

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 10 de marzo de 2011\*

En el asunto C-274/09,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberlandesgericht München (Alemania), mediante resolución de 2 de julio de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2009, en el procedimiento entre

**Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler**

y

**Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau,**

en el que intervienen:

**Malteser Hilfsdienst eV,**

**Bayerisches Rotes Kreuz,**

\* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de Sala, y los Sres. D. Šváby, E. Juhász (Ponente), G. Arestis y T. von Danwitz, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mazák;  
Secretario: Sr. B. Fülöp, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 24 de junio de 2010;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, por los Sres. B. Stolz y P. Kraus, Rechtsanwälte;
- en nombre del Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, por los Sres. M. Kuffer y D. Bens, Rechtsanwälte;
- en nombre del Malteser Hilfsdienst eV, por el Sr. W. Schmitz-Rode, Rechtsanwalt;
- en nombre de la Bayerisches Rotes Kreuz, por el Sr. E. Rindtorff, Rechtsanwalt;

- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. M. Lumma y J. Möller, en calidad de agentes;
  
- en nombre del Gobierno checo, por el Sr. M. Smolek, en calidad de agente;
  
- en nombre del Gobierno sueco, por la Sra. S. Johannesson, en calidad de agente;
  
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. C. Zadra y G. Wilms, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 9 de septiembre de 2010;

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 1, apartados 2, letras a) y d), y 4, 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).
  
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (en lo sucesivo, «empresa Stadler») y el Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (mancomunidad de municipios

encargada del servicio de socorro y detección de incendios de Passau; en lo sucesivo, «mancomunidad de municipios de Passau») en relación con la adjudicación de contratos de prestación de servicios en el ámbito de los servicios de socorro. Las partes discrepan, en particular, sobre la calificación de estos contratos como «contratos de servicios» o «concesiones de servicios».

## Marco jurídico

### *Normativa de la Unión*

3 El artículo 1 de la Directiva 2004/18 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.

[...]

d) Son “contratos públicos de servicios” los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.

[...]

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.

[...]»

### *Normativa nacional*

- 4 La Bayerisches Rettungsdienstgesetz (Ley bávara sobre el servicio de socorro; en lo sucesivo, «Ley bávara») entró en vigor el 1 de enero de 2009. Sus disposiciones pertinentes para el presente asunto son las siguientes:

#### *«Artículo 1*

#### Objeto y finalidad

La presente Ley regula la asistencia urgente, el transporte de pacientes acompañados por un médico, el transporte de enfermos, el rescate en montaña y en cuevas y el salvamento en aguas (servicio de socorro). La prestación del servicio de socorro en todo el territorio es una función pública que deberá ser ejercida por un servicio público de socorro [...]

[...]

#### *Artículo 4*

#### Organismos encargados del servicio de socorro

(1) Los Landkreise [circunscripciones administrativas territoriales] y los municipios autónomos estarán obligados a garantizar la prestación del servicio público de socorro en áreas territoriales del servicio de socorro conforme a lo dispuesto en la presente Ley [...]

(2) La administración central competente en materia de servicio de socorro, tras consultar a los órganos competentes de la administración municipal, fijará por vía reglamentaria las áreas territoriales del servicio de socorro de forma que éste pueda prestarse de manera eficaz y racional.

(3) Los Landkreise y los municipios autónomos que se encuentren dentro de la misma área territorial del servicio de socorro ejercerán las competencias que les atribuye la presente Ley en coordinación con una asociación de municipios para la prestación del servicio de socorro y la detección de incendios.

[...]

*Artículo 13*

Organismos encargados del servicio de asistencia urgente, de transporte de pacientes acompañados por un médico y de transporte de enfermos

(1) La mancomunidad de municipios encargada del servicio de socorro y detección de incendios atribuirá la ejecución terrestre de los servicios de asistencia urgente, transporte de pacientes acompañados por un médico y transporte de enfermos:

1. a la Bayerisches Rotes Kreuz [Cruz Roja de Baviera]
2. al Arbeiter-Samariter Bund [Federación de trabajadores samaritanos]
3. al Malteser-Hilfsdienst [Servicio de asistencia de la Orden de Malta]
4. a la Johanniter-Unfall-Hilfe [Asistencia a accidentes de la Orden de San Juan]
5. a organizaciones asistenciales similares.

[...]

(2) En caso de que las organizaciones asistenciales no estén dispuestas a aceptar esa función o no estén en condiciones de hacerlo, la mancomunidad de municipios encargada del servicio de socorro y detección de incendios atribuirá a terceros la ejecución terrestre de los servicios de socorro, o la asumirá por sí misma o a través de sus miembros.

(3) La mancomunidad de municipios encargada del servicio de socorro y detección de incendios decidirá, tras valorar debidamente las circunstancias, el operador seleccionado y el alcance de su misión. La decisión de adjudicación se tomará de forma transparente y de acuerdo con criterios objetivos. La mancomunidad de municipios encargada del servicio de socorro y detección de incendios publicará de forma apropiada la decisión de proceder a una adjudicación, de modo que los prestadores de servicios interesados puedan presentar su candidatura.

(4) La relación jurídica entre la mancomunidad de municipios encargada del servicio de socorro y detección de incendios y el operador encargado de la ejecución del servicio de socorro se regirá por un contrato de Derecho público.

[...]

### *Artículo 21*

#### Obligación de solicitar una autorización

(1) Toda persona que explote una empresa de asistencia urgente, de transporte de pacientes acompañados por un médico o de transporte de enfermos deberá solicitar la autorización para ello.

[...]

*Artículo 24*

Requisitos para la autorización

[...]

(2) La autorización para ejercer actividades de asistencia urgente, transporte de pacientes acompañados por un médico y transporte de enfermos en el marco del servicio público de socorro será concedida si [...] se presenta un contrato público celebrado conforme a lo dispuesto en el artículo 13, apartado 4 [...]

[...]

(4) La autorización para ejercer actividades de transporte de enfermos al margen del servicio público de socorro será denegada si existen razones para temer que su uso pueda comprometer el interés público en un servicio de socorro eficaz [...]

[...]

*Artículo 32*

Percepción y base de los precios de utilización

La prestación de los servicios de socorro, incluida la intervención de médicos, dará lugar al cobro de un precio por su utilización, que deberá basarse en los costes que puedan ser estimados con arreglo a los principios de gestión empresarial y que correspondan a un servicio adecuado, a una gestión económica y racional y a una organización eficaz [...]

[...]

*Artículo 34*

Precios de utilización de los operadores de servicios de asistencia urgente, transporte de pacientes acompañados por un médico y transporte de enfermos

[...]

(2) Los organismos de seguridad social acordarán de manera uniforme con los operadores del servicio de socorro o con sus asociaciones regionales los precios que los primeros deberán pagar por la utilización de los servicios de asistencia urgente, transporte de pacientes acompañados por un médico y transporte de enfermos [...]

(3) El acuerdo sobre precios de utilización se celebrará cada año por anticipado.

(4) Los costes de la asistencia urgente, del transporte de pacientes acompañados por un médico y del transporte de enfermos se repartirán entre los usuarios con arreglo a criterios uniformes. Los operadores facturarán también los precios por utilización de los servicios acordados con los organismos de seguridad social a todas las demás personas u organismos que hagan uso del servicio público de socorro.

(5) Los precios de utilización se basarán en cada caso en los costes probables, que puedan ser tenidos en cuenta, conforme a la segunda frase del artículo 32, de la prestación del servicio de asistencia urgente, de transporte de pacientes acompañados por un médico y de transporte de enfermos y en el número probable de intervenciones en el período considerado. Los costes de prestación del servicio incluirán también, en particular, el coste de la intervención de médicos en el servicio de socorro [...], y los costes que lleve consigo la actuación de la Oficina liquidadora central del servicio de socorro de Baviera conforme al apartado 8. Los organismos de seguridad social acordarán en cada caso, en negociación separada con los diferentes operadores, los gestores de las direcciones integradas y la Oficina liquidadora central del servicio de socorro de Baviera, los costes probables que soporten estos últimos en el período correspondiente, a efectos de la retribución. Los costes podrán estipularse en concepto de presupuesto.

(6) Si antes del 30 de noviembre del ejercicio que precede al período de pago de los precios de utilización no se hubiera concluido un acuerdo sobre los precios de utilización en aplicación del apartado 2, o un acuerdo en aplicación del apartado 5, se tramitará un procedimiento arbitral sobre el importe de los costes probables y de los precios de utilización ante el órgano de arbitraje [...] Los precios de utilización no podrán ser objeto de ajuste con carácter retroactivo.

(7) Los costes probables acordados con los organismos de seguridad social o fijados con carácter de cosa juzgada serán cubiertos con los precios por utilización de los servicios de asistencia urgente, de transporte de pacientes acompañados por un médico y de transporte de enfermos (compensación de los ingresos). Una vez finalizado un período de pago de los precios de utilización, cada operador, cada gestor de una dirección integrada y la Oficina liquidadora central del servicio de socorro de Baviera acreditarán en una liquidación final los costes reales y los contrastarán con los estipulados en los acuerdos sobre costes (rendición de cuentas). En caso de diferencia entre los costes reales y los costes probables reconocidos por los organismos de seguridad social a efectos de los acuerdos sobre costes, el resultado de la rendición de cuentas será examinado en las negociaciones inmediatamente posteriores sobre precios de utilización, excepto si los costes del operador [...] o de la Oficina liquidadora central [...] han sido estipulados en concepto de presupuesto.

(8) Para la ejecución de lo previsto en los apartados 2 a 7 y en el artículo 35, intervendrá una Oficina liquidadora central del servicio de socorro de Baviera, que ejercerá en particular las siguientes funciones:

1. participar con carácter consultivo en los acuerdos sobre precios de utilización previstos en el apartado 2 y en los acuerdos previstos en el apartado 5;
2. calcular los precios necesarios de utilización sobre la base de los costes probables de las partes interesadas y del número probable de intervenciones del servicio público de socorro y proponerlos para su acuerdo a las partes interesadas; se procederá de igual forma para los ajustes necesarios de los precios de utilización durante el ejercicio en curso;
3. recaudar de los obligados a su pago los precios de utilización de las prestaciones del servicio público de socorro [...];

4. compensar los ingresos;
  
5. abonar los importes correspondientes a los costes del servicio a los operadores del servicio de socorro [...];
  
6. controlar la rendición de cuentas de los operadores [...] y verificar su verosimilitud y exactitud;
  
7. elaborar una liquidación final global auditada del servicio público de socorro.

La Oficina liquidadora central del servicio de socorro de Baviera ejercerá sus funciones al respecto sin ánimo de lucro. Todas las partes interesadas deberán colaborar con la Oficina liquidadora central del servicio de socorro de Baviera en el ejercicio de sus funciones y facilitarle la información y la documentación escrita necesaria para ello.

[...]

#### *Artículo 48*

Órganos de arbitraje

[...]

(3) Además del Presidente, el órgano de arbitraje competente en materia de precios de utilización estará compuesto:

1. en las controversias sobre los precios por utilización del servicio de socorro terrestre, por tres miembros en representación de los operadores de los servicios de socorro terrestre y tres miembros en representación de los organismos de seguridad social [...]

[...]

(5) El Presidente del órgano de arbitraje y su suplente serán designados conjuntamente por los operadores del servicio público de socorro, por la Unión bávara de médicos concertados, por las personas responsables de garantizar la participación de los médicos que acompañen a los pacientes y por los organismos de la seguridad social.

#### *Artículo 49*

Autoridades competentes en materia de servicios de socorro

(1) Las autoridades encargadas de la ejecución de la presente Ley [...] son:

1. El Ministerio del Interior de Baviera, como administración central competente en materia de servicio de socorro [...]

[...]

## *Artículo 53*

### Disposiciones reglamentarias y administrativas

(1) La administración central competente en materia de servicio de socorro podrá designar por vía reglamentaria:

[...]

11. a la Oficina liquidadora central del servicio de socorro de Baviera [...]

[...]»

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

- 5 La empresa Stadler prestó servicios de socorro para la mancomunidad de municipios de Passau, en Baviera, hasta el 31 de diciembre de 2008, fecha de resolución de los contratos que las vinculaban. La empresa impugnó la validez de dicha resolución ante el Verwaltungsgericht y solicitó que, como medida cautelar, se mantuviera la vigencia del contrato hasta que se resolviera el litigio principal. Todas sus pretensiones fueron desestimadas.

- 6 En el curso de tales procedimientos, la mancomunidad de municipios de Passau declaró su intención de encargar a otras empresas, sin licitación previa, la ejecución de las prestaciones de servicios de socorro, primero sobre la base de contratos temporales, y de adjudicar, posteriormente, el contrato definitivo en el marco de un procedimiento con arreglo al procedimiento de selección previsto en el artículo 13, apartado 3, de la Ley bávara.
  
- 7 La mancomunidad de municipios de Passau celebró contratos temporales con el Malteser Hilfsdienst eV y la Bayerisches Rotes Kreuz.
  
- 8 Mediante escrito de 17 de diciembre de 2008, la empresa Stadler impugnó el procedimiento seguido por la mancomunidad de municipios de Passau e interpuso un recurso ante la Vergabekammer (Cámara de contratos públicos), que fue declarado inadmisibile.
  
- 9 Seguidamente, la empresa Stadler interpuso un recurso contra esta decisión ante el Oberlandesgericht München.
  
- 10 Según el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento tiene por objeto determinar si las prestaciones de servicios controvertidas en Baviera deben ser calificadas de «concesión de servicios» o de «contrato de servicios» y las consecuencias jurídicas derivadas de esta calificación. Esta última depende de la interpretación del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18, que define el concepto de «concesión de servicios».
  
- 11 En el territorio de Passau, los contratos relativos a la prestación de servicios de socorro a la población se celebran bajo la forma denominada «modelo de concesión», entre una entidad adjudicadora, la mancomunidad de municipios de Passau, y un prestador de servicios.

- 12 El importe de los precios de utilización previsto para esta prestación de servicios de socorro se acuerda entre el organismo de seguridad social y el prestador de servicios elegido. A tenor del artículo 32, segunda frase, de la Ley bávara, los precios de utilización deberán basarse en los costes que puedan ser estimados con arreglo a los principios de gestión empresarial y que correspondan a un servicio adecuado, a una gestión económica y racional y a una organización eficaz del servicio. Los costes probables acordados quedarán cubiertos mediante los precios percibidos por la prestación del servicio de asistencia urgente, de transporte de pacientes acompañados por un médico y de transporte de enfermos. En caso de controversia entre los organismos de seguridad social y el prestador acerca del importe de los precios, puede acudirse a un órgano de arbitraje, cuyos laudos pueden ser impugnados ante los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo.
- 13 El prestador de servicios elegido recibe sus retribuciones de una oficina liquidadora central, designada por el Ministerio del Interior bávaro, a cuyos servicios está legalmente obligado a recurrir. Esta oficina transfiere al prestador de servicios una remuneración en forma de pagos a cuenta, semanales o mensuales, sobre la base de una remuneración global anual calculada de antemano independientemente del número de intervenciones realmente efectuadas. Si al final del año aparece un descubierto, será objeto de las negociaciones posteriores.
- 14 Las personas con seguro privado y las no aseguradas, que, según el órgano jurisdiccional remitente, representan el 10% de los deudores, deben pagar los mismos precios de utilización que las personas aseguradas con carácter obligatorio.
- 15 El órgano jurisdiccional remitente subraya que, en Alemania, existe un modelo alternativo de prestación de servicios de socorro, denominado «de licitación». En determinados Länder, como el de Sajonia, la entidad adjudicadora encargada de los servicios de socorro remunera directamente a los prestadores de servicios. Los servicios públicos encargados del socorro acuerdan esta remuneración en el marco de negociaciones llevadas a cabo con los organismos de seguridad social y la abonan a

continuación a los prestadores de servicios de socorro. Este modelo ya ha sido calificado por el Bundesgerichtshof como contrato de servicios.

- 16 Las diferencias entre el modelo de licitación de Länder como el de Sajonia y el modelo de concesión de Länder como el de Baviera residen en el hecho de que, en el primer caso, los precios de utilización previstos por la ley se negocian entre la entidad adjudicadora encargada de los servicios de socorro y otra entidad adjudicadora (el organismo de seguridad social) y el prestador de servicios está vinculado por este acuerdo, mientras que, en el segundo caso, el prestador de servicios acuerda el importe del precio de utilización con otra entidad adjudicadora (el organismo de seguridad social).
- 17 Por tanto, para el órgano jurisdiccional remitente se plantea la cuestión de dilucidar si el mero hecho de optar por otro modelo de negociación puede llevar a que, en un caso, el servicio de socorro deba ser objeto de una licitación como contrato de servicios en virtud de la Directiva 2004/18 y a que, en el otro caso, se eluda la aplicación de las normas que regulan la adjudicación de contratos públicos de servicios debido a que el contrato constituye una concesión de servicios.
- 18 Además, según el órgano jurisdiccional remitente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dispone que, para caracterizar una concesión de servicios públicos, cuando la remuneración se efectúa por parte de un tercero, es necesario que la otra parte contratante asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trata. De este modo, si se considera que el criterio de delimitación verdaderamente decisivo entre concesión de servicios y contrato de servicios reside en el hecho de que la otra parte contratante asuma un riesgo económico, se plantea la cuestión de si es suficiente la asunción de un riesgo, cualquiera que sea su naturaleza, cuando el riesgo, que de otro modo recaería sobre la entidad adjudicadora, se asume en su integridad.

19 Esta delimitación es tanto más delicada cuanto que, como destaca el órgano jurisdiccional remitente, en el caso del modelo de concesión, el prestador de servicios únicamente asume un riesgo económico limitado.

20 En estas circunstancias, el Oberlandesgericht München decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Un contrato de prestación de servicios (en el caso de autos, el servicio de socorro) que, según su contenido, no prevé el pago directo de la retribución al prestador por parte de la entidad adjudicadora, sino que:

- a) el precio por la utilización de las prestaciones de servicios se fija a través de negociaciones entre el prestador y terceros, que son a su vez entidades adjudicadoras (en el caso de autos, organismos de seguridad social),
  
- b) en caso de desacuerdo, se prevé que un órgano de arbitraje establecido a tal efecto, cuyo laudo es recurrible ante los tribunales ordinarios, dirima la controversia,
  
- c) el precio debido no es pagado directamente por los usuarios del servicio, sino por una oficina liquidadora central a la que legalmente debe dirigirse el prestador, mediante pagos a cuenta periódicos,

¿debe considerarse por esa sola razón como una concesión de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18/CE [...] y no como un contrato de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva [2004/18]?

- 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿existe una concesión de servicios cuando el riesgo de explotación vinculado al servicio público está limitado porque:
- a) una normativa legal establece que los precios debidos por la utilización del servicio han de calcularse en función de los costes que puedan ser estimados con arreglo a los principios de gestión empresarial y que correspondan a un servicio adecuado, a una gestión económica y racional y a una organización eficaz,
  - b) los deudores de los precios de utilización son organismos de seguridad social solventes,
  - c) se garantiza una cierta exclusividad de explotación en el área contractualmente estipulada,

pero el prestador asume por entero ese riesgo limitado?»

### **Sobre las cuestiones prejudiciales**

- <sup>21</sup> Dado que las cuestiones primera y segunda están relacionadas, procede examinarlas conjuntamente.
- <sup>22</sup> Con carácter preliminar, debe señalarse que los contratos relativos a la prestación de servicios de socorro a la población adjudicados por la mancomunidad de municipios de Passau se celebran bajo la forma denominada «modelo de concesión». Este modelo de adjudicación se distingue del denominado «de licitación», que constituye un

modo de adjudicación de un contrato público de servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de abril de 2010, Comisión/Alemania, C-160/08, Rec. p. I-3713, apartado 131) en que la remuneración en el modelo de concesión no procede de la entidad adjudicadora, sino de las cantidades percibidas de los usuarios del servicio a través de una oficina liquidadora central. Los precios por la utilización del servicio se acuerdan entre el organismo de seguridad social y el prestador elegido por la mancomunidad municipal de Passau.

- 23 A este respecto, procede recordar en primer lugar que la cuestión de si una operación debe calificarse o no de concesión de servicios o de contrato público de servicios ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión (véanse en particular las sentencias de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-6657, apartado 31, y de 15 de octubre de 2009, Acoset, C-196/08, Rec. p. I-9913, apartado 38).
- 24 De la comparación de las definiciones de contrato público de servicios y de concesión de servicios proporcionadas, respectivamente, por el apartado 2, letras a) y d), y por el apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 2004/18 se desprende que la diferencia entre un contrato público de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida que, sin ser la única, es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 39, y Comisión/Italia, antes citada, apartados 33 y 40), 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, C-206/08, Rec. p. I-8377, apartado 51).
- 25 En el caso de un 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 4, de la Directiva 2004/18 (véase la sentencia Eurawasser, antes citada, apartado 57).

- 26 Si bien el modo de remuneración es, por tanto, 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 y que 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 (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 59 y 68 y jurisprudencia citada).
- 27 De la resolución de remisión se desprende que, en el asunto principal, la remuneración del prestador de los servicios de socorro no procede de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato en cuestión, sino de los precios de utilización que puede exigir, según la Ley bávara, de los organismos de seguridad social cuyos asegurados se hayan beneficiado de los servicios de socorro, así como de las personas con un seguro privado o no aseguradas que hayan recibido tales servicios.
- 28 El hecho de que el nivel de los precios de utilización no quede unilateralmente determinado por el prestador de los servicios de socorro, sino mediante acuerdo con los organismos de seguridad social que tienen la condición de entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Rec. p. I-4779, apartados 40 a 59), y que tales precios no sean pagados directamente por los usuarios de estos servicios al prestador elegido, sino por una oficina liquidadora central encargada de recaudar y abonar esos importes en forma de pagos a cuenta periódicos, no afecta a esta apreciación. En efecto, sigue siendo cierto que todas las remuneraciones del prestador de servicios proceden de personas distintas de la entidad adjudicadora que le ha atribuido el contrato.
- 29 En un asunto como el examinado en el litigio principal, para llegar a la conclusión de que existe una concesión de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18, es preciso comprobar asimismo si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio e implica que éste 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 requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 77 y 80).

- 30 En el asunto principal, la mancomunidad de municipios de Passau transfirió a los prestadores elegidos, por un período de varios años, toda la ejecución técnica, administrativa y financiera de las prestaciones de servicios de socorro, que estaban a su cargo, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Ley bávara.
- 31 De este modo, los prestadores elegidos están encargados de garantizar, según las condiciones fijadas por el contrato y por la Ley bávara, el servicio de socorro en la circunscripción administrativa de la mancomunidad de municipios de Passau.
- 32 La empresa Stadler rebate la afirmación según la cual, mediante esta operación, la mancomunidad de municipios de Passau transfirió igualmente un riesgo de explotación de los servicios de que se trata a los prestadores elegidos.
- 33 A este respecto, debe recordarse que, cuando la remuneración del prestador procede exclusivamente de terceros, la transferencia de un riesgo de explotación «muy limitado» por parte de la entidad adjudicadora es suficiente para que pueda considerarse que existe una concesión de servicios (véase la sentencia Eurawasser, antes citada, apartado 77).
- 34 En efecto, es corriente que ciertos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como ocurre en el asunto principal, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. 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 en cuestión, incluso si el riesgo de explotación es muy limitado (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 72 y 74).

<sup>35</sup> En tales sectores, las entidades adjudicadoras no tienen influencia alguna en la configuración jurídico-pública del servicio ni, por tanto, en el nivel de riesgo que ha de transferirse, y no sería razonable, además, pedir a una 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 a éste (véase la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 75 y 76).

<sup>36</sup> Debe precisarse igualmente que no corresponde al Tribunal de Justicia calificar en concreto la operación controvertida en el litigio principal. El papel 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 la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 32). La calificación concreta del contrato compete al juez nacional, que debe comprobar si las circunstancias apreciadas corresponden a los criterios generales establecidos por el Tribunal de Justicia.

<sup>37</sup> A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).

- 38 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.
- 39 En el asunto principal, es preciso señalar, primeramente, que los precios de utilización no son determinados unilateralmente por el prestador de los servicios de socorro, sino a través de un acuerdo con los organismos de seguridad social sobre la base de negociaciones que deben llevarse a cabo anualmente. Estas negociaciones, cuyos resultados sólo son parcialmente previsibles, conllevan el riesgo de que el prestador de servicios deba enfrentarse a restricciones impuestas durante la vigencia del contrato. Estas restricciones pueden surgir en particular de la necesidad de alcanzar compromisos en el marco de las negociaciones o del procedimiento de arbitraje en relación con el nivel de los precios de utilización.
- 40 Tomando en consideración el hecho, subrayado por el propio órgano jurisdiccional remitente, de que los organismos de seguridad social con los que el prestador elegido tiene que mantener esas negociaciones consideran importante, habida cuenta de sus obligaciones legales, que los precios de utilización se fijen en un nivel tan bajo como sea posible, dicho prestador corre de este modo el riesgo de que dichos precios no sean suficientes para cubrir todos los gastos de explotación.
- 41 El prestador de servicios no puede precaverse contra estas posibilidades renunciando a la continuación de su actividad ya que, por un lado, las inversiones efectuadas por él quedarían sin amortizar y, por otro lado, se expondría a las consecuencias jurídicas de su decisión de resolver el contrato de manera anticipada. En cualquier caso, una

empresa especializada en los servicios de socorro no tiene más que una flexibilidad limitada en el mercado de los transportes.

- 42 En segundo lugar, de la Ley bávara se desprende que no garantiza la cobertura completa de los costes del operador.
- 43 Si los costes reales del operador superan, en un período determinado, los costes probables sobre cuya base se calcularon los precios de utilización, dicho operador puede encontrarse en una situación deficitaria y verse obligado a obtener una prefinanciación por sus propios medios. Es un hecho que la demanda de servicios de socorro puede estar sujeta a fluctuaciones.
- 44 Además, en caso de diferencia entre los costes reales y los costes probables reconocidos por los organismos de seguridad social, el resultado de la rendición de cuentas simplemente se inscribe en el orden del día de las negociaciones siguientes, lo cual no obliga a los organismos de seguridad social a compensar un eventual déficit durante el año siguiente y, de este modo, no implica una garantía de compensación completa.
- 45 Cabe añadir que, si los costes se prevén como parte del presupuesto, no puede efectuarse un traspaso del resultado positivo o negativo de la empresa al ejercicio siguiente.
- 46 En tercer lugar, el prestador elegido está en cierta medida expuesto al riesgo de impago de los deudores de los precios de utilización. Es cierto que la mayoría de los usuarios de los servicios están asegurados por organismos de seguridad social, pero una parte no despreciable de los usuarios son personas sin seguro o con seguro privado. Aunque la Oficina liquidadora central se encargue técnicamente de la recaudación de las deudas de estos últimos, no asume ni las obligaciones de las personas sin seguro o

con seguro privado ni garantiza el pago efectivo de los precios de utilización por parte de estas personas. De la información comunicada al Tribunal de Justicia se desprende que dicha Oficina central no dispone de las prerrogativas de una autoridad pública.

- 47 Por último, debe señalarse que, según las indicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, la Ley bávara no excluye que se permita a varios operadores prestar sus servicios en la misma zona. Así, en el asunto principal, la mancomunidad de municipios de Passau celebró contratos con dos prestadores de servicios.
- 48 Por consiguiente, procede responder a las cuestiones prejudiciales que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional, dicho contrato debe ser calificado de contrato de «concesión de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18.
- 49 Es preciso añadir que, a pesar de que, en el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva, en caso de que el contrato en cuestión revista un interés transfronterizo cierto, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de abril de 2010, Wall, C-91/08, Rec. p. I-2815, apartados 33 y 34 y jurisprudencia citada).

## Costas

- 50 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 Tercera) declara:

**El artículo 1, apartados 2, letra d), y 4, 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, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional, dicho contrato debe ser calificado de contrato de «concesión de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esta Directiva.**

Firmas