico en todos sus aspectos al ejercido sobre sus servicios. [47]

73. A este respecto ha de señalarse que la autonomía de que disfrutan las universidades en materia de enseñanza y de investigación es expresión de la libertad de enseñanza y de investigación, principio expresado no sólo a nivel constitucional en el artículo 5, apartado 3, de la Constitución alemana, sino también en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 13 dispone que la investigación científica es libre y que se respetará la libertad de cátedra. Desde esta perspectiva considero pues que no cabe imponer, para que entidades como las universidades puedan acogerse a la excepción «in house», que se ejerza un control sobre éstas que se extienda también a la actividad didáctica y de investigación, en la medida en que la autonomía de las universidades respecto a tales actividades constituye la expresión de valores de naturaleza constitucional comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y consagrados en la Carta.

74. Por lo demás, puede señalarse también a este respecto que el Tribunal de Justicia ya ha abordado en su jurisprudencia las peculiaridades de las instituciones universitarias respecto a la normativa en materia de contratos públicos. [48]

75. De las observaciones que preceden se desprende que si el Tribunal de Justicia considerase necesario responder también a la segunda cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, en mi opinión debería responderse a ésta en el sentido de que el control análogo debe extenderse a la totalidad de la actividad del adjudicatario, sin perjuicio de las prerrogativas de enseñanza y de investigación propias de las universidades.

46 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 21 y la sentencia Sea, antes citada, apartado 65.

47 — Véase en tal sentido la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 46.

48 — Véanse las sentencias CoNISMa, apartados 48, 49 y 51, y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, apartado 27, antes citadas.

V. Conclusiones

76. En virtud de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial formulada por el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg del modo siguiente:

«Un contrato que tiene por objeto la prestación de servicios con respecto a los cuales el beneficiario de dichos servicios, que es una entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 2004/18, no ejerce sobre la entidad que los presta un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios, sino que ambos están sujetos al control de una misma institución que puede calificarse de entidad adjudicadora en el sentido de dicha Directiva, y tanto el destinatario de los servicios como el proveedor de los mismos realizan la parte esencial de su actividad para la institución que los controla, constituye un contrato público en la medida en que se trata de un contrato celebrado por escrito entre la entidad adjudicadora destinatario de los servicios y el operador económico que los presta, siempre que dicho control tenga por objeto una prestación que pueda calificarse como prestación de servicios en el sentido de la citada Directiva.

Tal contrato puede acogerse a una excepción a la aplicación de los procedimientos de adjudicación pública previstos en las normas de la Unión en materia de contratos públicos únicamente en el caso de que la administración controladora ejerza un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios con carácter exclusivo ya sobre el destinatario de los servicios, ya sobre la entidad que los presta, y ambos realicen la parte esencial de su actividad para dicha administración controladora, o bien en el caso en que el citado contrato cumpla todos los requisitos previstos para la aplicación de la excepción de la cooperación entre entidades públicas.»