

Asunto C-692/23

Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

Fecha de presentación:

17 de noviembre de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Gerechtshof Den Haag (Tribunal de Apelación de La Haya, Países Bajos)

Fecha de la resolución de remisión:

14 de noviembre de 2023

Parte demandante:

AVR-Afvalverwerking BV

Partes demandadas:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Objeto del procedimiento principal

El asunto principal versa sobre contratos adjudicados por tres municipios de Holanda Meridional y otra persona jurídica para el tratamiento de los residuos domésticos no reciclables de dichos municipios respecto a los que, según la demandante, indebidamente no se tramitó procedimiento de licitación alguno.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

La presente petición, planteada al amparo del artículo 267 TFUE, versa sobre la cuestión de si, a efectos de la aplicación del «criterio de actividad» contemplado en la Directiva 2014/24, que tiene como consecuencia que no sea necesario organizar una licitación, deberá tomarse como referencia el volumen de negocios de la propia persona jurídica controlada, cuando esta forma parte de un grupo, o bien el volumen de negocios del grupo y cómo deberá determinarse este último y, en el primer caso, si en la determinación del volumen de negocios de la persona jurídica controlada deberá tenerse en cuenta el volumen de negocios de terceros usuarios del vertedero que explota.

Cuestiones prejudiciales

«1) ¿Debe interpretarse el criterio de actividad contemplado en el artículo 12, apartado 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 2014/24/UE, en relación con el artículo 12, apartado 5, de dicha Directiva,

en el sentido de que,

cuando el porcentaje de las actividades mencionado en aquellas disposiciones se determina sobre la base del volumen de negocios y la persona jurídica controlada forma parte de un grupo,

solamente debe tenerse en cuenta el volumen de negocios de la propia persona jurídica controlada, o también el volumen de negocios de las sociedades, vinculadas o no al grupo, como, por ejemplo:

(i) el volumen de negocios consolidado, en el que el volumen de negocios de la persona jurídica de que se trata, en virtud de la transposición al Derecho nacional de los artículos 22 y 24 de la Directiva 2013/34/UE, se añadirá al de otras entidades del grupo, o

(ii) el volumen de negocios de las sociedades con las que la persona jurídica controlada constituya una unidad económica en el sentido del concepto de empresa propio del Derecho de la competencia de la Unión?

2) En caso de que se responda a la primera cuestión prejudicial que solo deberá tenerse en cuenta el volumen de negocios de la propia persona jurídica controlada, ¿debe interpretarse el criterio de actividad mencionado en dicha cuestión

en el sentido de que

el volumen de negocios que se genera cuando terceros usuarios depositan residuos en un vertedero que explota la persona jurídica controlada por encargo de los poderes adjudicadores que ejercen el control debe tener la consideración de volumen de negocios derivado de la ejecución de los cometidos que le han sido

asignados a la persona jurídica por los poderes adjudicadores que la controlan, teniendo en cuenta que la persona jurídica controlada compite, en dicha actividad de explotación, entre otros, con particulares?»

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 12, apartados 1, 3 y 5, de la Directiva 2014/24/UE (en lo sucesivo, «Directiva 2014/24»)

Considerandos 1, 5, primera frase, 31 y 32, párrafo primero, de la Directiva 2014/24

Artículos 22 y 24 de la Directiva 2013/34/UE (en lo sucesivo, «Directiva 2013/34»)

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Artículos 2.24, apartado 1, 2.24a y 2.24b de la Aanbestedingswet van 2012 (Ley de Contratos del Sector Público de 2012; en lo sucesivo, «Ley de Contratos del Sector Público»)

Artículos 2:405, 2:406 y 2:410 del Burgerlijk Wetboek (Código Civil)

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 AVR (en lo sucesivo, «demandante») es una empresa comercial de tratamiento de residuos.
- 2 En 1995, los municipios de la provincia de Frisia constituyeron Afvalsturing Friesland NV (en lo sucesivo, «AF») como empresa común de tratamiento de residuos sin ánimo de lucro. AF está al frente de un grupo de filiales que también operan en ámbitos distintos del tratamiento de residuos. AF formula cuentas anuales consolidadas en las que consolida sus estados datos financieros con los de sus filiales, otras sociedades del grupo y otras personas jurídicas sobre las que puede ejercer un control dominante o cuya gestión centraliza.
- 3 Los municipios de Barendrecht, Albrandswaard y Ridderkerk (en lo sucesivo, «municipios BAR») están ubicados en la provincia de Holanda Meridional y han constituido la sociedad anónima BAR-Afvalbeheer (en lo sucesivo, «BAR») como organización sin ánimo de lucro encargada del tratamiento de residuos.
- 4 NV Irado (en lo sucesivo, «Irado») fue constituida por otros tres municipios de Holanda Meridional como organización sin ánimo de lucro encargada del tratamiento de residuos y de la gestión del espacio público. Desde 2017, Irado encarga el tratamiento de los residuos domésticos no reciclables a AF y, ese mismo año, se convirtió en accionista de AF.

- 5 Por encargo de los municipios de la provincia de Frisia, AF explota por sí misma (esto es, no por medio de una de las sociedades de su grupo) un vertedero de residuos (en lo sucesivo, «vertedero») en el que se depositan residuos no domésticos no reciclables, en particular, residuos industriales y residuos procedentes de recuperación de suelos.
- 6 En los Países Bajos, a los vertederos se les aplica la planificación de capacidad recogida en el tercer Plan Nacional de Gestión de Residuos (en lo sucesivo, «PNGR»). En el seno de esta planificación, los vertederos son explotados en los Países Bajos tanto por particulares como por entidades públicas.
- 7 Hasta el 31 de diciembre de 2019, cada uno de los municipios BAR tenía su propio contrato con diversas empresas de tratamiento de residuos y la demandante trataba los residuos domésticos no reciclables de dichos municipios sobre la base de los citados contratos. En 2019, los municipios BAR decidieron que BAR participase en el capital social de Irado, al tiempo que encargaron a esta última la recogida y el tratamiento de sus residuos domésticos no reciclables. El 13 de diciembre de 2019, Irado y AF celebraron un contrato relativo, entre otras cosas, al tratamiento de los residuos domésticos no reciclables de los municipios BAR. El 20 de diciembre de 2019, BAR e Irado celebraron un contrato de servicios relativo, en particular, al tratamiento de los residuos domésticos no reciclables de los municipios BAR. El 31 de diciembre de 2019, BAR se convirtió en accionista de Irado.
- 8 La demandante interpuso ante el rechtbank Den Haag (Tribunal de Primera Instancia de La Haya) un recurso contencioso-administrativo por el que solicitaba que se anulasen o bien que se resolvieran o no se ejecutasen los contratos celebrados entre Irado y AF, por un lado, e Irado y BAR, por otro, para los cuales, a su juicio, debió haberse convocado una licitación.
- 9 El rechtbank Den Haag desestimó estas pretensiones.
- 10 La demandante interpuso recurso de apelación contra esta sentencia ante el gerechtshof Den Haag (Tribunal de Apelación de La Haya) y reclamó a las demandadas una indemnización de daños y perjuicios.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento

Marco jurídico

- 11 En su sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), apartado 50 (en lo sucesivo, «sentencia Teckal»), el Tribunal de Justicia declaró que no se aplicarán las normas sobre contratación pública cuando un poder adjudicador adjudica un contrato a una persona distinta de ella sobre la que ejerce el control cuando dicha persona realice la parte esencial de su actividad con el

ente que la controla. Este último requisito es conocido como «criterio de actividad».

- 12 El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación. No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos. Por otro lado, la cooperación entre entidades públicas exentas no podrá acabar falseando la competencia con respecto a los operadores privados [considerando 31 de la Directiva 2014/24; véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308; en lo sucesivo, «sentencia Carbotermo»), apartado 59].
- 13 En este contexto, resulta decisivo el criterio de actividad. Se cumple dicho criterio si más del 80 % de las actividades de la persona jurídica controlada las lleva a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador (considerando 33 y artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24). En tal caso, en el que la persona jurídica controlada realiza lo esencial de su actividad para el poder adjudicador y, por tanto, cualquier otra actividad tenga carácter marginal, no existirá una competencia efectiva (sentencia Carbotermo, apartado 62), mientras que, al contrario, sí existirá.
- 14 Además, en la sentencia Undis Servizi, el Tribunal de Justicia ha señalado que toda excepción a la aplicación de la obligación de licitación es de interpretación estricta (apartado 29). Dado que una autoridad pública tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios recursos, estará justificada la excepción en lo que respecta a las adjudicaciones denominadas «in house» cuando la entidad adjudicataria forme parte casi de los servicios internos del poder adjudicador (aun cuando sea una entidad jurídica distinta de este último) y este poder adjudicador, pues, «recur[r] a sus propios medios» (apartado 30). Para ello se requiere que el poder adjudicador ejerza sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y que dicha entidad realice la parte esencial de sus actividades en beneficio del poder adjudicador (apartado 31).

Alegaciones de las partes

- 15 En el procedimiento principal, la cuestión esencial que se dirime consiste en saber si AF cumple el criterio de actividad.
- 16 A juicio de la demandante, para la aplicación del criterio de actividad ha de tenerse en cuenta el volumen de negocios consolidado. En efecto, ha de partirse del volumen de negocios del grupo o de la empresa de la que forma parte la persona jurídica controlada (en el sentido de una unidad económica, que puede estar compuesta por varias personas físicas o jurídicas), porque solo de esa manera

puede tenerse suficientemente en cuenta la realidad fáctica y económica. La demandante señala que AF está vinculada desde un punto de vista económico y organizativo a sus sociedades filiales, de forma que existe de hecho una única empresa. Si solo se tuviera en cuenta el volumen de negocios de la propia persona jurídica controlada, ello daría lugar a un número injustificadamente elevado de excepciones a la aplicabilidad de la Directiva 2014/24 y, de este modo, a una menor competencia, lo cual sería contrario al objetivo de las normas sobre contratación pública. Además, una persona jurídica controlada eludiría la proporción 80/20 operando en el seno de un grupo y, en tal contexto, desarrollando más del 80 % de sus actividades en beneficio del poder adjudicador que la controla y dejando que una o varias de las sociedades del grupo operen en el mercado libre.

- 17 Según las demandadas, en el cálculo del porcentaje del volumen de negocios de las actividades que desarrolla AF en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan (en lo sucesivo, «volumen de negocios realizado en el ejercicio de los cometidos») deberá tomarse como referencia el volumen de negocios de la propia AF, pues el artículo 12, apartado 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 2014/24 remite a las actividades de la *persona jurídica* y, de acuerdo con el artículo 12, apartado 5, de dicha Directiva, también puede tomarse como referencia un indicador alternativo de actividad, como los gastos que haya realizado la *persona jurídica* de que se trata en relación con los servicios en cuestión, y este volumen de negocios es superior al 80 %, de modo que no se aplicarán las normas sobre contratación pública. Si se parte del volumen de negocios consolidado, incluiría también el volumen de negocios de otras personas jurídicas, lo cual constituiría una aplicación *contra legem* del criterio de actividad. Por último, las demandadas sostienen que si hubiera de tomarse como referencia un volumen de negocios distinto del de la persona jurídica controlada, el volumen de negocios consolidado no constituiría una referencia adecuada, pues las normas sobre consolidación son excesivamente técnicas e imbricadas y recogen también muchas excepciones.
- 18 En cuanto atañe a la segunda cuestión prejudicial, la demandante subraya que en el vertedero de que se trata no se pueden depositar residuos domésticos no reciclables y que AF, en dicho vertedero, compite con empresas privadas, por lo que el volumen de negocios que obtiene del vertedero no puede tenerse en cuenta como volumen de negocios realizado en el ejercicio de los cometidos.
- 19 Las demandadas subrayan que la Provincia puede conceder una exención para el vertido de flujos residuales procedentes del tratamiento de los residuos domésticos, e invocan la sentencia Carbotermo, en la que el Tribunal de Justicia declaró que el volumen de negocios procedente de actividades de vertido (en lo sucesivo, «volumen de negocios de vertidos») ha de tenerse en cuenta como volumen de negocios obtenido en el ejercicio de los cometidos, con independencia de que las operaciones se realicen por empresas. En efecto, como se desprende de dicha sentencia, las actividades que la persona jurídica controlada realiza para la entidad o entidades que la controlan en virtud de decisiones de adjudicación no

solo pueden beneficiar a los propios poderes adjudicadores que la controlan, sino también a «terceros usuarios». Cuando esos terceros usuarios pagan por ello, como ocurre en el caso de autos, este volumen de negocios deberá también tenerse en cuenta como volumen de negocios relativo a los cometidos confiados.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 20 En cuanto atañe a la aplicación del criterio de actividad, habida cuenta de las tesis divergentes de las partes al respecto y del hecho de que la jurisprudencia antes citada no ofrece una respuesta concluyente en el presente asunto, al órgano jurisdiccional remitente no le queda claro si, a la hora de determinar el volumen de negocios, debe tenerse en cuenta el propio volumen de negocios de AF o bien el volumen de negocios consolidado, y cómo, en tal caso, debe determinarse el volumen de negocios consolidado. La determinación del volumen de negocios reviste una importancia decisiva para responder a la cuestión de si las normas sobre contratación pública son o no aplicables y, por tanto, para la resolución del litigio principal.
- 21 Si es el propio volumen de negocios de AF el que debe tenerse en cuenta, habrá de responderse a la cuestión de si el volumen de negocios de AF realizado con las actividades del vertedero puede tener la consideración de volumen de negocios obtenido en el ejercicio de los cometidos confiados resultará decisiva para responder a la cuestión de si se cumple el criterio de actividad y, por tanto, para la resolución del litigio. De la sentencia Carbotermo se desprende que el volumen de negocios realizado por terceros puede tener la consideración de volumen de negocios realizado en el ejercicio de los cometidos. El volumen de negocios fundamental para una empresa controlada es, en efecto, el que se realiza en virtud de decisiones de adjudicación, incluido el que, en ejecución de las decisiones, se deriva de la realización de actividades para los usuarios. En efecto, las actividades que han de tenerse en cuenta son todas las actividades que la empresa a la que se ha adjudicado el contrato público realiza en el marco de la adjudicación, con independencia de si es el propio poder adjudicador o el usuario el que se beneficia de ellas. No importa quién remunera a la empresa en cuestión, el poder adjudicador o los terceros usuarios de los servicios (sentencia Carbotermo, apartados 65 a 67). A lo anterior se le contrapone el argumento formulado por la demandante de que AF, en su condición de persona jurídica controlada, compite en la explotación del vertedero con particulares, de modo que no queda por completo claro si el volumen de negocios que obtiene por las actividades del vertedero puede ser visto como volumen de negocios en el ejercicio de los cometidos confiados. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente considera necesario plantear la segunda cuestión prejudicial.