

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 10 de noviembre de 2011 (*)

«Contratos públicos – Directiva 2004/17/CE – Artículo 1, apartado 3, letra b) – Directiva 92/13/CEE – Artículo 2 quinquies, apartado 1, letra b) – Concepto de “concesión de servicios” – Prestación de servicios de transporte público por autobús – Derecho a explotar el servicio y pago al prestador de una cantidad en concepto de compensación de pérdidas – Riesgo de explotación limitado por la normativa nacional y el contrato – Procedimientos de recurso en materia de contratación pública – Aplicación directa del artículo 2 quinquies, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/13/CEE a los contratos celebrados antes del plazo de transposición de la Directiva 2007/66/CE»

En el asunto C-348/10,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Augstākās tiesas Senāts (Letonia), mediante resolución de 2 de julio de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de julio de 2010, en el procedimiento entre

Norma-A SIA,

Dekom SIA

y

Latgales plānošanas reģions, como sucesor del Ludzas novads dome,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. U. Lõhmus, A. Rosas, A. Ó Caoimh y A. Arabadjiev, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Cruz Villalón;

Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 18 de mayo de 2011;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Norma-A SIA, por la Sra. L. Krastiņa y el Sr. I. Azanda, advokāte;

- en nombre de Latgales plānošanas reģions, sucesor del Ludzas novads dome, por la Sra. J. Pluta;
- en nombre del Gobierno letón, por las Sras. M. Borkoveca y K. Krasovska, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. C. Zadra y A. Sauka, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de julio de 2011;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1), y del artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 76, p. 14), modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO L 335, p. 31) (en lo sucesivo, «Directiva 92/13»).
- 2 Dicha solicitud se presentó en el marco de un litigio entre Norma-A SIA y Dekom SIA, por un lado, y el Latgales plānošanas reģions, sucesor del Ludzas novads dome [Consejo Regional de Ludza (Letonia)], por otro, sobre la atribución a Ludzas autotransporta uzņēmums SIA de la «concesión» de servicios de transporte colectivo en autobús en la ciudad de Ludza y en la comarca de Ludza.

Marco jurídico

Normativa de la Unión

- 3 Según el artículo 1 de la Directiva 2004/17, se entenderá por:

«2. a) *contratos de suministro, de obras y de servicios*: los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre una o varias de las entidades adjudicadoras contempladas en el apartado 2 del artículo 2 y uno o varios contratistas, proveedores o prestadores de servicios;

[...]

d) *contratos de servicios*: los contratos distintos de los contratos de obras o de suministros cuyo objeto sea la prestación de los servicios mencionados en el anexo XVII.

[...]

3. [...]

b) *concesión de servicios*: un contrato que presente las mismas características que el contrato de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de [la] prestación de servicios consista, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un pago».

4 El artículo 2 de la citada Directiva establece:

«1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) *poderes adjudicadores*: el Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público, las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público.

[...]

2. La presente Directiva se aplicará a las entidades adjudicadoras que:

a) sean poderes adjudicadores o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7;

[...]».

5 El artículo 5 de la Directiva 2004/17 dispone:

«1. La presente Directiva se aplicará a las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.

[...]

2. La presente Directiva no se aplicará a las entidades que prestan al público un servicio de transporte en autobús y que quedaron excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE en virtud del apartado 4 de su artículo 2.»

- 6 El artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), dispone:

«2. a) Son “contratos públicos” los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.

[...]

4. La “concesión de servicios” es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.»

- 7 De conformidad con el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 92/13:

«La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/17 [...], salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con el artículo 5, apartado 2, o los artículos 18 a 26, 29, 30 o 62 de dicha Directiva.

[...]»

- 8 El artículo 2 *quinquies*, apartado 1, de la Directiva 92/13 dispone:

«1. Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente de la entidad contratante declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimanase de una decisión de dicho órgano en los siguientes casos:

[...]

- b) en caso de infracción del artículo 1, apartado 5, del artículo 2, apartado 3 o del artículo 2 *bis*, apartado 2, de la presente Directiva, si dicha infracción privó al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales, cuando dicha infracción esté combinada con una infracción de la Directiva 2004/17 [...], si esta infracción afectó a las posibilidades del licitador que interpuso recurso de obtener el contrato;

[...]».

- 9 A tenor del artículo 2 *septies* de la Directiva 92/13:

«1. Los Estados miembros podrán disponer que la interposición de recurso de conformidad con el artículo 2 *quinquies*, apartado 1, deba realizarse:

[...]

b) y en cualquier caso, antes de que transcurran como mínimo seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato.»

- 10 El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2007/66, que insertó en la Directiva 92/13 las disposiciones mencionadas en los apartados 7 a 9 de la presente sentencia, dispone:

«Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 20 de diciembre de 2009. [...]»

Normativa nacional

- 11 Conforme al artículo 1, apartado 7, de la Publiskās un privātās partnerības likums (*Latvijas Vēstnesis*, 2009, nº 107, p. 4093; Ley de colaboración entre el sector público y el sector privado), que entró en vigor el 1 de octubre de 2009, el contrato de concesión de servicios es un contrato de acuerdo con el cual, a instancias de un socio público, el socio privado presta los servicios enumerados en el anexo 2 de la Publisko iepirkumu likums (Ley de contratos públicos) y como contrapartida, o como componente esencial de la contrapartida, por la prestación de estos servicios obtiene el derecho a explotar dichos servicios, pero al mismo tiempo corre también con el riesgo o con una parte sustancial del riesgo de la explotación de los servicios.
- 12 En virtud del apartado 8 del mismo precepto, el derecho a explotar una obra o un servicio incluye el derecho a recibir un pago de los usuarios finales de la obra o del servicio o a obtener una contrapartida del socio público, cuyo importe depende de la demanda de los usuarios finales, o bien a obtener tanto un pago de los usuarios finales como una contrapartida del socio público.
- 13 De acuerdo con el apartado 9 del citado artículo 1, existe riesgo de explotación de la obra o del servicio (riesgos económicos) cuando los ingresos del socio privado dependen de la demanda de la utilización de la obra o de la demanda del servicio por parte de los usuarios finales (riesgo de demanda) o de que el servicio se ofrezca a los destinatarios finales conforme a los requisitos establecidos en el contrato de concesión (riesgo de disponibilidad), o bien cuando los ingresos dependen tanto del riesgo de demanda como del riesgo de disponibilidad.
- 14 El artículo 6, apartado 3, de la Sabiedriskā transporta pakalpojumu likums (*Latvijas Vēstnesis*, 2007, nº 106, p. 3682; Ley de los servicios de transporte público) dispone en particular que los servicios de transporte público se organizarán en función de la demanda de tales servicios, teniendo en cuenta la densidad y la regularidad necesarias del transporte en el marco de las redes, de la amplitud y calidad de los servicios y de la viabilidad económica de los transportes, y determinando el modo de organización de los transportes de personas.

- 15 El artículo 10, párrafo primero, de esta Ley dispone que se compensará al transportista por las pérdidas y los gastos vinculados a la prestación de servicios de transporte público, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de dicha Ley.
- 16 Con arreglo al artículo 11, párrafo primero, de la misma Ley:
- «[...] Se compensará al transportista por las pérdidas vinculadas a la prestación de servicios de transporte público:
- 1¹) por su importe íntegro, con cargo a los fondos previstos a tal fin en el presupuesto del Estado, respecto a las rutas de las redes interurbanas de una red de transporte regional;
- 1²) con cargo a los fondos previstos a tal fin en el presupuesto del Estado, en el caso de las rutas que pertenezcan a una red de transporte regional de interés local;
- 2) con cargo a los presupuestos locales, en el caso de las rutas que pertenezcan a una red de transporte regional de interés local, en relación con la parte de la ordenación de los servicios de transporte público que supere el límite de los fondos previstos en el presupuesto del Estado para garantizar los servicios.»
- 17 Conforme al artículo 12 de la Ley de los servicios de transporte público:
- «1) Si el Estado establece requisitos mínimos de calidad para los servicios de transporte público, que un transportista que opera con ánimo de lucro no tendría que cumplir, y cuyo cumplimiento genera gastos suplementarios, el transportista tiene derecho a recibir del Estado una compensación por todos estos gastos suplementarios.
- 2) Se compensará mediante el pago mencionado en el párrafo primero a los transportistas que presten servicios de transporte público en el marco de la ordenación de los servicios de transporte público, si los requisitos mínimos de calidad se establecieron después de iniciar la prestación de servicios de transporte público.
- 3) El Consejo de Ministros determinará las reglas que regulen la definición, el cálculo y la compensación de los gastos mencionados en el párrafo primero, la atribución a las entidades locales de la partida del presupuesto nacional destinada a cubrir estos gastos y el control de la legalidad y de la conformidad del uso de estos medios.»
- 18 Tanto el Decreto nº 672 del Consejo de Ministros, relativo a la compensación de los gastos y pérdidas generados por la prestación de servicios de transporte público y al establecimiento de las tarifas (Sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, nº 175, p. 3751), de 2 de octubre de 2007, vigente hasta el 20 de noviembre de 2009, como el Decreto nº 1226 del Consejo de Ministros, de 26 de octubre de 2009 (*Latvijas Vēstnesis*, 2009, nº 183,

p. 4169; en lo sucesivo, «Decreto nº 2009/1226»), que lo sustituyó a partir del 21 de noviembre de 2009, se basan en la Ley de los servicios de transporte público.

19 El artículo 2 del Decreto nº 2009/1226 establece:

«[...] Se compensarán al transportista las siguientes pérdidas, vinculadas al cumplimiento del contrato de servicios de transporte público:

2.1) los costes indispensables vinculados al cumplimiento del contrato de servicios de transporte público que superen los ingresos obtenidos;

2.2) los costes generados por la aplicación de las tarifas establecidas por la parte ordenante;

2.3) los costes surgidos en el supuesto de que la parte ordenante aplique una reducción del precio del transporte a determinadas categorías de pasajeros.»

20 El artículo 3 del mencionado Decreto dispone que el transportista tiene derecho a solicitar que se le compensen los gastos generados por el cumplimiento de los requisitos de calidad impuestos por la parte ordenante o por la normativa cuando ya ha comenzado la prestación de servicios, siempre que el cumplimiento de dichos requisitos implique gastos suplementarios.

21 El artículo 38 del Decreto nº 2009/1226 establece que la parte ordenante determina la cuantía de las pérdidas de las que debe ser indemnizado el transportista tomando como base el informe al que se refiere el artículo 32.2 de este Decreto y los datos a que se refieren los puntos 32.3 y 32.4 de éste, teniendo en cuenta asimismo el hecho de que haya fijado o no las tarifas (títulos de transporte).

22 Con arreglo al artículo 39 del citado Decreto, la parte ordenante determinará las pérdidas reales a partir de los ingresos totales derivados de la ejecución del contrato de servicios de transporte público, excluyendo los gastos justificados que haya generado la prestación del servicio de transporte público. En el sentido de este Decreto, se debe entender por ingresos los ingresos por la venta de billetes, incluidos los abonos de transporte, y los ingresos similares derivados de la ejecución del contrato de servicios de transporte público.

23 El artículo 40 del Decreto nº 2009/1226 dispone que la parte ordenante establecerá el importe de la compensación que ha de abonarse sumando al volumen de pérdidas fijado con arreglo al artículo 39 de ese mismo Decreto el importe de los beneficios. Éste se establecerá multiplicando los ingresos por un porcentaje de beneficio que se calcula incrementando en el 2,5 % el tipo medio del mercado interbancario europeo (EURIBOR) sobre los doce meses del año de referencia.

24 El tribunal remitente indica que, conforme al artículo 49 de dicho Decreto, el importe de la compensación de las pérdidas no podrá superar el volumen de pérdidas reales

que se ha calculado, si el transportista ha aplicado las tarifas establecidas por la parte ordenante (precio del transporte).

25 Según el artículo 50 del mismo Decreto, si el derecho a prestar servicios de transporte público se adjudica con arreglo a la Ley de contratos públicos, el importe de la compensación se establecerá sobre la base de la diferencia entre el precio del servicio de transporte público establecido en el contrato y los ingresos realmente obtenidos.

26 En virtud del artículo 57 del Decreto nº 1226;

«[...] si se resuelve el contrato de servicios de transporte público:

1) el transportista devolverá a la parte ordenante los fondos pagados de más, si durante la prestación del servicio de transporte público el importe de la compensación de las pérdidas supera el importe real calculado de la compensación, y la parte ordenante asignará dichos fondos a la compensación de las pérdidas de otros transportistas;

2) la parte ordenante pagará una compensación por las pérdidas si durante la prestación del servicio de transporte público el importe de la compensación de las pérdidas ha sido inferior al importe real calculado de la compensación.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

27 El 17 de junio de 2009, el Ludzas rajona padome (Consejo Comarcal de Ludza) publicó un anuncio de licitación para la provisión de servicios de transporte público por autobús en la ciudad y en la comarca de Ludza. Las demandantes en el procedimiento principal presentaron su oferta el 6 de agosto de 2009.

28 La adjudicación se llevó a cabo, mediante resolución de 31 de agosto de 2009, a favor de la empresa Ludzas autotransporta uzņēmums SIA y, en consecuencia, el Ludzas novada dome decidió, el 2 de septiembre de 2009, celebrar con dicha sociedad un contrato de concesión de servicios de transporte público.

29 El 16 de septiembre de 2009, las demandantes en el procedimiento principal interpusieron ante el Administratīvā rajona tiesa (tribunal contencioso-administrativo de primera instancia) un recurso de anulación de la citada decisión del Ludzas novada dome de 2 de septiembre de 2009 y presentaron una demanda de suspensión de la ejecución de dicha decisión. Esta demanda fue estimada mediante resolución de dicho órgano jurisdiccional de 16 de octubre de 2009, confirmada el 14 de diciembre de 2009 por el Administratīvā apgabaltiesa (tribunal contencioso-administrativo regional).

30 El tribunal remitente señala que la legislación nacional vigente confería a las demandantes en el procedimiento principal el derecho a impugnar la decisión del

Ludzas novada dome de 2 de septiembre de 2009 ante el Organismo de Vigilancia de la Contratación Pública y que esta impugnación habría impedido al poder adjudicador adjudicar el contrato antes de que dicho Organismo se pronunciara.

- 31 El 9 de octubre de 2009, el Ludzas rajona padome y Ludzas autotransporta uzņēmums SIA celebraron un contrato de «concesión» relativo a la prestación de los servicios de transporte de que se trata.
- 32 Las demandantes en el procedimiento principal interpusieron ante el Administratīvā rajona tiesa un recurso con objeto de que se declarara la nulidad de dicho contrato. El 3 de diciembre de 2009, dicho recurso fue desestimado debido a que el mencionado contrato era un contrato de Derecho privado y, por tanto, los tribunales contencioso-administrativos no eran competentes para conocer del mismo.
- 33 El 11 de mayo de 2010, el Administratīvā apgabaltiesa anuló la sentencia dictada en primera instancia, aunque acordó la inadmisibilidad del recurso de nulidad por entender que, al haber sido celebrado el contrato antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva 2007/66, las demandantes en el procedimiento principal no tenían ningún derecho subjetivo a interponer tal recurso ante los tribunales.
- 34 El 21 de mayo de 2010, dichas demandantes interpusieron ante el tribunal remitente un recurso de casación contra la resolución del Administratīvā apgabaltiesa. Alegan fundamentalmente que la Directiva 2007/66 les confiere un derecho subjetivo a solicitar la anulación del contrato controvertido, derecho que se desprende del objetivo de dicha Directiva que consiste en conferir a terceros el derecho a solicitar que se declare la ineficacia de los contratos celebrados por órganos del Estado o de las entidades locales.
- 35 En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
 - «1) Debe interpretarse el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17 [...] en el sentido de que se ha de considerar concesión de servicios públicos un contrato mediante el cual al adjudicatario se le otorga el derecho a prestar servicios de transporte público por autobús, en los supuestos en que una parte de la contrapartida consiste en el derecho a explotar los servicios de transporte público, pero al mismo tiempo el poder adjudicador compensa al prestador de servicios por las pérdidas surgidas como resultado de la prestación de servicios, y además las disposiciones de Derecho público reguladoras de la prestación del servicio y las disposiciones contractuales limitan el riesgo de explotación del servicio?
 - 2) Si la respuesta a la primera cuestión es negativa, ¿el artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/13 [...] es directamente aplicable en Letonia desde el 21 de diciembre de 2009?

- 3) Si la respuesta a la segunda pregunta es afirmativa, ¿debe interpretarse el artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/13 [...] en el sentido de que es aplicable a los contratos públicos que se celebraron antes de que finalizara el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 2007/66 [...]?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Primera cuestión

- 36 Con carácter preliminar procede señalar que, conforme al artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/17, ésta se aplica a las entidades adjudicadoras que sean «poderes adjudicadores» en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra a), de esta Directiva, entre las que se encuentran las «entidades territoriales», y que «realicen alguna de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7» de dicha Directiva.
- 37 En opinión del tribunal remitente, al procedimiento principal le es aplicable la Directiva 2004/17 en la medida en que la entidad adjudicadora de que se trata ejerce una actividad en el ámbito del transporte por autobús al que se refiere el artículo 5, apartado 1, de esta Directiva.
- 38 El Gobierno letón entiende, por el contrario, que, puesto que dicha entidad no presta ella misma los servicios de transporte público a la población, la Directiva aplicable al procedimiento principal es la Directiva 2004/18.
- 39 A este respecto basta señalar que la Directiva 2004/18 contiene, en su artículo 1, apartados 2, letra a), y 4, definiciones del «contrato público» y de la «concesión de servicios» que son esencialmente análogas a las correspondientes definiciones que figuran en el artículo 1, apartados 2, letra a), y 3, letra b), de la Directiva 2004/17. Esta similitud exige que se apliquen los mismos criterios a la hora de interpretar los conceptos de contrato de servicios y de concesión de servicios en los respectivos ámbitos de aplicación de las dos Directivas mencionadas (sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, C-206/08, Rec. p. I-8377, apartados 42 y 43). Por consiguiente, la interpretación del artículo 1, apartados 2, letra a), y 3, letra b), de la Directiva 2004/17 puede trasladarse directamente a las disposiciones correspondientes de la Directiva 2004/18, como, por otra parte, reconoce el Gobierno letón.
- 40 La cuestión de si una operación debe calificarse de concesión de servicios o de contrato público de servicios ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión (véase, en particular, la sentencia de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, Rec. p. I-0000, apartado 23 y jurisprudencia citada).
- 41 De los conceptos de contrato público de servicios y de concesión de servicios, definidos respectivamente en el apartado 2, letras a) y d), y en el apartado 3, del

artículo 1 de la Directiva 2004/17, se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios, mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago (en este sentido, véase, en particular, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartado 51).

- 42 Por lo que se refiere al contrato de servicios, la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora, sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, responde a la exigencia de una contrapartida establecida en el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17 (véase, en particular, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartado 57).
- 43 Así sucede cuando, como en el procedimiento principal, el prestador de los servicios de transporte público por autobús obtiene el derecho a explotar servicios en contrapartida de los cuales es retribuido por los usuarios de dichos servicios con arreglo a una tarifa establecida.
- 44 Si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 26).
- 45 Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 29).
- 46 En efecto, es corriente que algunos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como el controvertido en el procedimiento principal, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Por un lado, la configuración jurídico pública de la explotación económica y financiera del servicio facilita el control de la explotación del mismo y reduce los factores que pueden vulnerar la transparencia y falsear la competencia. Por otro, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 72 a 74).

- 47 En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración. Además, no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo (véase la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 75 y 76).
- 48 El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véase, en este sentido, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 37).
- 49 En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 38).
- 50 Si bien, como se ha indicado en el apartado 45 de la presente sentencia, el riesgo económico vinculado a la explotación del servicio puede ser muy limitado desde el primer momento debido a la configuración jurídico pública del servicio, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre.
- 51 Pues bien, según los datos proporcionados por el tribunal remitente, la normativa aplicable en el procedimiento principal establece que la entidad adjudicadora debe compensar al prestador del servicio las pérdidas derivadas de explotación y, además, debido a las normas de Derecho público y a las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, el prestador no asume «una parte significativa del riesgo de explotación».
- 52 A este respecto, el tribunal remitente señala, en particular, que, conforme a las cláusulas contractuales, la parte ordenante compensa, con cargo a los fondos previstos a tal fin en el presupuesto del Estado, las pérdidas vinculadas a la prestación del servicio de transporte, generadas por dicha prestación, y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación de los servicios de transporte.
- 53 Por otra parte, en aplicación de los artículos 2 y 3 del Decreto nº 2009/1226, al prestador se le indemnizan las pérdidas vinculadas al cumplimiento del contrato por

lo que se refiere a los costes indispensables vinculados al cumplimiento del contrato de servicios de transporte público que superen los ingresos obtenidos, los costes generados por la aplicación de las tarifas establecidas por la parte ordenante, o los costes surgidos en el supuesto de que la parte ordenante aplique una reducción del precio del transporte a determinadas categorías de pasajeros, y los gastos generados por el cumplimiento de requisitos de calidad impuestos cuando ya ha comenzado la prestación del servicios, siempre que estos requisitos impliquen gastos suplementarios en relación con los requisitos de calidad establecidos previamente.

- 54 A ello procede añadir que el artículo 40 del Decreto nº 2009/1226 establece el pago al adjudicatario de una cantidad en concepto de beneficios que se calcula multiplicando los ingresos por un porcentaje de beneficio que se calcula incrementando en el 2,5 % el tipo medio del mercado interbancario europeo (EURIBOR) en los 12 meses del año de referencia.
- 55 Habida cuenta de dichas cláusulas y disposiciones del Derecho nacional, no es posible afirmar que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado. Por consiguiente, debería calificarse tal operación de «contrato de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/17, y no de «concesión de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de esta Directiva.
- 56 Es cierto que, en la vista ante el Tribunal de Justicia, las partes discutieron a propósito del alcance del riesgo asumido concretamente por el adjudicatario. Así, el Gobierno letón y la demandada en el procedimiento principal afirman, contrariamente a las demandantes en el procedimiento principal y a la Comisión Europea, que existen distintos factores –como la disminución de los recursos públicos destinados a cubrir las eventuales pérdidas, la falta de cobertura de determinados tipos de gastos y pérdidas debidos particularmente a la modificación de itinerarios y de trayectos, o la incertidumbre en cuanto a la demanda de los usuarios– que aumentan el riesgo de tal manera que, en realidad, el adjudicatario soporta una parte esencial del riesgo, tanto más cuanto que la duración del contrato es de ocho años. Por tanto, consideran que sí se trata de una concesión de servicios.
- 57 No obstante, corresponde al Tribunal de Justicia calificar en concreto la operación controvertida en el procedimiento principal. Tal calificación es competencia exclusiva del juez nacional. La función del Tribunal de Justicia se limita a proporcionar al juez nacional una interpretación del Derecho de la Unión útil para la resolución que a éste corresponde adoptar en el litigio del que está conociendo (véase, en particular, la sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 32).
- 58 El juez nacional es el único que puede, por una parte, interpretar las disposiciones del Derecho nacional y, por otra parte, evaluar la parte del riesgo que asume concretamente el contratante en función de ese Derecho y de las disposiciones contractuales controvertidas. No obstante, el examen de la operación controvertida a la luz de las disposiciones normativas y contractuales, como se han expuesto en la

resolución de remisión, conduce a primera vista a la conclusión de que dicha operación presenta las características de un contrato de servicios.

- 59 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión que la Directiva 2004/17 debe interpretarse en el sentido de que constituye un «contrato de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de dicha Directiva un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Corresponde al juez nacional apreciar si la operación de que se trata en el procedimiento principal debe ser calificada de concesión de servicios o de contrato público de servicios teniendo en cuenta todas las características de dicha operación.

Cuestiones segunda y tercera

- 60 Mediante estas cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente desea saber si, en el supuesto de que el contrato controvertido en el procedimiento principal deba ser calificado de «contrato público de servicios» en el sentido de la Directiva 2004/17, el artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/13, que, en virtud de su artículo 1, debe aplicarse a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/17, es aplicable a este contrato, aunque se haya celebrado antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva 2007/66, que insertó el citado artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra b), en la Directiva 92/13 y, de ser así, si esta última disposición es directamente aplicable.
- 61 En caso de que, como afirma el Gobierno letón, fuera aplicable la Directiva 2004/18, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional, procede señalar que el artículo 1 de la Directiva 2007/66 insertó en 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), modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (DO L 209, p. 1), disposiciones idénticas a las de los artículos 2 *quinquies* y 2 *septies* de la Directiva 92/13, de manera que la interpretación de estas últimas disposiciones puede trasladarse directamente a las disposiciones correspondientes de la Directiva 89/665 modificada.
- 62 Conforme al artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/13, los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano, en particular si dicho contrato se celebró a pesar de que, de conformidad con el artículo 2, apartado 3, de dicha Directiva, se hubiera sometido a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a la decisión de adjudicación del contrato, o si se celebró sin que se hubiera observado el plazo suspensivo previsto en el artículo 2 *bis*, apartado 2, de dicha Directiva.

- 63 Sin que sea necesario examinar si, una vez expirado el plazo de transposición de la Directiva 2007/66, un particular puede invocar el artículo 2 *quinqüies*, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/13 ante los tribunales nacionales frente a un poder adjudicador como la demandada en el procedimiento principal, basta señalar que, en cualquier caso, dicha disposición no es aplicable a los contratos que, como sucede en el procedimiento principal, se han celebrado antes del 20 de diciembre de 2009, fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 2007/66, puesto que la transposición de dicha Directiva no se produjo antes de que expirara el citado plazo.
- 64 Consta que la decisión de adjudicación del contrato controvertido se adoptó el 2 de septiembre de 2009 y que el contrato se celebró el 9 de octubre de 2009.
- 65 El hecho de que, conforme al artículo 2 *septies*, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/13, los Estados miembros puedan disponer que la interposición de un recurso de conformidad con el artículo 2 *quinqüies*, apartado 1, de dicha Directiva deba realizarse, en cualquier caso, antes de que transcurran «como mínimo seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato», no permite afirmar que los contratos que, como sucede en el procedimiento principal, se han celebrado en el período de seis meses anterior a la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2007/66 puedan estar incluidos en el ámbito de aplicación de este artículo 2 *quinqüies*, apartado 1, letra b).
- 66 A falta de indicación alguna en la Directiva 2007/66 respecto a la retroactividad de la disposición de que se trata, sería contrario al principio de seguridad jurídica considerar que dicha disposición se aplica a los contratos celebrados antes de la fecha de expiración del plazo de transposición de la citada Directiva.
- 67 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que el artículo 2 *quinqüies*, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/13 no es aplicable a los contratos públicos celebrados antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2007/66.

Costas

- 68 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

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

- 1) **La Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, debe interpretarse en el sentido de**

que constituye un «contrato de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de dicha Directiva un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Corresponde al juez nacional apreciar si la operación de que se trata en el procedimiento principal debe ser calificada de concesión de servicios o de contrato público de servicios teniendo en cuenta todas las características de dicha operación.

- 2) El artículo 2 *quinquies*, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, no es aplicable a los contratos públicos celebrados antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2007/66.