

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: la obligación de las sociedades mercantiles dependientes de la Administración de aplicar la legislación de contratación pública en los supuestos de que su actividad no tenga carácter mercantil (La sentencia del TJCE de 16 de Octubre de 2003, que declara el incumplimiento del Reino de España de la Directiva 93/97/CEE sobre procedimientos de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y equipamientos penitenciarios)(*)

Juan Antonio Carrillo Donaire

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

La progresiva ampliación en el tiempo de la cosa pública ha ejercido una influencia determinante en la configuración orgánica de la Administración. La organización llamada a gestionar el conjunto de servicios y funciones que

(*) En el momento de corregir las pruebas de esta crónica se ha publicado la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos de 2004, cuyo art. 67 modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con la pretensión de ajustarla a la línea jurisprudencia que aquí se comenta. En concreto, se modifica el art. 2.1 de la Ley de Contratos para incluir en su ámbito a las sociedades mercantiles que satisfagan necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, a las que serán de aplicación las prescripciones de la ley

integran el ámbito de lo público ha variado con el tiempo en dimensión y características, produciéndose un doble fenómeno de signo opuesto: en algunas etapas la tendencia ha sido el incremento de las prestaciones asumidas directamente por el propio aparato administrativo; en otras, como la que vivimos desde hace tiempo, se produce una “devolución” de actividades al sector privado. La continua superposición del ámbito jurídico de lo público y de lo privado ha sido una constante en este proceso. En este contexto, se ha venido destacando una progresiva huida del Derecho público a través de entes instrumentales de la Administración que, en aras del principio de eficacia, someten su actuación al régimen jurídico privado con el objeto de eludir las rigideces que impone la gestión pública. La utilización del Derecho Privado por la Administración es un fenómeno que se viene produciendo desde la misma emergencia de la Administración contemporánea. No obstante, su uso no ha tenido siempre la misma frecuencia o intensidad, siendo evidente que su intensificación ha venido de la mano del modelo de Estado social, en el que la actividad prestacional pública y la de “dación de bienes al mercado” –como la calificara VILLAR PALASÍ– encuentra su razón de ser y acomodo natural.

En particular, los últimos años de la década de los ochenta han marcado el inicio de una etapa caracterizada por la utilización creciente del Derecho Privado, bien por personificaciones públicas que utilizan parcialmente ese Derecho¹, bien

relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios que superen determinadas cuantías. Para el resto de contratos siguen siendo aplicables los principios de publicidad y concurrencia. Con ello, estas sociedades se equiparan en su régimen de contratación al que la ley establecía para las Entidades Públicas empresariales que no estuvieran comprendidas en el art. 1.3 (fundamentalmente las que desarrollan una actividad de carácter mercantil o industrial). Asimismo, la reforma introduce un mero precepto en la Ley de Contratos (el art. 60 bis.) que contempla la posibilidad de que los interesados soliciten la adopción de medidas cautelares de carácter provisional ante la infracción de la ley por parte del órgano de contratación, todo ello en la línea demandada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por la doctrina (véase, en este sentido, el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA que se cita en la nota a pie núm. 5). La conclusión, un tanto apresurada, que cabe extraer de esta reforma es que la misma se mueve en la intención de acomodar las prescripciones legales al Derecho Comunitario, aunque continúa sin adaptar la perspectiva puramente material en la que dicho Derecho se desenvuelve; de modo que el régimen contractual aplicable sigue dependiendo en buena medida de la forma de personificación del ente, pues ante una misma actividad bien mercantil y bien de interés público, el régimen aplicable será distinto en función de que el sujeto que la desarrolle tenga forma de Entidad Pública empresarial o de sociedad mercantil.

¹ Como ha señalado SALA ARQUER, manteniendo la forma pública y utilizando al mismo tiempo el Derecho Privado se disfrutaban de las ventajas de los dos ordenamientos, ya que así se escapa también de los controles que el Derecho Mercantil impone a las personas privadas, “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, REDA, núm. 75, 1992, p. 402.

mediante la creación de personas privadas sometidas únicamente al mismo. Esta huida del Derecho Público puede estar justificada cuando lo que se gestiona por procedimientos del Derecho privado son funciones mercantiles y empresariales de los entes públicos, pero resulta menos comprensible y justificado cuando se ejercen funciones y actividades fundamentalmente administrativas, poniéndose aquí en clara evidencia el problema de fondo que plantea la utilización del Derecho privado por la Administración: la elusión de las garantías para los terceros que se relacionan con ella, así como de las que el Derecho administrativo establece para la consecución del interés general. Así, entre otras importantes consecuencias, esta huida del Derecho administrativo determina que se inapliquen los procedimientos de control de gasto y los de selección de contratistas, que son materias que comprometen directamente la esfera de la contratación pública.

No obstante, en los últimos años, el legislador y la jurisprudencia han reaccionado estableciendo límites y pretendiendo racionalizar el uso del Derecho privado por parte de las Administraciones Públicas. Esta tendencia ha ido en aumento desde que la Ley 30/1992 definiera un concepto amplio de Administración Pública, esencialmente fundado en el ejercicio de autoridad más que en la naturaleza jurídica del sujeto. Posteriormente, la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, abundó en la misma línea, añadiendo una voluntad racionalizadora del fenómeno. Finalmente, la legislación de contratos, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio para refundir la Ley 13/1995 con las modificaciones introducidas por la Ley 53/1999, pretende aplicar esa lógica racionalizadora al ámbito de la contratación pública.

Así, el ámbito subjetivo de aplicación de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es algo más amplio que el de la Ley 30/1992, aunque de similar corte y significación. Su artículo 1.2 incluye dentro de su ámbito, en todo caso, a las Administraciones territoriales y a los Organismos Autónomos; en cambio, las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, únicamente se someten a la Ley cuando cumplan con dos requisitos: que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Ad-

ministraciones Públicas y otras Entidades de Derecho público². Asimismo, cuando dichas Entidades de Derecho Público no cumplan con tales requisitos también se les aplicara parcialmente la legislación de contratos públicos, ya que algunos contratos siempre se regirán por sus prescripciones relativas a capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación. Estos contratos son los de obras consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros (siempre que su importe se sitúe dentro de ciertas cuantías y la principal fuente de financiación de los mismos proceda directa o indirectamente de las Administraciones Públicas). Finalmente, en virtud de la Disposición Adicional 6ª de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los Entes de personificación privada participados mayoritariamente, directa o indirectamente, por las Administraciones Públicas, sus Organismos Autónomos o Entidades de Derecho Público, tendrán que ajustar su actividad contractual a los principios de contratación básicos en el sector público, el de publicidad y el de concurrencia³. Únicamente se exceptionará este régimen en el caso de que tales principios resulten incompatibles con la naturaleza de la actividad a realizar por las Entidades Instrumentales resulten por su naturaleza incompatibles con dichos principios (publicidad y concurrencia).

Estos datos que proporciona el ordenamiento administrativo se inspiran en la convicción de que la Administración Pública no es libre a la hora de utilizar el Derecho por el que va a regir su actividad. Sin embargo, no puede decirse que la cláusula de exención de la aplicación del régimen común de la contratación pública fundada en la forma jurídico privada de la entidad, en los términos que sienta la citada Disposición Adicional 6ª de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sea conforme a los principios que inspiran la normativa comunitaria sobre contratación pública. Más bien al contrario, como ha afirmado con toda razón la Profa. MONTOYA MARTÍN, puede decirse

² Con ello, la Ley pretende incorporar el concepto de “organismo de Derecho público” que utilizan las Directivas Comunitarias: la Directiva 92/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, la Directiva 93/37 de obras, la Directiva 93/36, de suministros (todas ellas parcialmente modificadas por la Directiva 97/52), así como la Directiva 93/38 sobre contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (los llamados sectores excluidos). *Vid.* GIMENO FELIÚ, J.Mª., “Una valoración crítica sobre el procedimiento y el contenido de las últimas reformas legales en contratación pública”, RAP, núm. 144, pp. 129 y ss.

³ Como ha estudiado con exhaustividad PEREZ MORENO, A., en “La contratación de los entes instrumentales. Sociedades mercantiles y demás entidades del sector público”, en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dirigidos por GOMEZ-FERRER MORANT), Civitas, Madrid, 1996, p. 866 y ss.

que “es palmariamente contrario al ordenamiento jurídico comunitario de la contratación la exclusión en bloque del ámbito subjetivo del Texto Refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas operada por mor de la Disposición Adicional Sexta de las sociedades mercantiles públicas por el solo dato formal de su personalidad jurídica de Derecho privado”⁴. Más recientemente, el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, ha notado las disfunciones que la legislación de contratos española provoca cuando es confrontada con el Derecho Comunitario Europeo, tanto desde el punto de vista del ámbito subjetivo de aplicación como por la imprevisión de fórmulas de tutela cautelar de naturaleza pre-contractual⁵.

En efecto, en el Derecho Comunitario Europeo, el concepto de Administración pública dista de los conceptos nacionales formalmente más apegados a la concepción orgánica clásica del aparato administrativo. El concepto comunitario de Administración está orientado sobre una idea más funcional y objetiva que subjetiva; sólo así es posible garantizar la mayor aplicación del Derecho Comunitario Europeo y extender su “efecto útil”. De este modo, la noción comunitaria de “organismo de Derecho público” que preside el elemento subjetivo en materias como la contratación pública, la intervención económica a través de empresas públicas y la prestación de servicios de interés económico general, o el régimen de ayudas públicas, no se identifica con el concepto nacional de Administración Pública y es más amplio⁶. Son paradigmáticas, en este sentido, las Directivas producidas en materia de contratación pública, donde la noción de “poder adjudicador” no se corresponde con la de Administración⁷; así como la Directiva 90/313/CEE sobre acceso a la información en materia de medio ambiente, que manejan un concepto flexible y muy abierto de lo que pueda considerarse un “organismo de Derecho público”, en el que tanto las empresas del sector público como operadores privados

⁴ “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de “poder adjudicador” en las Directivas de la contratación pública, servicios, suministros y obras”, en el núm. 41 de esta Revista, 2001, pp. 152 y 153.

⁵ “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas”, REDA núm. 119, 2003, pp. 471 y ss.

⁶ En este sentido, *vid.*, CHITI, M.P., “El organismo de Derecho público y el concepto comunitario de Administración pública”, Justicia Administrativa, núm. 11, 2001, pp. 33 y ss.

⁷ *Vid.*, la excelente y muy completa exposición de MONTOYA MARTÍN, E., *op. cit.*, pp. 121 y ss.

pueden tener encaje. A la vista de estos datos se ha llegado a afirmar incluso que el concepto de Administración pública en el ámbito comunitario “aparece como un concepto por entero material, sobre el que tal vez deberían recapitar los administrativistas españoles, y más en general, todos los iuspublicistas, a fin de reconstruir el Derecho público en la única clave adecuada a un Estado de Derecho plenamente desarrollado, esto es, la de las funciones públicas”⁸. De lo que no cabe duda es que la interpretación judicial del concepto de “organismo público” que manejan todas las Directivas sobre contratación es determinante para conocer el ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública en cada Estado miembro⁹.

El concepto clave para la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos es la mencionada noción de “poder adjudicador” que se deriva del concepto comunitario de “organismo público”. De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE¹⁰, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de las Directivas de contratación, una entidad debe cumplir tres requisitos acumulativos: ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; tener personalidad jurídica; y, en último lugar, que su actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (véase la STJCE “*Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*”, de 15 de enero de 1998 –As. C-44/1996–, y la más reciente STJCE de 15 de mayo de 2003, “*Comisión/España*” –As. C-214/2000–).

A fin de dotar del mayor alcance al ámbito de aplicación de las Directivas, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que las nociones de “organismo público” y de “poder adjudicador” han de interpretarse en un sentido funcional, desprovisto de consideraciones formales o subjetivas. La consecuencia de ello es que el Tribunal de Justicia no atiende a las formas jurídicas que los Estados definan para actuar sus competencias. Lo relevante para que un ente u organismo sea considerado “poder adjudicador” y que, por lo tanto, le sean de aplicación los principios y procedimientos de la contratación pú-

⁸ DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L., “La formación del Derecho Administrativo europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, 1993, pp. 299.

⁹ Véase BAÑO LEÓN, J.M^a., “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *RAP*, núm. 151, 2000, pp. 11 y ss.

¹⁰ Ampliamente comentada por la Profa. MONTROYA en el artículo publicado en el núm. 41 de esta *Revista cit. supra*, en especial, pp. 130 y ss.

blica, es que satisfaga necesidades de interés general y que tenga una dependencia efectiva (en los planos financiero y directivo) del poder público, prescindiendo de cuál sea su forma jurídica, incluso aunque ésta sea la de una sociedad mercantil.

En esta línea interpretativa se inserta la reciente sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 16 de octubre de 2003, por la que se declara el incumplimiento por parte del Reino de España de las obligaciones que le incumben en relación con la Directiva 93/97 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Los antecedentes del caso conciernen a la Sociedad estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S. A. (SEIEPSA), de capital 100% público, creada por el Ministerio de Justicia e Interior con la finalidad de canalizar a través de esta sociedad la construcción y gestión de las cárceles y demás infraestructuras penitenciarias. Como puede extraerse de la argumentación de la sentencia que se transcribe en esta crónica, el núcleo del debate se centra en la naturaleza mercantil o no mercantil (de interés general) que desarrolla dicha Sociedad. La tesis de la Comisión, finalmente acogida por la Sala sentenciadora, es que la actividad de contratación y promoción de equipamientos e infraestructuras penitenciarias no tiene carácter mercantil, pues no es una actividad que el sector privado preste en régimen de concurrencia, sino que se corresponde con una misión de interés general que sólo corresponde gestionar al Estado. Para el Gobierno español, en cambio, la actividad de promoción de infraestructuras que realiza esta entidad tiene carácter mercantil a los efectos de la Directivas sobre contratación de obras públicas, lo que justifica –por lo demás– que dicha entidad tenga forma jurídica privada y que su actividad escape a la aplicación de la normativa, comunitaria y nacional, sobre contratación pública.

Antes de remitirnos a los pasajes que la sentencia dedica a dicho problema, conviene tener presente la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la naturaleza mercantil o no de las actividades de los “organismos públicos” a los efectos de la aplicación del Derecho comunitario sobre contratación pública. Sintéticamente, puede decirse que para la jurisprudencia del Tribunal de Justicia constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las tres Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado (es decir, no son concurrenciales) y que, además, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo por razones de interés general o, por idénticas razones, quiere conservar una influencia deter-

minante respecto de las mismas (véanse, en particular, las sentencias “*Adolf Truley*”, antes citada, y de 22 de mayo de 2003, “*Korhonen y otros*”, –As. C-18/2001–). Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (sentencias “*Adolf Truley*” y “*Korhonen y otros*”, antes citadas). De este modo, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia “*Korhonen y otros*”, “si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil”.

Todos estos criterios son manejados por la sentencia cuyo texto se transcribe a continuación para concluir que la actividad de SEIEPSA no tiene carácter mercantil (difícilmente pueda identificarse una actividad más anclada en el ejercicio de una función de soberanía, de “interés general” innegable, que la de promover la construcción de cárceles), de modo que a las licitaciones que promueva dicha empresa le son de aplicación las normas de la contratación pública, por mucho que su naturaleza jurídica sea la de empresa mercantil y estar exonerada de la aplicación de dichas normas por el Derecho español.

Juan Antonio Carrillo Donaire

**Extracto de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta)
de 16 de octubre de 2003**

Procedimiento administrativo previo

23. La Comisión recibió una denuncia relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato de obras para el Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocado por SIEPSA de acuerdo con el proyecto aprobado por el Ministerio de Justicia e Interior, con un presupuesto máximo de 4.392.399.500 pesetas, IVA no incluido. La licitación para el procedimiento de que se trata se había publicado en el diario «El País» del 3 de abril de 1997.

24. Mediante escrito de 24 de septiembre de 1997, la Comisión llamó la atención de las autoridades españolas sobre el hecho de que en dicha licitación se habían ignorado numerosas disposiciones de la Directiva 93/37.

25. En su respuesta de 17 de diciembre de 1997, las autoridades españolas sostenían que SIEPSA, como sociedad mercantil estatal regulada por el Derecho privado, no constituye una entidad adjudicadora en el sentido de la citada Directiva y, por tanto, sus disposiciones no son aplicables al caso de autos.

26. Como consecuencia de esta respuesta, la Comisión remitió a las autoridades españolas el 6 de noviembre de 1998 un escrito de requerimiento, en el que señalaba que SIEPSA debía considerarse como una entidad adjudicadora y que, por consiguiente, estaba obligada a someterse al conjunto de las disposiciones de la Directiva 93/37, a pesar de la redacción de la Ley 13/1995.

27. Mediante escrito de 26 de enero de 1999, las autoridades españolas transmitieron sus observaciones, que insistían en primer lugar en el argumento de que las sociedades estatales como SIEPSA están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva y de la Ley 13/1995, ya que se rigen por normas de Derecho privado. En segundo lugar, rechazaban que SIEPSA cumpla el primer requisito del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37, puesto que satisface necesidades de interés general de carácter mercantil. Además, consideraban que SIEPSA había respetado suficientemente los principios de publicidad y competencia al haber publicado anuncios de licitación en los diarios de la prensa nacional y local.

28. Al considerar insatisfactoria esta respuesta, la Comisión remitió el 25 de agosto de 1999 a las autoridades españolas, con arreglo al artículo 226 CE,

un dictamen motivado en el que recogía y completaba la argumentación expuesta en su escrito de requerimiento de 6 de noviembre de 1998 y concluía que, con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por SIEPSA, el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de determinadas disposiciones de la Directiva 93/37.

29. El Gobierno español respondió a dicho dictamen motivado mediante escrito de 22 de noviembre de 1999, en el que rechazaba el análisis de la Comisión.

30. Considerando que de las observaciones presentadas por el Gobierno español resultaba que subsistían los incumplimientos recogidos en el dictamen motivado, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el fondo

Alegaciones de las partes

31. La Comisión expone que en el procedimiento seguido para la adjudicación de las obras en cuestión se incumplieron determinados requisitos de la Directiva 93/37. Después de destacar con carácter previo que el presupuesto máximo superaba el umbral previsto por la Directiva 93/37, que en aquel momento ascendía a 5 millones de ecus, señala que el anuncio de licitación se publicó exclusivamente en la prensa nacional y no en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, contrariamente a lo que dispone el artículo 11, apartados 2, 7 y 11, de la Directiva 93/37. Por otra parte, el plazo para la presentación de las ofertas era de sólo treinta y cinco días, cuando el artículo 12, apartado 1, de la Directiva establece un plazo mínimo de cincuenta y dos días en los procedimientos abiertos.

32. La Comisión alega asimismo que, entre las condiciones exigidas para licitar, es necesario, en primer lugar, estar clasificado en veinticinco subgrupos distintos como contratistas del Estado, en segundo lugar, tener un capital social desembolsado por un importe mínimo de 1.000 millones de pesetas y, en tercer lugar, haber ejecutado en los últimos cinco años al menos cuatro contratos de obras (de los cuales, al menos, dos de edificación) con un importe mínimo final de 2.000 millones de pesetas por contrato, avalados por los correspondientes certificados. Pues bien, a juicio de la Comisión, el tercer requisito es redundante ya que, de acuerdo con el artículo 29, apartado 3, de la Directiva 93/37, la inscripción en las listas oficiales certificadas constituye una

presunción de aptitud ante las entidades adjudicadoras de los demás Estados miembros por lo que respecta a la lista de las obras ejecutadas durante los últimos cinco años.

33. La Comisión señala a continuación que entre los ocho criterios de adjudicación del contrato se encuentran «el equipo técnico adscrito permanentemente a pie de obra» y el «grado de cumplimiento de los contratos adjudicados por SIEPSA». A este respecto, destaca que ambos criterios figuran en el artículo 27 de la Directiva 93/37 entre los elementos que pueden justificar la capacidad técnica del contratista y contribuir a su selección, pero que, por el contrario, no pueden servir para determinar la mejor oferta, ya que los criterios de adjudicación que contempla el artículo 30 de la Directiva sólo pueden referirse a la prestación concreta de que se trate. La Comisión concluye que la inclusión de los dos criterios citados entre los de adjudicación del contrato es contraria a las disposiciones de los artículos 18, 27 y 30, apartado 1, de la Directiva 93/37.

34. En cuanto al criterio del precio, la Comisión indica que del pliego de condiciones se desprende que «se calificarán negativamente sin excluir las ofertas que se encuentren en baja temeraria, siendo éstas las que excedan en 10 unidades la media aritmética de las proposiciones admitidas». Pues bien, según la Comisión, la calificación negativa automática de las ofertas consideradas en baja temeraria produce un efecto equivalente a la exclusión automática de estas ofertas, sin posibilidad de justificación del precio, lo que constituye una práctica contraria al artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37.

35. La Comisión concluye de lo anterior que, al organizar la licitación de que se trata, SIEPSA debería haber cumplido las disposiciones relevantes de la Directiva 93/37, ya que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros. A este respecto, la Comisión se remite concretamente a la sentencia de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda (C-353/96, Rec. p. I-8565), apartado 23, de donde resulta que las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos quedarían privadas de efecto útil si el comportamiento de una entidad adjudicadora no fuera imputable al Estado miembro de que se trate.

36. El Gobierno español no niega que la licitación relativa al procedimiento de adjudicación del contrato de obras para el Centro Educativo Peni-

tenciario Experimental de Segovia convocado por SIEPSA no cumplía las exigencias de la Directiva 93/37, pero alega que esta sociedad no puede ser considerada como entidad adjudicadora en el sentido de dicha Directiva.

37. Con carácter general, el Gobierno español aduce que la Directiva 93/37, al igual que las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), y 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), no incluye en el concepto de organismo de Derecho público a las sociedades mercantiles bajo control público, tales como SIEPSA. Esta observación se ve corroborada por el hecho de que la Directiva 93/38 distingue entre el concepto de organismo de Derecho público, idéntico en las cuatro Directivas, y el de empresa pública, cuya definición se corresponde con la de sociedad mercantil pública.

38. A este respecto, el Gobierno español señala que el legislador comunitario era consciente de que, en el sector privado, numerosas entidades, aunque adopten la forma de empresas públicas, cumplen específicamente una finalidad puramente mercantil, pese a su vinculación con el Estado, y actúan en el mercado según las normas de la libre competencia y en condiciones de igualdad con el resto de las empresas privadas con un ánimo estrictamente lucrativo. Por tanto, éste sería el motivo por el cual el legislador limitó el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 a los organismos que cumplan conjuntamente los tres requisitos enunciados en su artículo 1, letra b).

39. Pues bien, aunque este Gobierno reconoce que SIEPSA cumple los dos últimos requisitos del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37, alega que presenta las características de una sociedad mercantil, puesto que su finalidad y funciones son típicamente mercantiles y satisface por tanto necesidades de interés general de carácter mercantil, con lo cual no se cumple el primer criterio de dicha disposición.

40. Además, el Gobierno español hace referencia a la lista incluida en el anexo I, parte V, de la Directiva 93/37, que contiene las categorías de organismos españoles de Derecho público que reúnen los criterios enumerados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de dicha Directiva, y alega que SIEPSA no pertenece a ninguna de esas categorías, al no ser un Organismo Autónomo ni estar sometida a la legislación española sobre contratos públicos.

41. El Gobierno español manifiesta que SIEPSA no está comprendida en el ámbito de aplicación personal de la Ley 13/1995, que, según se desprende

de su artículo 1, no incluye ni hace referencia a las sociedades mercantiles estatales. En efecto, a su juicio, únicamente la disposición adicional sexta de dicha Ley se refiere de forma expresa a estas sociedades estatales, imponiéndoles así la aplicación estricta de los principios de publicidad y competencia en los procedimientos de adjudicación de contratos que convoquen, principios que SIEPSA había respetado en el presente caso.

42. En opinión del Gobierno español, dicha exclusión del ámbito de aplicación personal de la normativa española sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos y, por tanto, de la normativa comunitaria sobre contratos públicos, se explica por el hecho de que, en el ordenamiento jurídico español, los organismos públicos con estatuto jurídico privado, categoría constituida por sociedades mercantiles bajo control público, tales como SIEPSA, satisfacen en principio necesidades de interés general, lo que explica que estén bajo control público, pero necesidades que tienen carácter mercantil o industrial, ya que, en otro caso, no constituirían el objeto de una sociedad mercantil.

43. Por lo que se refiere más concretamente a SIEPSA, el Gobierno español señala que la principal misión encomendada a esta sociedad, a saber, la construcción de nuevos centros penitenciarios adecuados a las necesidades de la sociedad, consiste en una necesidad de interés general de carácter mercantil, que sirve al objetivo último de contribuir a la política penitenciaria, que pertenece también al interés general.

44. SIEPSA se creó para garantizar la realización de cuantas actividades resulten necesarias para la correcta gestión de los programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, ya sea por sí misma o por medio de terceros. Se caracteriza como una entidad típicamente mercantil e incluso se rige por el Derecho mercantil, sin perjuicio de las excepciones previstas en particular en materia presupuestaria, contable y de control financiero.

45. En efecto, para satisfacer dichos fines, realiza actos que han de ser objetivamente calificados de mercantiles, como la localización y adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción.

46. El Gobierno español señala que, mediante el ejercicio de estas actividades, SIEPSA obtiene un beneficio y que la realización de transacciones para generar beneficios es una actividad típicamente mercantil, que sólo puede

llevarse a cabo por una sociedad sujeta al juego de las normas mercantiles del sector privado, con el que necesariamente ha de entrar en contacto. Añade que la actividad de esta sociedad no puede calificarse de administrativa, ya que su objetivo es obtener medios o recursos económicos como cualquier otro empresario, aun cuando estos recursos se apliquen, en último término, a otros fines de interés general.

47. Invocando el apartado 47 de la sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821), en el que el Tribunal de Justicia precisó que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público, el Gobierno español alega que, esté o no sometida a la competencia del mercado, SIEPSA realiza una actividad de carácter mercantil, lo que la excluye sin más del concepto de entidad adjudicadora utilizado por la Directiva 93/37.

48. A juicio de dicho Gobierno, el sometimiento de las sociedades mercantiles estatales como SIEPSA al Derecho privado no es tanto la causa como la consecuencia de su propia naturaleza. A este respecto, precisa que el carácter mercantil de dicha sociedad no se le atribuye por su sometimiento al Derecho privado, sino que es precisamente el carácter mercantil de su actividad el que le confiere sus características y tiene como consecuencia que esté sujeta al Derecho privado.

49. El Gobierno español considera que su tesis es la única que respeta la definición autónoma del criterio de que las necesidades de interés general no tengan carácter industrial o mercantil, tal como se desprende de los apartados 32 y 36 de la sentencia BFI Holding, antes citada. Alega que, dado que el Estado sirve al interés general y que posee una participación mayoritaria en las sociedades mercantiles estatales, es lógico pensar que éstas satisfarán siempre, en mayor o menor medida, el interés general. Ahora bien, si bastase con que el organismo cumpliera una misión de interés general, como la de contribuir a aplicar sanciones, para calificarlo de entidad adjudicadora, entonces el criterio de que dicha misión no ha de tener carácter industrial o mercantil no tendría ningún sentido.

50. Por tanto, el Gobierno concluye que se ha de aplicar a SIEPSA el mismo trato que se reserva a las empresas que suministran gas, electricidad o agua, sectores que responden a necesidades esenciales para la sociedad y que actualmente están en manos de empresas totalmente privadas. Subraya a este respecto que dichas empresas también cumplen otros objetivos de interés general de carácter más amplio, puesto que garantizan, en particular, el buen funcionamiento de ámbitos esenciales de la vida productiva nacional.

51. En cambio, la Comisión considera que SIEPSA cumple todos los requisitos establecidos en el artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37 y, por tanto, que constituye una entidad adjudicadora en el sentido de dicha Directiva.

52. Con carácter previo, la Comisión señala que el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/37 está determinado por la propia Directiva y no por normas nacionales y que, por consiguiente, la calificación de SIEPSA según el Derecho español carece de relevancia. La Comisión recuerda que, al adaptar su Derecho interno a las directivas comunitarias, los Estados miembros están obligados a respetar el sentido de los términos y conceptos empleados en éstas, a fin de garantizar la uniformidad de la interpretación y de la aplicación de los textos comunitarios en los distintos Estados miembros. En consecuencia, la Comisión afirma que las autoridades españolas están obligadas a dar a la expresión «organismo de Derecho público», utilizada en la Directiva 93/37, el mismo sentido que tiene en el Derecho comunitario. Por ello, a juicio de la Comisión, si la Ley 13/1995 excluye a SIEPSA del ámbito de aplicación de las normas de Derecho comunitario sobre adjudicación de contratos públicos, es debido a que el Derecho español no ha sido correctamente adaptado a la Directiva 93/37.

53. Además, la Comisión alega que la interpretación funcional del concepto de «entidad adjudicadora» y, por tanto, de «organismo de Derecho público» adoptada en reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia implica que este último concepto engloba las sociedades mercantiles bajo control público, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37.

54. Por lo que se refiere a la supuesta distinción realizada por la Directiva 93/38 entre los conceptos de organismo de Derecho público y de empresa pública, la Comisión indica que esta Directiva no aclara el concepto de organismo de Derecho público, definido del mismo modo en las cuatro Directivas de que se trata, sino que extiende el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias sobre contratos públicos a determinados sectores (agua, energía, transportes y telecomunicaciones) excluidos de las Directivas 93/36, 93/37 y 92/50, con el fin de abarcar ciertas entidades con una actividad importante en los sectores mencionados, a saber, las empresas públicas y las que disfrutaban de derechos exclusivos o especiales concedidos por las autoridades. Además, la Comisión considera necesario recordar que el concepto de empresa pública siempre se ha distinguido del concepto de organismo de Derecho público, en la medida en que los organismos de Derecho público se crean para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no ten-

gan carácter industrial o mercantil, mientras que las empresas públicas actúan para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil.

55. La Comisión rechaza asimismo la interpretación del Gobierno español que hace depender el concepto de «organismo de Derecho público» de las listas que contiene el anexo I de la Directiva 93/37 para cada Estado miembro, con el resultado de que un concepto comunitario termina teniendo significados diferentes en función de la forma en que las distintas listas del anexo I se hayan elaborado.

56. A juicio de la Comisión, la interpretación que preconiza el Gobierno español va en contra del objetivo principal de la Directiva 93/37, recogido en su segundo considerando, y es asimismo contrario al artículo 1, letra b), párrafo tercero, de esta Directiva, según el cual dichas listas «son lo más completas posible». La Comisión destaca que esta expresión sólo puede entenderse en el sentido de que las listas no son exhaustivas y que esta interpretación fue confirmada por el Tribunal de Justicia en el apartado 50 de la sentencia BFI Holding, antes citada. Concluye de ello que el hecho de que las sociedades estatales no figuren, directa o indirectamente, en la lista de «organismos de Derecho público» del anexo I, parte V, de la Directiva 93/37 no significa que queden excluidas de dicho concepto, definido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de dicha Directiva.

57. Por lo que respecta, más concretamente, a los requisitos mencionados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, la Comisión señala que dicha disposición no hace mención alguna del régimen, público o privado, bajo el que se constituyeron los organismos de Derecho público, ni de la forma jurídica adoptada, sino que más bien se interesa por otros criterios, entre los cuales se encuentra el fin con el que se crearon los organismos de que se trata.

58. Pues bien, la Comisión considera que SIEPSA se creó específicamente para satisfacer una necesidad de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil, a saber, para contribuir a la aplicación de la política penitenciaria del Estado, mediante la gestión de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros.

59. La Comisión invoca el apartado 24 de la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), y alega que dicho interés general, estrechamente vinculado al orden público, al

funcionamiento del Estado, e incluso a la esencia misma del Estado como titular del monopolio del poder de represión que constituye la aplicación de las penas privativas de libertad, no tiene carácter mercantil ni industrial.

60. A continuación, la Comisión rebate el argumento del Gobierno español según el cual las sociedades que, como SIEPSA, actúan en el mercado sometidas a los principios de la libre competencia en condiciones de igualdad con el resto de las empresas privadas y persiguiendo igualmente un ánimo de lucro cumplen una finalidad puramente mercantil y están por ello excluidas del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratos públicos. En particular, la Comisión hace referencia, a modo de ejemplo, a la adjudicación de contratos de obras para la construcción de cárceles estatales y a la enajenación del patrimonio penitenciario del Estado, que constituyen dos de los objetos sociales de SIEPSA y que no pueden ser considerados como actividades sometidas a la competencia en el mercado.

61. Asimismo, la Comisión estima que del apartado 47 de la sentencia BFI Holding, antes citada, se deduce que, aunque se aceptara que SIEPSA realiza una actividad sometida a la libre competencia, dicho elemento no excluye que pueda ser calificada de entidad adjudicadora.

62. Además, la Comisión alega que carece de fundamento el argumento del Gobierno español de que todas las actividades de SIEPSA son mercantiles.

63. En primer lugar, la Comisión indica que, al contrario de lo que afirma el Gobierno español, la actividad que realiza SIEPSA no es comparable a la del sector privado. Explica que esta sociedad no oferta cárceles en el mercado (inexistente) de establecimientos penitenciarios, sino que actúa como delegada de la Administración del Estado para auxiliarla en una labor típicamente estatal: la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario. A este respecto, la Comisión señala que, según se desprende de sus Estatutos, para llevar a cabo su misión SIEPSA sigue las directrices emanadas de la Dirección General de la Administración Penitenciaria y que la enajenación de bienes inmuebles y el empleo de las cantidades que de ella resultan se realizan de conformidad con las directrices impartidas por la Dirección General del Patrimonio del Estado.

64. En segundo lugar, la Comisión pone de manifiesto que el Gobierno español separa la necesidad de construir centros penitenciarios (de la que deduce su naturaleza de interés general de carácter mercantil) del objetivo último de contribuir a la política penitenciaria (que califica de interés general).

Señala que dicha separación, además de ser artificial puesto que ambas necesidades están estrechamente vinculadas, es contraria al razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en otros casos, en los que ha declarado que la recogida y el tratamiento de las basuras domésticas (sentencia BFI Holding, antes citada) o la impresión de documentos administrativos oficiales (sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada) son necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, sin separar dichas actividades de sus objetivos últimos: salud pública y protección del medio ambiente, por una parte, y orden público y funcionamiento institucional del Estado, por otra.

65. En tercer lugar, la Comisión alega que, aunque SIEPSA actúe eventualmente con ánimo de lucro, esta finalidad no excluye que dicha sociedad pueda satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. En su opinión, si bien es posible que la búsqueda del beneficio sea un elemento distintivo de la actividad de la sociedad, del texto de la Directiva 93/37 no se desprende en absoluto que dicho objetivo impida considerar que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó SIEPSA no tienen carácter industrial o mercantil.

66. La Comisión añade que es cuestionable que la persecución del lucro sea un objetivo para una sociedad estatal como SIEPSA, financiada exclusivamente mediante fondos públicos y que se creó para elaborar y ejecutar un plan relativo a la amortización y creación de centros penitenciarios. En efecto, la Comisión considera evidente que, en tal sector, la obtención de beneficios no es un elemento que un Estado miembro considere prioritario. En apoyo de su afirmación, señala que de los «Informes económicos y financieros del sector público estatal» elaborados por la Intervención General del Estado para los ejercicios 1997 y 1998, se desprende que SIEPSA registró pérdidas considerables durante dichos ejercicios.

67. En cualquier caso, la Comisión aduce que, aun suponiendo que SIEPSA realice actividades de naturaleza mercantil, dichas actividades no son sino un instrumento que permite satisfacer una necesidad de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil, a saber, la aplicación de la política penitenciaria del Estado, para cuya satisfacción se creó específicamente la sociedad.

Apreciación del Tribunal de Justicia

68. Como se ha indicado en el apartado 36 de la presente sentencia, el Gobierno español no niega que la licitación relativa a la adjudicación del con-

trato de obras para el Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia convocado por SIEPSA no cumplía las exigencias de la Directiva 93/37, pero alega que esta Directiva no es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos convocados por dicha sociedad, puesto que ésta no puede ser considerada como organismo de Derecho público y, por tanto, como entidad adjudicadora en el sentido de la citada Directiva.

69. Con carácter previo, procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 20 y 21, y de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-0000, apartado 52).

70. En el presente caso, si bien las partes están de acuerdo en que SIEPSA cumple los requisitos contemplados en los guiones segundo y tercero del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, disienten sobre si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente SIEPSA carecen de carácter mercantil.

71. A este respecto, es preciso recordar en primer lugar que, en la sentencia Comisión/España, antes citada, el Tribunal de Justicia ya rechazó las alegaciones del Gobierno español basadas en el hecho de que, de conformidad con la normativa española aplicable en el caso, a saber, el artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995, en relación con la disposición adicional sexta de esa misma Ley, las sociedades mercantiles bajo control público, como SIEPSA, están excluidas del ámbito de aplicación personal tanto de la normativa española como de la normativa comunitaria sobre contratos públicos.

72. Más concretamente, para determinar si esta exclusión garantiza una adaptación correcta del Derecho interno al concepto de «entidad adjudicadora» recogido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), el Tribunal de Justicia, al

estimar que el ámbito de aplicación personal de esta Directiva coincide, en particular, con el de la Directiva 93/37, hizo referencia al alcance del concepto de «organismo de Derecho público» utilizado, en concreto, en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de esta última Directiva (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartados 48, 50 y 51).

73. En este contexto, el Tribunal de Justicia señaló que, conforme a reiterada jurisprudencia, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persigue la citada Directiva, dicho concepto debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 53).

74. Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia declaró, en los apartados 54 y 55 de la sentencia Comisión/España, antes citada, que, según jurisprudencia reiterada, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad como organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en dicha disposición, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de esta Directiva.

75. Además, el Tribunal de Justicia precisó que dicha interpretación, que es la única que puede preservar plenamente el efecto útil de la Directiva 93/37, no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la sociedad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el primer guión del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartados 56 y 58).

76. Esta conclusión tampoco se puede invalidar por la falta de referencia expresa, en la Directiva 93/37, a la categoría específica de las «empresas públicas», utilizada no obstante en la Directiva 93/38. Como acertadamente señaló la Comisión, esta última Directiva se adoptó con la finalidad de extender la aplicación de las normas comunitarias sobre contratos públicos a los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, que no estaban comprendidos en otras directivas. Desde esta perspectiva, el legislador comunitario, utilizando los conceptos de «poderes públicos», por un lado, y de «empresas públicas», por otro, adoptó un enfoque funcional, análogo al empleado en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. De este modo, pudo

garantizar la inclusión en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38 de todas las entidades adjudicadoras que actúen en los sectores regulados por ésta, cuando cumplan determinados criterios, siendo a este respecto indiferentes la forma y el régimen jurídico de dichas entidades.

77. Por otra parte, respecto a la pertinencia de la alegación del Gobierno español de que SIEPSA no pertenece a las categorías de organismos españoles de Derecho público que se enumeran en la lista contemplada en el anexo I de la Directiva 93/37, procede recordar que en el apartado 39 de la sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931), el Tribunal de Justicia declaró que dicha lista no tiene en absoluto carácter exhaustivo, variando considerablemente su grado de precisión de un Estado miembro a otro. El Tribunal de Justicia dedujo de ello que, si un organismo determinado no figura en dicha lista, procede comprobar, en cada caso, la situación jurídica y fáctica del mismo con el fin de analizar si satisface o no una necesidad de interés general (sentencia Adolf Truley, antes citada, apartado 44).

78. En lo que se refiere más en particular al concepto de «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva 93/37, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de precisar el alcance de dicho concepto en el contexto de diversas directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

79. El Tribunal de Justicia declaró así que dicho concepto pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate (en este sentido, sentencia Adolf Truley, antes citada, apartados 36, 40 y 45).

80. Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

81. Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Korhonen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).

82. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Korhonen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.

83. Por tanto, habida cuenta de los criterios elaborados por la jurisprudencia, procede examinar la cuestión de si las necesidades de interés general que SIEPSA pretende satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil.

84. Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

85. Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.

86. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.

87. Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA

en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.

88. En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.

89. En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.

90. Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que, como señaló la Comisión sin ser contradicha por el Gobierno español, SIEPSA registró pérdidas financieras considerables durante los ejercicios 1997 y 1998.

91. A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.

92. En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias *Adolf Truley*, apartado 42, y *Korhonen* y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

93. Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

94. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

95. En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

96. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37.

Costas

97. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas al Reino de España y haber sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarlo en costas.

Fallo

En virtud de todo lo expuesto, El Tribunal de Justicia (Sala Sexta) decide:

Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de 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, al no someterse al conjunto de las disposiciones de

dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37.

- 2) Condenar en costas al Reino de España.