

[Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, Sharengo.](#)

Esta sentencia, dando respuesta a varias cuestiones prejudiciales, depura conceptualmente cuando hay concesión, así como la exigencia de transferencia del riesgo operacional. Insiste en la uniformidad de la interpretación y la no disponibilidad conceptual por parte de las diferentes autoridades nacionales

En relación a la diferenciación de tipos de contratos afirma que:

“tanto el concepto de «contrato público», en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, como el de «concesión», en el sentido del artículo 5, punto 1, letra b), de la Directiva 2014/23, son conceptos autónomos del Derecho de la Unión y deben, por ello, interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta. De ello se deduce que la calificación jurídica que el Derecho de un Estado miembro atribuye a un contrato no es pertinente para determinar si dicho contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de una u otra de esas Directivas y que la cuestión de si un contrato debe calificarse de concesión o de contrato público debe apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de enero de 2007, Auroux y otros C-220/05, EU:C:2007:31, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, EU:C:2007:445, apartado 31, así como de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, C-348/10, EU:C:2011:721, apartado 40).

58 El artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 define los «contratos públicos» como «los contratos onerosos 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». Además, el artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva establece que «se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos

poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público».

59 En cuanto al concepto de «concesión de servicios», se define en el artículo 5, punto 1, letra b), de la Directiva 2014/23 como «un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago». Por consiguiente, y como precisa el párrafo segundo de dicho punto, «la adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

60 De la comparación de estas definiciones se desprende que **una concesión de servicios se diferencia de un contrato público por la adjudicación al concesionario del derecho, acompañado eventualmente de un precio, a explotar los servicios objeto de la concesión, disponiendo el concesionario, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de los servicios que se le conceden y por asumir, en paralelo, el riesgo vinculado a operar dichos servicios** (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2016, Promoimpresa y otros, C-458/14 y C-67/15, EU:C:2016:558, apartado 46).” (negrita nuestra)

Se constata, por tanto, **que no puede, a nivel nacional, cambiar por elección el tipo contractual si concurren las notas de otros**. Así, si

hay una transferencia de riesgos siempre tendrá naturaleza concesional¹.

En relación a la utilización de los códigos CPV, y su incorrección.

Indica el TJUE que “la mención de un código CPV erróneo no tiene consecuencias. No obstante, no sucedería lo mismo si tal error constituyese un indicio de la voluntad del poder adjudicador de perjudicar los intereses de uno o de determinados operadores económicos y, por tanto, de falsear la competencia. En efecto, en ese caso se trataría del supuesto recogido en el artículo 3, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/23”. Y la consecuencia, en tanto limitaría la competencia, sería la de vicio de nulidad de pleno derecho.

Además, recuerda que el artículo 38, apartado 1, de la Directiva 2014/23, en relación con el artículo 27 de esa Directiva y con el artículo 1 del Reglamento núm. 2195/2002, debe interpretarse *en el sentido de que se opone a que un poder adjudicador, que obliga a los operadores económicos a inscribirse en un registro profesional o en un registro mercantil de un Estado miembro de la Unión, no se refiera al Vocabulario común para los contratos públicos constituido por códigos CPV, sino a la nomenclatura NACE Rev. 2, tal y como queda establecida por el Reglamento n.º 1893/2006.*

¹ en el litigio principal el Ayuntamiento de Liubliana no desea adquirir vehículos eléctricos para su propio provecho. Por el contrario, dicho Ayuntamiento pretende confiar a un operador económico la explotación de un servicio que permite a terceros alquilar vehículos, sin intentar hacerse cargo de dicho servicio ni alquilar los vehículos para su propio uso. Con carácter más general, como indican las instrucciones mencionadas en el apartado 36 de la presente sentencia, el objetivo de este sistema es contribuir a reducir los perjuicios medioambientales causados por la circulación de automóviles y promover el desarrollo sostenible del Ayuntamiento de Liubliana, en particular adoptando el concepto de movilidad sostenible. Además, en la medida en que los vehículos eléctricos parecen inseparables de la propia concesión de servicios, del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2014/23 se desprende que estos vehículos deben considerarse suministros relacionados con los servicios objeto de concesión. En estas circunstancias, y sin perjuicio de las comprobaciones que corresponderá efectuar al órgano jurisdiccional remitente, el TJUE indica que no resulta posible determinar la existencia de un contrato público de suministro, en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 8, de la Directiva 2014/24.

En relación al cálculo del valor estimado de una concesión.

El TJUE afirma que *“la aportación del concesionario, a saber, la inversión que ha realizado, así como los costes que deberá soportar durante todo el período de vigencia del contrato de concesión, pueden tenerse en cuenta para calcular el valor estimado de la concesión”*. Esto es importante a efectos de la consideración de contrato armonizado, o no, y los plazos del negocio jurídico. Así señala que *“el artículo 8 de la Directiva 2014/23 debe interpretarse en el sentido de que, para determinar si se alcanza el umbral de aplicabilidad de esta Directiva, el poder adjudicador debe estimar el «volumen de negocios total de la empresa concesionaria generado durante la duración del contrato, excluido el IVA», teniendo en cuenta los pagos que los usuarios realizarán al concesionario, así como las aportaciones y los costes que soportará el poder adjudicador. No obstante, el poder adjudicador también podrá considerar que se alcanza el umbral previsto para la aplicación de la Directiva 2014/23 cuando las inversiones y los costes que debe soportar el concesionario, por sí solo o junto con el poder adjudicador, durante todo el período de aplicación del contrato de concesión superan manifiestamente ese umbral de aplicabilidad”* (apartado 84)

Sobre la exigencia de inscripción en un Registro nacional.

El TJUE es claro al respecto, negando tal posibilidad práctica, en tanto *“cierra el mercado”*. Afirma al respecto que *“de conformidad con el principio de reconocimiento mutuo, mencionado en el considerando 4 de la Directiva 2014/23, un operador económico debe poder probar su aptitud para ejecutar una concesión valiéndose de documentos, como la inscripción en el registro profesional o en el registro mercantil, procedentes de las autoridades competentes del Estado miembro en el que está establecido. Por lo tanto, **este principio se opone a que una entidad adjudicadora imponga, como criterio de selección cualitativa, la inscripción de un operador económico en el registro profesional o en el registro mercantil en el Estado miembro de ejecución de la concesión en el supuesto de que dicho operador económico ya disponga de una inscripción en un registro similar en el Estado miembro en el que está establecido** (véase, por analogía, la*

sentencia de 20 de mayo de 2021, Riigi Tugiteenuste Keskus, C-6/20, EU:C:2021:402, apartados 49 y 55). (negrita nuestra)

En relación a las exigencias cuando un operador económico concurre con medios ajenos.

El TJUE reitera su jurisprudencia sobre esta posibilidad sin que pueda hacerse una interpretación restrictiva de la misma. Recuerda que el **“derecho de un operador económico a utilizar las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, con el fin de cumplir las condiciones de participación relativas tanto a las capacidades profesionales y técnicas como a la solvencia económica y financiera enunciadas en el apartado 1 de dicha disposición** (véanse, por analogía, en el ámbito de la adjudicación de contratos públicos, las sentencias de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartados 29 y 33, y de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, apartado 150). Además, a tenor de la segunda frase de dicho apartado, «cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, deberá demostrar al poder o entidad adjudicador que dispondrá, durante todo el período de la concesión, de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso asumido por dichas entidades a tal efecto».

100 De ello resulta que **el artículo 38 de la mencionada Directiva confiere una gran libertad a un operador económico para rodearse de otras entidades que le permitirán, en particular, disponer de las capacidades de las que carece. Por ello, esa disposición no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un operador económico a solicitar únicamente el apoyo de entidades que posean, cada una de ellas, la aptitud para ejercer la misma actividad profesional. En efecto, por definición, un operador económico que recurre a las capacidades de otras entidades trata, o bien de aumentar las capacidades de las que ya dispone, pero, eventualmente, en cantidad o en calidad insuficiente, o bien de dotarse de capacidades o de competencias de las que carece.**

101 Así pues, **sería desproporcionado, especialmente en este último supuesto, exigir que todos los miembros de una agrupación temporal de empresas sean aptos para desarrollar la actividad**

profesional objeto de la concesión. En efecto, el principio de proporcionalidad, que se garantiza en particular en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/23 y que constituye un principio general del Derecho de la Unión, exige que las normas establecidas por los Estados miembros o los poderes adjudicadores en el marco de la aplicación de las disposiciones de dicha Directiva no vayan más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva (véanse, por analogía, en el contexto de la adjudicación de contratos públicos, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 48, y de 7 de septiembre de 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, apartado 155).(negrita nuestra)

Las conclusiones de la sentencia son las siguientes:

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

- 1) El artículo 5, punto 1, letra b), de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en su versión modificada por el Reglamento Delegado (UE) 2019/1827 de la Comisión, de 30 de octubre de 2019,***

debe interpretarse en el sentido de que

constituye una «concesión de servicios» la operación mediante la cual un poder adjudicador pretende encomendar la creación y la gestión de un servicio de alquiler y uso compartido de vehículos eléctricos a un operador económico cuya aportación financiera se destina mayoritariamente a la adquisición de dichos vehículos, y en la que los ingresos de ese operador económico provendrán esencialmente de los pagos realizados por los usuarios del mencionado servicio, dado que las mencionadas características permiten concluir que el riesgo operacional de los servicios objeto de concesión ha sido transferido a dicho operador económico.

- 2) El artículo 8 de la Directiva 2014/23 en su versión modificada por el Reglamento Delegado 2019/1827,**

debe interpretarse en el sentido de que

para determinar si se alcanza el umbral de aplicabilidad de esta Directiva, el poder adjudicador debe estimar el «volumen de negocios total de la empresa concesionaria generado durante la duración del contrato, excluido el [impuesto sobre el valor añadido (IVA)]», teniendo en cuenta los pagos que los usuarios realizarán al concesionario, así como las aportaciones y los costes que soportará el poder adjudicador. No obstante, el poder adjudicador también podrá considerar que se alcanza el umbral previsto para la aplicación de la Directiva 2014/23, en su versión modificada por el Reglamento Delegado 2019/1827, cuando las inversiones y los costes que debe soportar el concesionario, por sí solo o junto con el poder adjudicador, durante todo el período de aplicación del contrato de concesión superan manifiestamente ese umbral de aplicabilidad.

- 3) El artículo 38, apartado 1, de la Directiva 2014/23, en su versión modificada por el Reglamento Delegado 2019/1827, en relación con el anexo V, punto 7, letra b), y el considerando 4 de dicha Directiva, así como con el artículo 4 y el anexo XXI, punto III.1.1, del Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2015, por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 842/2011,**

debe interpretarse en el sentido de que

un poder adjudicador puede exigir, como uno de los criterios de selección y de evaluación cualitativa de los candidatos, que los operadores económicos estén inscritos en un registro profesional o en un registro mercantil, siempre que el operador económico pueda hacer valer su inscripción en un registro similar en el Estado miembro en el que esté establecido.

- 4) El artículo 38, apartado 1, de la Directiva 2014/23, en su versión modificada por el Reglamento Delegado 2019/1827, en relación con el artículo 27 de esa Directiva y con el artículo 1 del**

Reglamento (CE) n.º 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV),

debe interpretarse en el sentido de que

se opone a que un poder adjudicador, que obliga a los operadores económicos a inscribirse en un registro profesional o en un registro mercantil de un Estado miembro de la Unión Europea, no se refiera al Vocabulario común para los contratos públicos (CPV) constituido por códigos CPV, sino a la nomenclatura NACE Rev. 2, tal y como queda establecida por el Reglamento (CE) n.º 1893/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establece la nomenclatura estadística de actividades económicas NACE Revisión 2 y por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 3037/90 del Consejo y determinados Reglamentos de la CE sobre aspectos estadísticos específicos.

- 5) El artículo 38, apartados 1 a 2, de la Directiva 2014/23, en su versión modificada por el Reglamento Delegado 2019/1827, en relación con el artículo 26, apartado 2, de dicha Directiva,***

debe interpretarse en el sentido de que

un poder adjudicador no puede, sin vulnerar el principio de proporcionalidad garantizado por el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva, exigir a cada uno de los miembros de una agrupación temporal de empresas que esté inscrito, en un Estado miembro, en un registro profesional o en un registro mercantil para el ejercicio de la actividad de alquiler de automóviles y vehículos de motor ligeros.

Sobre esta sentencia pueden consultarse los comentarios de E. LOPEZ MORA “[Avanzando en el régimen de concesiones](#)” (obcp.es), 28 de noviembre de 2022 y de X. LAZO VITORIA “El concepto de «contrato de concesión» a luz del caso Sharengo”, Diario del Derecho, Iustel, 29 de noviembre de 2022.