

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 13 de marzo de 2008¹

I. Introducción

1. En el presente caso, el Bundesvergabeamt austriaco plantea al Tribunal de Justicia un amplísimo catálogo de cuestiones sobre la interpretación de diferentes disposiciones del Derecho comunitario en materia de contratación pública. En esencia, las cuestiones giran en torno a la interpretación del concepto de «adjudicación» en el Derecho de contratación pública y, en particular, se trata de aclarar en qué condiciones la modificación de un contrato preexistente debe considerarse como nueva adjudicación de un contrato público de servicios, con la consecuencia de que, en su caso, previamente es necesario llevar a cabo un procedimiento de adjudicación y es preciso proteger los derechos de las empresas no tenidas en cuenta.

Austria y Austria Presse Agentur, establecida desde hace largo tiempo, relaciones que fueron objeto de modificaciones en los años 2000, 2001 y 2005.

II. Marco legal

A. Derecho comunitario

2. El trasfondo de la presente petición de decisión prejudicial es una enconada disputa por la prestación de servicios de agencia de prensa para las autoridades federales austriacas, en que presstext Nachrichtenagentur, un operador relativamente nuevo en el mercado austriaco, procede judicialmente contra las relaciones contractuales que tradicionalmente existen entre la República de

3. El marco legal comunitario para este asunto viene determinado por dos Directivas sobre contratación pública:

— la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación

1 — Lengua original: alemán.

de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios;²

«[A efectos de la presente Directiva se entenderá por] procedimientos negociados: aquellos procedimientos nacionales en que las entidades adjudicadoras celebren consultas con prestadores de servicios de su elección y negocien con uno o más de ellos las condiciones del contrato.»

- 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,³ en la versión resultante de la Directiva 92/50 (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»).⁴

5. El artículo 3 de la Directiva 92/50, comprendido también en el título I, establece, entre otras cosas:

«1. Las entidades adjudicadoras aplicarán procedimientos adaptados a las disposiciones de la presente Directiva al adjudicar contratos públicos de servicios y al convocar concursos.

Disposiciones relevantes de la Directiva 92/50

4. Entre las disposiciones generales del título I de la Directiva 92/50, el artículo 1, letra f), contiene la siguiente definición:

2. Las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.

2 — DO L 209, p. 1. Esta Directiva fue derogada y sustituida por 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). No obstante, el plazo para adaptar el Derecho nacional a esta última modificación no concluía hasta el 31 de enero de 2006. Dado que el Derecho austriaco tampoco hizo la adaptación de forma anticipada, esta Directiva carece de relevancia para los hechos del litigio principal, sucedidos en los años 2000, 2001 y 2005.

3 — DO L 395, p. 33.

4 — Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DO L 335, p. 31). Sin embargo, estas modificaciones no han entrado en vigor hasta el 9 de enero de 2008 y su plazo de incorporación a los Derechos nacionales no concluye hasta el 20 de diciembre de 2009, por lo que no tienen relevancia para los hechos del litigio principal.

[...]

6. En el título II de la Directiva 92/50 se encuentran, bajo el epígrafe «Doble régimen de aplicación», los artículos 8 a 10, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 8

«Las entidades adjudicadoras podrán adjudicar contrato[s] públicos de servicios por procedimiento negociado, sin publicar previamente un anuncio de licitación, en los siguientes casos:

Los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI.

[...]

Artículo 9

Los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I B se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los artículos 14 y 16.

- b) cuando, por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos exclusivos, los servicios sólo puedan ser prestados por un determinado prestador de servicios;

Artículo 10

[...]»

Los contratos que tengan por objeto los servicios que figuran tanto en el Anexo I A como en el Anexo I B se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI cuando el valor de los servicios del Anexo I A sea superior al valor de los servicios del Anexo I B. En los demás casos, se adjudicarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 16.»

7. El título III de la Directiva 92/50 lleva como epígrafe «Elección del procedimiento de adjudicación y normas relativas a los concursos de proyectos». Incluye el artículo 11, apartado 3, que establece lo siguiente:

8. El artículo 31, apartado 3, de la Directiva 92/50, comprendido en su título VI, establece:

«Si, por alguna razón justificada, el prestador de servicios no estuviere en condiciones de facilitar las referencias solicitadas por las entidades adjudicadoras, se le permitirá probar su capacidad económica y financiera por medio de cualquier otro documento que los poderes adjudicadores consideren apropiado.»

Disposiciones relevantes de la Directiva 89/665

9. El artículo 1 de la Directiva 89/665 prevé lo siguiente:

«1. En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes [...], cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

2. Los Estados miembros velarán para que entre las empresas que deban alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato no se produzcan discriminaciones a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales.

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de

obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso.»

10. El artículo 2 de la Directiva 89/665 reza como sigue:

«1. Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

[...]

b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales [...];

c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

2. Los poderes establecidos en el apartado 1 podrán conferirse a organismos distintos, responsables de aspectos diferentes de los procedimientos de recurso.

«1. Toda empresa que tuviera interés en celebrar un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que haya sufrido un perjuicio debido a la infracción alegada, podrá solicitar que se declare:

[...]

5. Los Estados miembros podrán establecer que, cuando se reclamare una indemnización por daños y perjuicios alegando que la decisión se adoptó de forma ilegal, la decisión cuestionada debe ser anulada en primer término por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto.

1. que la elección de la adjudicación directa o de un procedimiento de adjudicación sin publicidad previa fue ilícita por infringir la presente Ley o los reglamentos que la desarrollan o por infringir el Derecho comunitario directamente aplicable, o bien

[...]»

[...]

B. *Derecho nacional*

11. Del Derecho austriaco cabe destacar el artículo 331 de la Bundesvergabegesetz (Ley austriaca de contratación pública), en su versión vigente desde el 1 de febrero de 2006⁵ (en lo sucesivo, «BVergG 2006»), que constituye la base legal para el procedimiento declarativo ante el Bundesvergabeamt y establece, entre otras cosas:

4. que la adjudicación de un contrato directamente a una empresa sin permitir la participación de otras empresas estaba manifiestamente prohibida por las disposiciones de esta Ley.»

12. Con arreglo al artículo 332, apartados 2 y 3, de la BVergG 2006, el derecho a obtener una declaración previsto en el artículo 331 de la BVergG 2006 se extingue a los seis meses desde que se produjo la adjudicación.

5 — BGBl. I, n° 17/2006.

13. Del artículo 132, apartado 3, de la BVergG 2006 se deduce que la estimación de una solicitud con arreglo al artículo 331, apartado 1, punto 4, de dicha Ley conduce a la nulidad de la relación contractual desde el momento en que la declaración deviene firme.

14. Del procedimiento declarativo debe distinguirse la demanda de daños y perjuicios, cuya resolución no compete al Bundesvergabeamt, sino a los juzgados y tribunales austriacos del orden civil. Con arreglo al artículo 341, apartado 2, de la BVergG 2006, sólo se admite la demanda de daños y perjuicios en caso de que previamente haya habido un procedimiento declarativo en que se haya estimado la pretensión.

III. Hechos y proceso principal

15. Los antecedentes de este asunto los constituyen unos hechos que, con el apoyo de los datos expuestos en la resolución de remisión, se pueden resumir del modo siguiente.

1. *Las agencias de prensa partes en el procedimiento*

16. Austria Presse Agentur (en lo sucesivo, «APA») fue constituida en Austria como sociedad cooperativa⁶ tras la Segunda Guerra Mundial,⁷ y son socios de ella casi todos los diarios austriacos, además del Österreichischer Rundfunk (ORF). APA, junto con las empresas de su grupo, es líder en el mercado austriaco de agencias de prensa y presta de forma tradicional diferentes servicios dentro de este sector.

17. Por su parte, presstext Nachrichtengentur GmbH (en lo sucesivo, «PN») opera desde 1999 en el mercado austriaco de agencias de prensa, pero hasta ahora tan sólo ha realizado un número reducido de comunicados de prensa para organismos federales. PN cuenta también con un equipo más reducido de periodistas que APA y no dispone de un archivo tan extenso como esta última. En el año 2004, PN ofreció a la República de Austria la prestación de servicios de agencia de prensa, pero dicha oferta no derivó en la celebración de contrato alguno.

6 — De los autos se extrae que se trata de una sociedad cooperativa registrada de responsabilidad limitada.

7 — Ya en 1849 había sido fundada en Viena una organización antecesora de APA, la «Österreichische Correspondenz».

2. Las relaciones contractuales controvertidas entre APA y la República de Austria

18. En 1994, esto es, antes de su adhesión a la Unión Europea, la República de Austria celebró el llamado contrato marco con APA, que preveía la prestación de determinados servicios a cambio de contraprestaciones económicas.⁸ El mencionado contrato marco permitía básicamente a los organismos federales austriacos consultar y utilizar información actual (servicio básico) y solicitar a APA información histórica y comunicados de prensa históricos de una base de datos llamada «APADok», así como utilizar los servicios de textos originales (OTS) de APA tanto para su información como para la difusión de sus propios comunicados de prensa. La base de datos APADok contiene los datos del servicio básico desde el 1 de enero de 1988 y los comunicados OTS desde el 1 de junio de 1989.

19. El contrato marco se formalizó por tiempo indefinido e incluyó una renuncia a la resolución según la cual no sería posible resolver el contrato antes del 31 de diciembre de 1999. El contrato marco comprendía también disposiciones sobre el momento de los primeros incrementos de los precios, el importe máximo de cada incremento y la indización de los precios con arreglo al Verbraucherpreisindex 1986 (índice de precios al consumo), tomando como valor de referencia el índice calculado para el año 1994.

20. En septiembre de 2000, APA fundó la sociedad filial APA-OTS Originaltext-Service GmbH (en lo sucesivo, «APA-OTS»), de la que posee el 100 % de las participaciones. Entre ambas sociedades existe un contrato de exclusión de pérdidas y ganancias conforme al cual, según información de APA y de APA-OTS, esta última está integrada financiera, organizativa y económicamente en la empresa de APA y ha de proceder comercial y operativamente con arreglo a las instrucciones de APA. Además, APA-OTS está obligada a entregar sus beneficios anuales a APA, que, por su parte, debe cubrir el eventual déficit anual que registre APA-OTS.

21. APA transfirió a APA-OTS la actividad de sus servicios de textos originales OTS. Esta modificación fue comunicada a la República de Austria en octubre de 2000. En este contexto, un representante autorizado de APA, a consulta del Bundeskanzleramt, aseguró que APA respondería «solidariamente» junto con APA-OTS tras la segregación y que nada cambiaría en el «desarrollo del servicio en su conjunto». El Bundeskanzleramt, según su propia información, prestó su consentimiento a la futura prestación de los servicios OTS por APA-OTS, y en adelante las contraprestaciones por dichos servicios fueron abonadas directamente a APA-OTS.

22. En el año 2001 se modificaron, mediante un primer apéndice, las disposiciones sobre la contraprestación del contrato marco de 1994. Además de la conversión de los importes del chelín austriaco al euro, dicho

8 — Según información de la Presidencia del Bundeskanzleramt, que ha presentado observaciones en el presente procedimiento, se trataba de la adaptación de una relación contractual existente desde 1946.

apéndice estableció unos importes máximos⁹ para la incorporación de comunicados de los organismos federales al OTS durante los años 2003 y 2004, importes que no podrían ser incrementados. Asimismo, se adaptó la cláusula de actualización tomando como referencia un nuevo índice que representaba el sucesor del utilizado en el contrato marco.

23. El octubre de 2005, un segundo apéndice que entraba en vigor el 1 de enero de 2006 introdujo dos nuevas modificaciones en el contrato marco en la versión del primer apéndice: el descuento en los precios por las consultas *on line* a los servicios de información de APA se incrementó del 15 % al 25 % y las partes acordaron una renovación de la renuncia a la resolución hasta el 31 de diciembre de 2008.

3. *El procedimiento ante el Bundesvergabeamt (procedimiento declarativo)*

24. PN solicita al Bundesvergabeamt la protección de sus derechos frente a las operaciones, a su juicio contrarias al Derecho de contratación pública, relacionadas con la incorporación de APA-OTS como prestador de servicios para la República de Austria y con los dos apéndices al contrato marco entre APA y la República de Austria.

25. Con sus solicitudes presentadas el 4 y el 19 de julio de 2006, PN pide al Bundesvergabeamt que declare, con arreglo al artículo 331 de la BvergG 2006, que la división del contrato mediante la reestructuración de APA en el año 2000 y los apéndices al contrato marco suscritos por dicha sociedad, que ella denomina «adjudicaciones de facto», en 2001 y 2005 son ilícitos; subsidiariamente, pide que declare contraria a Derecho la elección del procedimiento de adjudicación de que se trata.¹⁰

26. Respecto a los plazos de solicitud, el Bundesvergabeamt expone que, aunque las operaciones impugnadas datan de los años 2000, 2001 y 2005, el recurso disponible en Derecho interno contra las adjudicaciones ilícitas de contratos públicos, es decir, la solicitud de declaración que genera la ineficacia de los contratos, no se introdujo hasta más tarde, con efectos a partir de 1 de febrero de 2006. El plazo previsto para dicho recurso es de seis meses desde la fecha de la adjudicación ilícita. No obstante, el Bundesvergabeamt estima oportuna, siempre que sea compatible con el Derecho comunitario, la aplicación del artículo 1.496 del Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austriaco; en lo sucesivo, «ABGB»), según el cual los plazos de prescripción no transcurren mientras no exista un mecanismo de tutela.

9 — Dichos importes máximos se aplican siempre que los comunicados sean transmitidos *on line*.

10 — Conforme a la resolución de remisión, la pretensión principal de PN se fundamenta en el artículo 331, apartado 1, punto 4, de la BvergG 2006, y la pretensión subsidiaria, en el artículo 331, apartado 1, punto 1, de la misma Ley.

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

27. Mediante auto de 7 de noviembre de 2006, adoptado el 10 de noviembre de 2006 y recibido en el Tribunal de Justicia el 13 de noviembre de 2006, el Bundesvergabeamt suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿[Debe] interpretarse el término “adjudicar” del artículo 3, apartado 1, y [...] de los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50 en el sentido de que [comprende] supuestos en los que la entidad adjudicadora proyecta obtener en el futuro prestaciones de una empresa que reviste la forma de una sociedad de capital, si estos servicios habían sido prestados anteriormente por otro prestador que, por una parte, es socio único de la futura empresa prestadora de los servicios y, por otra parte, controla a ésta a través de instrucciones? En tal supuesto, ¿tiene relevancia jurídica que la entidad adjudicadora no tenga la seguridad de que las participaciones sociales en la futura empresa prestadora no sean transmitidas en todo o en parte a terceros durante el período total de vigencia de la contrata original y tampoco tenga la seguridad de que la composición accionarial de la empresa prestadora del servicio, que originariamente revestía la forma de cooperativa, no se transforme en el curso del período total de vigencia del contrato?
- 2) ¿[Debe] interpretarse el término “adjudicar” del artículo 3, apartado 1, y [...] de los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50 en el sentido de que [comprende] supuestos en los que la entidad adjudicadora acuerda con los prestadores del servicio, durante el período de vigencia del contrato celebrado por tiempo indefinido para prestar conjuntamente un servicio, modificaciones de la retribución de determinadas prestaciones contractuales y transforma una cláusula de garantía del valor, si tales transformaciones dan lugar a una modificación de la retribución y tienen lugar a raíz de la introducción del euro?
- 3) ¿[Debe] interpretarse el término “adjudicar” del artículo 3, apartado 1, y [...] de los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50 en el sentido de que [comprende] supuestos en los que, durante el período de vigencia del contrato celebrado por tiempo indefinido para prestar conjuntamente un servicio, la entidad adjudicadora acuerda con el prestador del servicio, en el marco de una modificación del contrato, por una parte, la prórroga por tres años de una renuncia a la resolución que ya no estaba vigente en el momento de celebrar el nuevo contrato, habida cuenta de que, por otra parte, en esta modificación del contrato se fija además una rebaja superior a la acordada hasta ese momento para determinadas retribuciones vinculadas a la magnitud de las prestaciones en un ámbito determinado de la prestación?
- 4) Si se responde afirmativamente a las tres primeras cuestiones, en el sentido de que existe efectivamente una adjudicación:

¿Deben interpretarse el artículo 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50 [...]

u otras disposiciones comunitarias, especialmente el principio de transparencia, en el sentido de que permiten a una entidad adjudicadora adjudicar la prestación de servicios en un único contrato mediante un procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, cuando parte de las prestaciones incluidas estén sometidas a la obligación de respetar derechos exclusivos como los mencionados en el artículo 11, apartado 3, letra b), de la citada Directiva? ¿O, por el contrario, el principio de transparencia u otras normas comunitarias obligan, al adjudicar la prestación de servicios que, en su mayor parte, no son prioritarios, a publicar no obstante un anuncio de licitación antes de proceder a la adjudicación, para permitir a las empresas interesadas comprobar si se adjudican efectivamente servicios sometidos a una norma de protección de derechos exclusivos? ¿O, en tal caso, obligan las disposiciones comunitarias sobre adjudicación de contratos públicos a adjudicar la prestación de servicios únicamente en procedimientos de adjudicación separados, dependiendo de la existencia o inexistencia de derechos exclusivos, con el fin de permitir la competencia, aunque sólo sea parcialmente?

- 5) Si se responde a la cuarta cuestión en el sentido de que la entidad adjudicadora puede adjudicar, en un único procedimiento de adjudicación, la prestación de servicios no sometidos a la protección de derechos exclusivos junto con la adjudicación de servicios sometidos a la protección derechos exclusivos:

En caso de que una empresa no esté facultada para disponer de información protegida por derechos exclusivos de otra empresa, que ocupa una posición de dominio del mercado, ¿puede aquélla justificar su

capacidad, conforme a las normas sobre adjudicación de contratos, para prestar la totalidad del servicio a la entidad adjudicadora, invocando el artículo 82 CE y la obligación, que impone este artículo a la empresa que dispone de los datos y que ocupa una posición dominante en un Estado miembro, de transmitir la información en condiciones razonables?

- 6) Si se responde a las cuestiones primera, segunda y tercera en el sentido de que la cesión de contrato parcial acaecida en 2000 o una o las dos modificaciones de contrato mencionadas constituyen adjudicaciones nuevas y, además, si se responde a la cuarta cuestión en el sentido de que se debía adjudicar separadamente un contrato de servicios no sometidos a derechos exclusivos o de que, al adjudicar el conjunto del contrato de servicios (en el presente asunto, comunicados de prensa, servicios básicos y derecho de uso de la base de datos APADok), la entidad adjudicadora debería haber publicado previamente el anuncio de licitación a efectos de transparencia y de posibilidad de controlar la adjudicación proyectada:

¿Deben interpretarse los conceptos de “perjudicada” del artículo 1, apartado 3, y “perjudicadas” del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 [...] en el sentido de que, en un supuesto como el de autos, una empresa se ha visto perjudicada a efectos de dichas disposiciones por el mero hecho de haberse visto privada de la posibilidad de participar en un procedimiento de adjudicación, al no haber publicado previamente la entidad adjudicadora ningún anuncio de licitación sobre cuya base la empresa hubiera podido presentar su candidatura o una oferta o instar, ante las autoridades competentes para controlar las adjudicaciones, la comprobación de la existencia de los supuestos derechos exclusivos?

7) ¿Los principios comunitarios de equivalencia, de tutela judicial efectiva o de efectividad deben interpretarse, teniendo en cuenta las demás disposiciones del Derecho comunitario, en el sentido de que confieren a una empresa un derecho subjetivo y absoluto, que puede ejercer frente a un Estado miembro, a interponer ante las autoridades nacionales competentes, tras la adjudicación de un contrato público, una acción destinada a obtener una indemnización de los perjuicios sufridos a consecuencia de una infracción de las normas comunitarias sobre adjudicación de contratos, durante, al menos, seis meses contados a partir del momento en que pudo tener conocimiento de la adjudicación ilegal, debiéndosele conceder además unos plazos adicionales por los períodos en los que no pudo ejercitar los correspondientes derechos a falta de una base jurídica nacional, cuando las reclamaciones de indemnización por actos irregulares con arreglo a la normativa nacional están sometidos en el Derecho nacional, por lo general, a plazos de prescripción de 3 años contados a partir del momento en el que se tuvo conocimiento del daño y de la identidad de quien lo ocasionó, y dichos plazos de prescripción no transcurren ni expiran cuando no existen mecanismos de tutela jurídica en un determinado ámbito?»

28. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han formulado observaciones, por escrito y oralmente, PN, APA y APA-OTS, la República de Austria y la Comisión. Asimismo, han intervenido por escrito en el procedimiento la Presidencia del Bundeskanzleramt austriaco en su calidad de poder público adjudicador y el Gobierno lituano, y ha presentado observaciones orales el Gobierno francés.

V. Admisibilidad de la petición de resolución prejudicial

29. Antes de ocuparme del contenido de las cuestiones, debo hacer unas breves observaciones sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

1. La facultad de remisión del Bundesvergabeamt

30. El Bundesvergabeamt austriaco es un órgano estable, constituido por ley, con competencias obligatorias en asuntos de adjudicación de contratos con la Federación como poder contratante.¹¹ Su función es resolver en procedimientos litigiosos basándose en las disposiciones del Derecho federal austriaco. En ellos constituye tanto la primera como la última instancia.¹² Sus miembros no están sometidos a instrucciones en el ejercicio de sus respectivas funciones y su nombramiento es por períodos de al menos cinco años, aunque en algunos casos es por tiempo indefinido.¹³

11 — Artículo 291 de la BVergG 2006.

12 — Artículo 291, apartado 2, segunda frase, de la BVergG 2006.

13 — Artículos 292 y 295 de la BVergG 2006.

31. Por lo tanto, el Bundesvergabeamt es un órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234 CE¹⁴ y está facultado para remitir cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En consecuencia, el Tribunal de Justicia¹⁵ ya ha respondido en diversas ocasiones a peticiones de decisión prejudicial del Bundesvergabeamt.¹⁶

33. En particular, de la resolución de remisión se deduce que con las cuestiones prejudiciales se pretende dilucidar si en el procedimiento nacional es necesario acordar amplias diligencias probatorias sobre determinados hechos o si el litigio principal ya está suficientemente sustanciado sin dichas pruebas.

2. La admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, en general

32. La crítica formulada por APA y por APA-OTS a la compleja y enrevesada redacción de la petición de decisión prejudicial en nada cambia el hecho de que las cuestiones prejudiciales siguen siendo, en su conjunto, comprensibles. De las explicaciones presentadas por el Bundesvergabeamt en la resolución de remisión se extrae con suficiente claridad el marco fáctico y jurídico en que se insertan las cuestiones y por qué las considera relevantes el Bundesvergabeamt para el presente caso.

34. Debe señalarse que incumbe al órgano jurisdiccional nacional decidir en qué fase del procedimiento procede plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.¹⁷ Lo determinante es que el órgano jurisdiccional remitente definió de manera suficiente el marco tanto fáctico como jurídico en el que formula su petición de interpretación del Derecho comunitario y que proporcionó al Tribunal de Justicia toda la información necesaria para que éste pudiera responder eficazmente a dicha petición.¹⁸ En contra de la opinión de APA y de APA-OTS, eso es lo que sucede en este caso, por lo que no hay objeción posible a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial en general.

14 — Sobre la reiterada jurisprudencia acerca del concepto de órgano jurisdiccional, véanse las sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961), apartado 23; de 31 de mayo de 2005, Syfait y otros (C-53/03, Rec. p. I-4609), apartado 29, y de 18 de octubre de 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Rec. p. I-8817), apartado 19.

15 — Véanse las sentencias de 14 de noviembre de 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Rec. p. I-10567), especialmente los apartados 25 a 28; de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE Telekom (C-314/01, Rec. p. I-2549), y de 2 de junio de 2005, Koppensteiner (C-15/04, Rec. p. I-4855). Según la resolución de remisión, la actual estructura organizativa del Bundesvergabeamt, basada en la BVergG 2006, se corresponde básicamente con la del caso Koppensteiner.

16 — De forma similar, el Tribunal de Justicia ha reconocido como órgano jurisdiccional facultado para la remisión de cuestiones prejudiciales a un comité supervisor de concesiones de la Federación, como el que existía en su momento en Alemania (sentencia Dorsch Consult, citada en la nota 14, apartado 38).

17 — Sentencias de 10 de julio de 1984, Campus Oil y otros (72/83, Rec. p. 2727), apartado 10; de 12 de junio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659), apartado 39, y de 17 de abril de 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Rec. p. I-2749), apartado 45.

18 — Sentencia Schmidberger, citada en la nota 17, apartados 40 y 41.

3. *La admisibilidad de la sexta cuestión en particular*

35. No obstante, surge un problema especial de admisibilidad al respecto de la sexta cuestión prejudicial, cuyo objeto es la interpretación del concepto de perjuicio y perjudicado en el artículo 1, apartado 3, y en el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665.

36. En el litigio principal, un procedimiento basado en el artículo 331 de la BVergG 2006, el Bundesvergabeamt únicamente tiene competencias para la *declaración de una eventual infracción* de la normativa sobre contratación pública, pero no para el *reconocimiento de una indemnización*, que se reserva a los órganos jurisdiccionales austriacos del orden civil.¹⁹ Por eso, no está legitimado para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales relativas a la propia indemnización por daños y perjuicios o a los requisitos para concederla.²⁰

37. Debido a lo anterior, la sexta cuestión prejudicial sólo es admisible en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad de un recurso con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665. Pero, en la medida en que la sexta cuestión se refiere al artículo 2, apartado 1, letra c),

de la Directiva 89/665, es inadmisibile, ya que este precepto versa directamente sobre la concesión de una indemnización por daños y perjuicios.

4. *Conclusión parcial*

38. En consecuencia, la presente petición de decisión prejudicial es en su conjunto admisible, con la excepción de la parte de la sexta cuestión que se refiere al artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665.

VI. *Apreciación del contenido de las cuestiones prejudiciales*

39. En cuanto al contenido, esta extensísima petición de decisión prejudicial trata de aclarar en qué condiciones la modificación de un contrato preexistente debe considerarse como adjudicación de un contrato público de servicios, con la consecuencia de que, en su caso, previamente es necesario llevar a cabo un procedimiento de adjudicación y procede proteger los derechos de las empresas no tenidas en cuenta.

40. No es objeto del presente procedimiento la muy interesante y de mayor calado

19 — Austria ha aprovechado la posibilidad que ofrece el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 89/665 de conferir los poderes de los procedimientos de recurso a organismos distintos.

20 — Sentencia de 19 de junio de 2003, GAT (C-315/01, Rec. p. I-6351), apartado 38.

cuestión de si la formalización de contratos de ejecución sucesiva por tiempo indefinido está sometida por la normativa sobre contratación pública o por otras disposiciones del Derecho comunitario a algún tipo de límites. Dado que el contrato marco de 1994, de duración indefinida, fue celebrado antes de la adhesión de Austria a la Unión Europea,²¹ este problema no precisa de mayor atención, ni siquiera como cuestión previa.²²

A. Las cuestiones primera, segunda y tercera

41. Con sus primeras tres cuestiones, el Bundesvergabeamt quiere saber en qué circunstancias procede considerar como nueva adjudicación de un contrato público de servicios en el sentido de la Directiva 92/50 las modificaciones de relaciones contractuales existentes entre una entidad pública adjudicadora y un prestador de servicios.

21 — Véase a este respecto la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357), apartados 53 y 54. A diferencia de las operaciones controvertidas de los años 2000, 2001 y 2005, que sucedieron durante la vigencia del Derecho comunitario, las Directivas sobre contratación pública no eran de aplicación al contrato marco, pues en 1994 Austria aún no era miembro de la Unión Europea.

22 — Sobre el problema específico de la vinculación de un contrato por tiempo indefinido con una renuncia a la resolución, véase especialmente el punto 74 de estas conclusiones.

42. Este problema aún no ha sido tratado de forma general por la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios.²³

1. Observación inicial: el criterio de la modificación esencial del contrato

43. Sobre todo en los contratos de ejecución sucesiva y en los de larga duración suele ser necesaria una actualización del contenido a lo largo de su tiempo de vigencia, cuando alguna disposición contractual (por ejemplo, debido a una alteración imprevista de las circunstancias externas) deja de considerarse adecuada. La adaptación del contenido contractual a las nuevas circunstancias puede contribuir a una mejor realización del objetivo del contrato.

44. Sin embargo, si el contrato original tenía por objeto un servicio público, las modificaciones del contenido siempre plantean la cuestión de si procede realizar un (nuevo, en su caso) procedimiento de adjudicación. Por lo general, en este sentido surgen tensiones entre la aspiración por continuar de la forma más eficiente posible la prestación del servicio, por un lado, y la obligación de

23 — Una petición de decisión prejudicial del Oberlandesgericht Rostock alemán no condujo a una resolución del Tribunal de Justicia (asunto C-50/03, archivado el 9 de noviembre de 2004).

garantizar la igualdad de oportunidades para todos los contratistas actuales y potenciales, por otro.

la adjudicación de contratos por consideraciones que no tengan carácter económico.²⁶

45. En principio, no se excluye *a priori* que las posteriores modificaciones del contenido de los contratos existentes cumplan (de nuevo, en su caso) el supuesto de hecho para la adjudicación de un contrato público, con la consecuencia de que deba llevarse a cabo un procedimiento de adjudicación, pues los conceptos jurídicos que definen el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, según reiterada jurisprudencia, deben interpretarse en sentido amplio.²⁴

47. En este sentido, la propia Directiva 92/50 tiene como objetivo principal la libre circulación de servicios y la apertura de los mercados a la competencia y que ésta sea lo más amplia posible.²⁷ A tal fin, es necesario un procedimiento transparente y no discriminatorio para la adjudicación de contratos públicos de servicios, de manera que se garantice la igualdad de oportunidades entre todos los posibles prestadores de servicios.

46. Sin embargo, en último término la interpretación del concepto de adjudicación debe orientarse por los objetivos de la Directiva correspondiente. La coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y proteger los intereses de los operadores económicos de otros Estados miembros.²⁵ Se trata de evitar que los poderes públicos adjudicadores den preferencia a los licitadores o candidatos nacionales y que se guíen en

48. En atención a estos objetivos, no todas las modificaciones de menor entidad sobre contratos públicos de servicios precisan de un procedimiento previo de adjudicación. Solo las *modificaciones esenciales del contrato*, que sean capaces, en el caso concreto, de falsear la competencia en el mercado de que se trate y de dar preferencia a los contratistas del adjudicador público frente a otros posibles prestadores de servicios justifican la realización de un nuevo procedimiento de adjudicación.²⁸

24 — Sobre la interpretación en sentido amplio de diferentes conceptos que definen el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, véanse las sentencias de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931), apartado 43; de 8 de septiembre de 2005, Espace Trianon y Sofibail (C-129/04, Rec. p. I-7805), apartado 73, y de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Italia (C-119/06, no publicada en la Recopilación), apartado 43.

25 — Sentencias de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821), apartado 41; de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec. p. I-8035), apartado 16; de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda (C-507/03, Rec. p. I-9777), apartado 27, y de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros (C-337/06, Rec. p. I-11173), apartado 38; véanse también los considerandos segundo y sexto de la Directiva 92/50.

26 — Sentencias University of Cambridge, citada en la nota 25, apartado 17; Felix Swoboda, citada en la nota 15, apartado 45, y Bayerischer Rundfunk y otros, citada en la nota 25, apartado 36.

27 — Sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1), apartados 44 y 47, y Bayerischer Rundfunk y otros, citada en la nota 25, apartado 39.

28 — En este sentido, véanse también las sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-337/98, Rec. p. I-8377), apartados 46, 50 y 51, y de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Rec. p. I-3801), apartado 117, que hacen referencia a los aspectos *esenciales* del contrato o a las condiciones *esenciales* de licitación.

49. En particular, hay que presumir la existencia de una modificación esencial siempre que no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación por un contrato público, o que, a la vista de las nuevas condiciones contractuales podrían estar ahora interesados en la licitación, o que con las nuevas condiciones podría haberse hecho con el contrato un licitante que en su día no lo consiguió.²⁹

50. Estos razonamientos constituyen la base para mi examen acerca de las tres primeras cuestiones prejudiciales.

2. Sobre la primera cuestión

a) Primera parte de primera cuestión: la contratación de APA-OTS

51. Con la primera parte de su primera cuestión, el Bundesvergabeamt pretende saber,

básicamente, si debe considerarse que existe una nueva adjudicación de un contrato público de servicios en el sentido de la Directiva 92/50 cuando un adjudicador público acepta que la ejecución de una parte de ese contrato sea transferida a una filial del contratista a la cual éste tenga derecho de dar instrucciones y de la que posea el 100 % de las participaciones, aunque esta participación al 100 % no esté garantizada para toda la vigencia del contrato.

52. El trasfondo de esta cuestión lo constituye la segregación de los servicios OTS desde APA hacia su filial APA-OTS en el año 2000. Sin embargo, tanto si esta reestructuración interna del grupo APA derivó en una «escisión contractual», como en una cesión de contrato, en una novación o en una subrogación,³⁰ queda claro que los mencionados servicios en adelante fueron prestados directamente por APA-OTS con el consentimiento del Bundeskanzleramt y la retribución por ellos también fue abonada directamente a APA-OTS.

53. Por lo tanto, en la ejecución práctica del contrato se produjo, en el año 2000, un cambio parcial del prestador de servicios.

²⁹ — Es evidente que, en la práctica, no siempre será sencillo distinguir entre modificaciones contractuales esenciales y no esenciales, pues para ello siempre será necesaria una valoración de las circunstancias del caso. Sin embargo, en ningún área del Derecho es posible evitar totalmente la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y que exigen una labor interpretativa, y la normativa sobre contratación pública no es una excepción.

³⁰ — A este respecto no parece haber acuerdo entre las partes del litigio principal, y tampoco la resolución de remisión utiliza una terminología uniforme. Sin embargo, incumbe al Bundesvergabeamt dilucidar cómo calificar la operación desde el punto de vista del Derecho civil.

54. El cambio de prestador de servicios durante la vigencia de un contrato público hace pensar, *a priori*, en una modificación esencial del contrato; sin embargo, se confía la ejecución del contrato público, total o parcialmente, a una empresa que no ha tenido que competir con otros licitantes y cuya elección tampoco se ha basado en una comparación con otros posibles licitantes. Una operación de este tipo comporta el riesgo de la elusión de la normativa sobre contratación pública y puede producir un falseamiento de la competencia en el mercado de que se trate, además de dar preferencia a los nuevos prestadores de servicios frente a otros posibles.

55. No obstante, las especiales circunstancias del caso concreto pueden implicar que los cambios en la parte del contratista, de forma excepcional, no representen una modificación esencial del contrato. A este respecto, hemos de considerar dos tipos de supuestos.

56. El primero de ellos se refiere a la *incorporación de subcontratistas* por el contratista de un adjudicador público. Para no restringir de forma excesiva el círculo de posibles prestadores de servicios, la Directiva 92/50 prevé expresamente la posibilidad de que la entidad adjudicadora permita la adjudicación de subcontratas a terceros.³¹ Es característico de este tipo de supuestos que al contratista principal le corresponda, aun después

de la concesión de la subcontrata, la plena responsabilidad por la ejecución del contrato de servicios en su conjunto o, al menos, la responsabilidad conjunta.

57. El segundo tipo de supuestos se refiere a *modificaciones organizativas de tipo meramente interno* por parte del contratista del adjudicador público. En esta categoría puede incluirse también la contratación de una de sus filiales para la ejecución del contrato. En el presente asunto no es necesaria una aclaración concluyente del grado de vinculación que debe tener el contratista con su correspondiente filial, ya que, en cualquier caso, están comprendidas las sociedades filiales que queden sometidas al control del contratista de forma similar a como lo están los propios departamentos de su empresa. La incorporación de la filial a la ejecución del contrato se asemeja entonces a una «operación in house»³² por parte del prestador de servicios, mediante la cual no se producen modificaciones esenciales en las condiciones de ejecución del contrato público (al menos, desde el punto de vista económico).

58. En ambos tipos de supuestos está garantizado que la modificación en la parte del prestador de servicios no cause ningún falseamiento de la competencia y, en consecuencia, no constituya una modificación esencial del contrato.

31 — Véanse los artículos 25 y 32, apartado 2, letras c) y h), de la Directiva 92/50, así como la sentencia de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia* (C-176/98, Rec. p. I-8607), apartados 26 y 27. Sin embargo, el recurso a la subcontratación para la ejecución de *partes esenciales* del contrato puede ser objeto de restricción por el Derecho nacional (sentencia *Siemens y ARGE Telekom*, citada en la nota 15, apartado 45).

32 — Sobre los presupuestos de la existencia de una operación in house, véanse en especial las sentencias de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartado 50; *Stadt Halle y RPL Lochau*, citada en la nota 27, apartado 49; de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 62, y de 19 de abril de 2007, *Asemfo* (C-295/05, Rec. p. I-2999), apartado 55; sobre el concepto de «operación in house», véanse mis conclusiones presentadas el 1 de marzo de 2005 en el asunto *Parking Brixen*, puntos 1 y 2.

59. Las operaciones como la transmisión en el año 2000 de los servicios OTS a APA-OTS, objeto del presente litigio, se asemeja a primera vista a la adjudicación de una subcontrata por APA (primer tipo). A favor de esta tesis habla el hecho de que los servicios afectados van a ser prestados en adelante por una persona jurídica diferente de APA, y esta misma va a responder solidariamente de la ejecución de todo el contrato público de servicios, incluidas las funciones asumidas por APA-OTS.

60. Sin embargo, un examen más detenido del caso permite asimilar una organización como APA-OTS no tanto a un subcontratista independiente de APA como a un departamento de la propia empresa de APA. Una operación como la incorporación de APA-OTS a la ejecución del contrato público en el año 2000 representa una reorganización meramente interna por parte del prestador de servicios APA (segundo tipo).

61. Aunque parte de los servicios que ha de prestar APA en adelante van a ser ejecutados por una persona jurídica diferente, APA-OTS, desde el punto de vista económico ésta no constituye un tercero, pues está plenamente sometida al control de su sociedad matriz, APA. No sólo la participación al 100 % de APA, sino también el derecho de dar instrucciones que le asiste y el contrato de exclusión de pérdidas y ganancias garantizan que APA-OTS sea controlada por su sociedad matriz como un auténtico departamento de la empresa. Por todo ello, en lo económico nada ha cambiado en las condiciones de ejecución del contrato público.

62. Así, una operación como la realizada en el año 2000 no constituyó ninguna modificación esencial del contrato, por lo que no hubo de tratarse como una (nueva) adjudicación de contrato público de servicios.

63. A esto no se opone el hecho de que la participación al 100 % de APA en APA-OTS no esté asegurada para toda la vigencia del contrato.³³ A pesar de que, en teoría, APA siempre puede enajenar sus participaciones en APA-OTS a terceros, lo relevante para la cuestión que estamos tratando, es decir, si en el año 2000 se produjo una modificación esencial del contrato y, por ende, una adjudicación de contrato público de servicios, son los acontecimientos concretos entonces previsibles.

64. El principio de seguridad jurídica exige apreciar la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación siempre *ex ante*, es decir, en el momento de celebración del negocio jurídico.³⁴ En efecto, tanto desde el punto de vista de la entidad adjudicadora y de su contratista como desde el punto de vista de los competidores no tenidos en cuenta es necesario poder determinar desde el momento de realizar una operación si es o no preciso llevar a cabo un procedimiento de adjudicación. La consideración de circunstancias posteriores sólo puede plantearse si

33 — Lo mismo cabe afirmar respecto a la anulabilidad del contrato de exclusión de pérdidas y ganancias.

34 — Véanse al respecto mis conclusiones presentadas el 1 de marzo de 2005 en el asunto Parking Brixen, citadas en la nota 32, punto 56. La cuestión de la *previsibilidad en concreto* de una enajenación de participaciones a terceros desempeña un papel decisivo también en las sentencias de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (C-29/04, Rec. p. I-9705), apartados 38 a 41; de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartados 30 a 32, y Parking Brixen, citada en la nota 32, apartado 67, letra c).

su verificación ya era altamente previsible en el momento de la operación.

65. De los autos se desprende que en el momento de la integración de APA-OTS en la ejecución del contrato público no había razones concretas para pensar en una eventual enajenación de participaciones por parte de APA. En tales circunstancias, sostengo mi apreciación de que una operación como la del año 2000 no constituyó una modificación esencial del contrato, por lo que no era necesario un procedimiento de adjudicación.

b) Segunda parte de primera cuestión: la composición de APA

66. El Bundesvergabeamt quiere saber también si, en relación con una operación como la del año 2000, tiene alguna relevancia que el círculo de socios de APA pudiera sufrir alguna variación durante la vigencia del contrato.

67. Una variación de ese tipo puede tener relevancia en relación con la normativa sobre contratación pública si tiene como consecuencia un cambio, siquiera parcial, en el prestador de servicios y, en consecuencia, debe considerarse una modificación esencial del contrato.

68. Por ejemplo, si el prestador de servicios es un simple consorcio sin personalidad jurídica propia, normalmente cada miembro del consorcio asume sus derechos y obligaciones con la entidad adjudicadora mediante el contrato. Entonces, la modificación en la composición del consorcio podrá conducir a que se confíe la ejecución del contrato público, total o parcialmente, a una empresa que no ha tenido que competir con otros licitantes y cuya elección tampoco se ha basado en una comparación con otros posibles licitantes. En tal caso (y con la salvedad de las excepciones antes descritas)³⁵ estaremos ante una modificación esencial del contrato.³⁶

69. Por el contrario, si el prestador de servicios es una persona jurídica, sólo ésta será la contratista del adjudicador público y ninguna alteración que se produzca entre sus propietarios constituirá una modificación esencial del contrato.³⁷

35 — Véanse los puntos 55 a 58 de estas conclusiones.

36 — La sentencia de 23 de enero de 2003, *Makedoniko Metro y Michaniki* (C-57/01, Rec. p. I-1091), apartado 61, deja bien claro que la normativa referente a la composición de agrupaciones de empresarios es competencia de los Estados miembros. Por lo tanto, a los Estados miembros les corresponde determinar si se permiten siquiera los cambios en la composición de las agrupaciones. Sin embargo, debe distinguirse de esta cuestión la que aquí interesa: si tales cambios, *después* de conseguirse la adjudicación del contrato, deben considerarse modificaciones esenciales del contrato y, en consecuencia, vuelve a cumplirse el supuesto de una adjudicación de contrato público. Esta última cuestión incumbe al Derecho comunitario.

37 — Si se pretendiera que toda modificación en las relaciones de propiedad de una persona jurídica diera lugar a un nuevo procedimiento de adjudicación, prácticamente sería imposible la adjudicación de contratos públicos a sociedades con cotización en bolsa, cuyos accionistas cambian incluso a diario.

70. En el presente caso, de los autos se desprende que APA es una «cooperativa registrada de responsabilidad limitada», de lo que se deduce que APA tiene personalidad jurídica propia. Por eso, sin perjuicio de las apreciaciones del Bundesvergabeamt al respecto, los cooperativistas de APA no son los contratistas de la República de Austria, sino solamente APA misma. En tal caso, los eventuales cambios entre los miembros de la cooperativa no representan ninguna modificación esencial del contrato.

mentarse el descuento anterior en diez puntos porcentuales.

72. El trasfondo de esta pregunta viene dado por el segundo apéndice al contrato marco, pactado en 2005 entre APA y la República de Austria.

3. Sobre la tercera cuestión

71. Con su tercera cuestión, el Bundesvergabeamt quiere saber, básicamente, si debe considerarse que existe una nueva adjudicación de contrato público de servicios en el sentido de la Directiva 92/50 cuando la entidad adjudicadora y el prestador de servicios modifican, durante su vigencia, un contrato de servicios existente entre ellos, de manera que:

- se prorrogue por tres años más una renuncia a la resolución previamente pactada y que ya no estaba en vigor, y
- determinadas retribuciones difieran de las anteriormente pactadas al incre-

a) Primera parte de tercera cuestión: la prórroga de la renuncia a la resolución

73. La primera parte de la tercera cuestión se refiere a la prórroga acordada en 2005 de una renuncia a la resolución entre las partes del contrato, que ya entonces no estaba en vigor.

74. Desde el punto de vista del Derecho de contratación pública sería problemático pactar, en relación con un contrato de ejecución sucesiva por tiempo indefinido, una renuncia a la resolución por un período amplio, o excluir totalmente la posibilidad de la resolución por parte de la entidad adjudicadora. Un pacto de tal naturaleza imposibilitaría a la larga cualquier competencia entre los posibles prestadores de servicios y, por ello, sería absolutamente contrario a los objetivos de las Directivas sobre contratación pública.

75. Sin embargo, la renuncia a la resolución que se pactó en el año 2005 para un período de tres años representa una situación diferente. Se trata de un tipo de renuncia que no puede considerarse *a priori* inadmisible por la normativa sobre contratación pública. No obstante, es preciso comprobar si hubiera debido someterse a un procedimiento de adjudicación³⁸, lo cual dependerá de si la mencionada renuncia merece la consideración de una modificación esencial del contrato marco preexistente.

76. Para poder calificarla de modificación esencial del contrato, una renuncia a la resolución por un número limitado de años debe ser capaz de falsear la competencia en el mercado de que se trate y de dar preferencia a los contratistas del adjudicador público frente a otros posibles prestadores de servicios.³⁹

77. Esto sólo puede suceder de forma excepcional, a saber, cuando al pactar la renuncia a la rescisión existan razones concretas para pensar que la entidad adjudicadora, de no haberla pactado, se hubiera desvinculado del contrato durante el plazo previsto de vigencia de la renuncia. Sólo en ese caso otros posibles prestadores de servicios habrían podido tener esperanzas de poder sustituir, total o parcialmente, al actual contratista durante ese período.

78. A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que los adjudicadores públicos no estaban obligados a terminar antes de tiempo las relaciones contractuales existentes establecidas sin infracción del Derecho vigente; la adhesión de Austria a la Unión Europea no generó obligación alguna para los adjudicadores públicos de resolver el contrato marco existente ni de convocar una nueva licitación.⁴⁰ Por lo tanto, aunque jurídicamente hubiera sido posible para la República de Austria una resolución del contrato de prestación de servicios con APA desde la expiración de la renuncia a la resolución inicialmente pactada (1994), no era en modo alguno obligatoria.

79. En segundo lugar (sin perjuicio de las apreciaciones que aún pueda realizar el Bundesvergabamt), en el año 2005 tampoco había para la República de Austria ningún motivo económico que pudiera incitarla a cambiar de prestador de servicios durante el período contemplado y relativamente abarcable de la renuncia, esto es, hasta final de 2008. Según la información de que se dispone, la entidad adjudicadora podía presumir razonablemente que en el período hasta 2008 no dispondría de ofertas de igual valor y en mejores condiciones que justificasen el esfuerzo que supone un cambio.

80. Así, según la información disponible la renuncia a la resolución pactada en el año 2005 para un plazo de tres años no constituía

38 — Véase el punto 48 de estas conclusiones.

39 — Véanse los puntos 48 y 49 de estas conclusiones.

40 — Véase, en este sentido, la sentencia Tögel, citada en la nota 21, apartados 53 y 54.

ningún riesgo de distorsión de la competencia, por lo que no puede calificarse de modificación esencial del contrato marco.

b) Segunda parte de tercera cuestión: el pacto de descuentos mayores

81. La segunda parte de la tercera cuestión se refiere a los mayores descuentos pactados en 2005 para las consultas *on line* de los servicios de información de APA. Durante la vigencia del contrato marco, los organismos federales austriacos gozaban de un descuento del 15 % en el precio de dichos servicios, y desde el segundo apéndice al contrato marco el descuento se cifró en el 25 %.

82. Como ya se ha expuesto,⁴¹ sólo se puede hablar de una nueva adjudicación de un contrato público de servicios cuando se produzca una modificación esencial del contrato, y esto es válido también para las modificaciones de la retribución pactada. Así, aunque las modalidades de pago representan por sí mismas una parte esencial del contenido del contrato,⁴² no por ello ha de considerarse como modificación esencial del contrato cualquier alteración, por insignificante que sea, de las disposiciones de retribución antes vigentes.

83. En primer lugar hay que verificar si el incremento en diez puntos porcentuales del descuento inicialmente concedido constituye realmente una *modificación del contenido* de las disposiciones de retribución aplicables al contrato público de servicios.

84. APA y APA-OTS aclaran que el descuento del 25 % concedido en adelante es simplemente la evolución lógica del principio que, en cualquier caso, ya estaba previsto en el contrato marco. De hecho, el contrato marco ya hacía referencia a una tarifa escalonada de APA. El nuevo y superior descuento debe considerarse como equivalente a la introducción de un nuevo escalón inferior en la tarifa de APA.

85. Debe señalarse a este respecto que la valoración concreta de los hechos relevantes para el litigio principal compete al Bundesvergabeamt. En la resolución de remisión, que define el único contexto fáctico relevante para el presente procedimiento prejudicial, se expone la variación de porcentajes del 15 % al 25 % como una «rebaja superior a la acordada hasta ese momento». Esto parece indicar la presencia de una modificación material de las disposiciones sobre la retribución.

41 — Véanse los puntos 48 y 49 de estas conclusiones.

42 — Véase, en este sentido, la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en la nota 28, apartado 117.

43 — Véanse las sentencias de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri (C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257), apartado 42, y de 12 de enero de 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Rec. p. I-589), apartado 21.

86. En igual sentido apunta también el hecho de que el descuento inicialmente concedido del 15 % ya hiciera referencia a la «tarifa más reducida». Por lo tanto, en el momento de celebrar el contrato marco de 1994 la entidad adjudicadora gozaba ya de la tarifa más baja disponible. En esas circunstancias resulta poco verosímil que las partes en aquel momento previesen, e incluso que creyesen posible, la progresión a un nivel de precios aún más favorable. Si ahora, en el año 2005, se concede un descuento superior en diez puntos porcentuales que, además, se aplica a la tarifa más reducida disponible, todo parece indicar que estamos ante una verdadera modificación de los precios y no ante la mera evolución de los precios de facturación tal como, en cualquier caso, estaba prevista en el contrato marco.

87. No obstante, sólo puede considerarse como *modificación esencial del contrato* una alteración de los precios que, en el caso concreto, sea capaz de falsear la competencia en el mercado de que se trate y de dar preferencia a los contratistas del adjudicador público frente a otros posibles prestadores de servicios.

88. Para determinar si es así hay que valorar, por un lado, el importe de la variación para cada servicio y, por otro lado, debe ponerse dicha variación en relación con la relevancia para el contrato público en su conjunto.

89. En lo que respecta, en primer lugar, a la variación de los precios como tal, el riesgo de falseamiento de la competencia en el caso de una reducción de los precios es menor que en el de un aumento. En efecto, una reducción de la retribución redundaría en beneficio de la entidad adjudicadora y, en general, también supone para ésta una mejora económica en la ejecución del contrato.

90. Sin embargo, no se puede descartar *a priori* que el pacto de una retribución inferior tenga en algún caso efectos de falseamiento de la competencia. En este sentido se ha expresado con acierto el Gobierno lituano.

91. Lo importante es, en cualquier caso, qué condiciones hubiera podido obtener en el mercado el adjudicador público *en el momento de la modificación contractual*. Por ejemplo, si los precios de los servicios objeto del contrato se redujeron en el mercado desde la adjudicación inicial del contrato público, el simple acuerdo de una retribución inferior a la de entonces no representa ninguna garantía de respeto del principio de competencia y del principio coste-eficacia. Antes bien, procede examinar si en el momento de la modificación del contrato otros posibles prestadores de servicios hubieran podido ofrecer a la entidad adjudicadora el servicio deseado a un precio aún más favorable que el del actual contratista.

92. Sin embargo, según la información de que disponemos no existen razones concretas para creer que la entidad adjudicadora, en el caso de autos, con la realización de un procedimiento de adjudicación hubiera podido

conseguir unos precios más favorables para un servicio de igual valor que los resultantes del segundo apéndice al contrato marco con el actual prestador de servicios, esto es, APA.

93. En lo que se refiere, por último, a la relevancia de la modificación de precios producida para el conjunto del contrato público, hay que tener en cuenta que el mayor descuento afectaba tan sólo a un servicio parcial (las consultas *on line* a los servicios de información de APA) y no a la totalidad de las prestaciones a que APA estaba comprometida. Aunque una rebaja superior en diez puntos porcentuales no dejaba de ser significativa para el servicio parcial en cuestión, en relación con el contrato en conjunto su relevancia disminuía considerablemente.

94. No obstante, a quien incumben las necesarias valoraciones sobre la relevancia de la modificación de los precios es al Bundesvergabeamt, tanto en relación con el servicio parcial como con el contrato público en su totalidad.

95. Sea como fuere, partiendo de la información que obra en poder del Tribunal de Justicia, no considero que una modificación de los precios como la que introdujo el segundo apéndice en el año 2005 al conceder un mayor descuento deba considerarse una modificación esencial del contrato.

4. Sobre la segunda cuestión

96. Con su segunda cuestión, el Bundesvergabeamt quiere saber, básicamente, si debe considerarse que existe una nueva adjudicación de contrato público de servicios en el sentido de la Directiva 92/50 cuando la entidad adjudicadora y el prestador de servicios modifican, durante su vigencia, un contrato de prestación de servicios existente entre ellos, de manera que:

- la retribución contractualmente pactada, debido a la sustitución de la unidad monetaria, ya no se expresa en la moneda nacional, sino en euros;
- la cláusula de actualización prevista en el contrato es objeto de una nueva redacción que hace referencia a un índice sucesor del utilizado hasta ese momento, y
- determinadas retribuciones difieren de las vigentes hasta entonces.

97. El trasfondo de esta cuestión es el primer apéndice del contrato marco, acordado en el año 2001, donde se introdujeron los mencionados cambios en las condiciones de retribución.

98. Es obvio que las adaptaciones técnicas de los contratos sin trascendencia en la relación contractual entre el adjudicador público y su contratista no constituyen ninguna alteración material del contrato, y mucho menos puede apreciarse en ellas una modificación esencial del contrato que precise de un procedimiento de adjudicación.

99. Si, con motivo de la conversión al euro, un contrato existente se modificó de manera que las retribuciones hasta entonces vigentes se expresaran en la nueva unidad sin sufrir con ello aumentos ni disminuciones, no se trata de ninguna modificación esencial del contrato, sino de una mera adaptación técnica de un contrato existente ante circunstancias externas cambiantes.⁴⁴ A esta adaptación técnica pertenece también la práctica, en caso necesario, de redondear los nuevos importes convertidos al euro, con arreglo a la normativa vigente.

100. De igual manera, la referencia a un índice de actualización diferente al inicialmente pactado puede representar una simple adaptación técnica del contrato, siempre que

ambos índices sean equivalentes. Tal equivalencia parece inferirse de la resolución de remisión, según la cual el nuevo índice es el sucesor del índice anterior. Sin embargo, el Bundesvergabeamt debe asegurarse también de que el funcionamiento del nuevo índice sea igualmente equivalente al del antiguo. En particular, las cestas de productos u otros parámetros de referencia en que se basen los respectivos índices deben ser esencialmente iguales.

101. Sin embargo, si se aprovecha la ocasión de una conversión de moneda o de una sustitución del índice para realizar una alteración material de las retribuciones inicialmente pactadas, dicha medida superará los límites de lo que debe ser una simple adaptación técnica del contrato. En tal caso, no se podrá descartar *a priori* que estemos ante una modificación esencial del contrato con repercusiones en la competencia entre prestadores de servicios.

102. En el presente caso, las adaptaciones del contrato marco por el primer apéndice, según la resolución de remisión, introdujeron unos importes máximos que no se podrían incrementar, para la incorporación de determinados comunicados de los organismos federales al OTS durante los años 2002, 2003 y 2004.

103. El Bundesvergabeamt deberá examinar si con ello se produjo una modificación sustancial respecto de las retribuciones

44 — Ciertamente, una adaptación contractual con motivo del cambio de unidad monetaria no hubiera sido realmente necesaria, porque el marco jurídico existente garantiza que todos los importes anteriormente expresados en la moneda nacional se entenderán en el futuro como importes en euros, sin que ello suponga modificación alguna en las obligaciones contractuales vigentes [véanse también los artículos 3 y 5 del Reglamento (CE) n° 1103/97 del Consejo, de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro (DO L 162, p. 1)]. Sin embargo, como bien apuntan APA y APA-OTS, en un contrato de ejecución sucesiva como el de autos puede ser particularmente conveniente una adaptación expresa del contrato, a fin de evitar el excesivo coste administrativo de una constante conversión de unidad monetaria.

pactadas en el contrato marco. A este respecto será determinante la evolución que se hubiera podido esperar de las retribuciones referidas al índice originalmente pactado, según una estimación objetiva en función de los datos disponibles en el año 2001.

104. Si los importes máximos establecidos para los años 2002, 2003 y 2004 se corresponden básicamente con los precios que se hubieran dado en caso de seguir aplicándose la cláusula de actualización establecida en el contrato marco, no estaremos ante una modificación esencial del contrato.⁴⁵ Por el contrario, si difieren sustancialmente de la evolución de los precios que hubiera sido previsible con arreglo al contrato marco, deberán examinarse las repercusiones de dicho cambio en la competencia, para lo cual son válidos los criterios expuestos anteriormente acerca de la segunda parte de la tercera cuestión.⁴⁶

105. En cualquier caso, basándome en la información de que dispone el Tribunal de Justicia, estimo que modificaciones en los precios como las acordadas en el primer apéndice se mueven dentro del incremento de los precios que era previsible en el año 2001, por lo que no constituyen ninguna modificación esencial del contrato.

45 — Los importes máximos de retribución pactados en el primer apéndice para los años 2002, 2003 y 2004 apenas se diferencian entre sí. Sin perjuicio de una comprobación más detenida por el Bundesvergabamt, dichas pequeñas diferencias de precios de un año para otro parecen moverse dentro de la evolución general de los precios que podía esperarse en el año 2001 para los ejercicios siguientes.

46 — Véanse los puntos 81 a 94 de estas conclusiones.

B. *Sobre las cuestiones cuarta y quinta*

106. Las cuestiones cuarta y quinta, con las cuales el Bundesvergabamt se ocupa del procedimiento de adjudicación aplicable y de la prueba de la capacidad del prestador de servicios, presuponen que las operaciones de los años 2000, 2001 y 2005 sean consideradas como adjudicación de un contrato público de servicios.

107. Según la información de que dispone el Tribunal de Justicia, yo no pienso que ninguna de esas operaciones constituyan tal adjudicación.⁴⁷ En consecuencia, trataré las cuestiones cuarta y quinta de manera solamente subsidiaria.

1. *Sobre la cuarta cuestión*

108. Con su cuarta cuestión, el Bundesvergabamt quiere saber básicamente si puede adjudicarse un contrato público de servicios como un todo mediante un procedimiento negociado sin publicidad previa, cuando el

47 — Véanse mis argumentos sobre las cuestiones primera, segunda y tercera (puntos 41 a 105 de estas conclusiones).

contrato tiene por objeto principalmente servicios no prioritarios y no haya derechos exclusivos en el sentido del artículo 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50 respecto a todos, sino sólo respecto a algunos de los servicios que se contratan.

predominan claramente, por su valor, los no prioritarios.

a) Servicios prioritarios y no prioritarios

109. La Directiva 92/50 distingue, en sus artículos 8 a 10, entre servicios prioritarios y no prioritarios. Los primeros están definidos en el anexo I A de la Directiva, y los segundos en el anexo I B. La causa de esta distinción es que, habida cuenta de su naturaleza específica, los contratos relativos a servicios no prioritarios no presentan *a priori* un interés transfronterizo que pueda justificar que su adjudicación se produzca mediante un procedimiento de licitación.⁴⁸

110. El Bundesvergabeamt, de conformidad con las alegaciones de APA y APA-OTS, presume que los servicios de agencia de prensa como los aquí contratados constituyen una combinación de servicios prioritarios y no prioritarios,⁴⁹ de entre los cuales

111. Si se acepta esta apreciación como válida,⁵⁰ será de aplicación a todo el contrato público de servicios adjudicado a APA el régimen de servicios no prioritarios (artículo 10 de la Directiva 92/50). Por lo tanto, se trata de un contrato público que no está sometido a ningún procedimiento de adjudicación específico en el sentido del título III de la Directiva 92/50.⁵¹

b) Aplicabilidad del principio de transparencia

112. Incluso en operaciones de adjudicaciones para las cuales las Directivas sobre contratación pública no prevean un procedimiento específico, no obstante, deben respetarse, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la naciona-

48 — Sentencia Comisión/Irlanda, citada en la nota 25, apartado 25.

49 — APA y APA-OTS opinan que sus servicios de documentación se incluyen en el área de actividad «servicios bibliotecarios» («Library services», número 96311 de la nomenclatura CPC) y sus servicios OTS pertenecen al área de actividad «servicios de mensajes electrónicos» («Electronic message and information services», número 75232 de la nomenclatura CPC).

50 — La resolución de remisión define el contexto fáctico en que se ha de responder a las cuestiones prejudiciales; véase al respecto la jurisprudencia citada en la nota 43.

51 — Con arreglo al artículo 9, en relación con el artículo 10, de la Directiva 92/50, a dichos contratos (sólo) se aplican los artículos 14 y 16 de esta Directiva, que carecen de relevancia para las cuestiones que aquí interesan. Las demás normas de procedimiento previstas por la Directiva 92/50, en particular las relativas a las obligaciones de licitación con publicidad previa, no son aplicables a estos contratos (sentencia Comisión/Irlanda, citada en la nota 25, apartados 23 y 24). No obstante, si rige el principio de no discriminación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50 [sentencia de 27 de octubre de 2005, Contse y otros (C-234/03, Rec. p. I-9315), apartado 47].

lidad.⁵² Sólo recientemente ha declarado el Tribunal de Justicia que esto también sucede con la adjudicación de contratos sobre servicios no prioritarios.⁵³

113. Así, si existe un interés transfronterizo cierto en un contrato relativo a servicios no prioritarios, le será de aplicación el *principio de transparencia* derivado de las libertades fundamentales y el contrato no podrá ser adjudicado sin transparencia alguna.⁵⁴

114. El Bundesvergabeamt deberá examinar si existe un interés transfronterizo cierto⁵⁵ por la prestación de unos servicios de agencia de noticias como los que son objeto del contrato en el caso de autos. Para ello deberá considerar, entre otros aspectos:

- A favor de un interés transfronterizo se expresa el hecho de que numerosas

agencias de prensa operan en el plano internacional. El propio acceso de PN al mercado en 1999 indica que el mercado austriaco no carecía de interés para nuevos oferentes.

- Los acuerdos de cooperación existentes en aquel momento entre distintas agencias de prensa que operan en sus correspondientes mercados nacionales, como los mencionados en la vista, no excluyen *a priori* que algunas de esas agencias quisieran reforzar en el futuro su actividad en un mercado como el austriaco mediante una presencia efectiva.

- En contra de la existencia de un interés transfronterizo podría hablar el hecho de que gran parte de los servicios requeridos por las autoridades federales austriacas precisan referencias específicas a Austria, incluso a los acontecimientos regionales de sus Länder.

52 — Sentencia Parking Brixen, citada en la nota 32, apartado 46; véanse también las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartado 60; de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartado 16; de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia (C-264/03, Rec. p. I-8831), apartado 33; ANAV, citada en la nota 34, apartado 18, y de 14 de junio de 2007, Medipac-Kazantzidis (C-6/05, Rec. p. I-4557), apartado 33; véase también el auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard (C-59/00, Rec. p. I-9505), apartado 20.

53 — Sentencia Comisión/Irlanda, citada en la nota 25, apartado 29.

54 — Sentencia Comisión/Irlanda, citada en la nota 25, apartado 30; véanse también, acerca del principio de transparencia, las sentencias Telaustria y Telefonadress, citada en la nota 52, apartado 62; Coname, citada en la nota 52, apartados 16 y 17; Parking Brixen, citada en la nota 32, apartados 46 a 49, y ANAV, citada en la nota 34, apartados 18 a 21.

55 — Sentencia Comisión/Irlanda, citada en la nota 25, apartados 29 y 30. En el mismo sentido, véase la sentencia de 31 de enero de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Rec. p. I-349), apartado 67.

c) Contenido del principio de transparencia

115. Del principio de transparencia se desprende, desde el punto de vista mate-

rial, que se debe garantizar *una publicidad adecuada*.⁵⁶ Hasta ahora no está en absoluto claro qué exigencias exactas afectan a las operaciones de adjudicación para las cuales las Directivas sobre contratación pública no prevén procedimientos específicos. Lo único cierto es que el principio de transparencia no impone necesariamente la convocatoria de una licitación.⁵⁷

116. Por último, corresponde a la autoridad pública apreciar en cada caso concreto qué grado de publicidad es necesario para abrir a la competencia la operación de adjudicación de que se trate y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.⁵⁸

117. En general, el principio de transparencia no debe interpretarse en el sentido de que deba llegarse a la aplicación de un procedimiento comparable en todos sus pormenores al de las Directivas en materia de contratos públicos.⁵⁹ De lo contrario perdería todo sentido la distinción entre adjudicaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de las mencionadas Directivas y las que quedan

fuera de él, e incluso los umbrales financieros establecidos por el legislador comunitario quedarían prácticamente desprovistos de utilidad.

118. Pero aún menos pueden deducirse del principio de transparencia mayores exigencias para las operaciones de adjudicación a las que las Directivas no les asignan procedimientos específicos que para las operaciones a las que sí se les asignan,⁶⁰ pues las Directivas sobre contratación pública no son sino una concreción del principio de transparencia para determinadas operaciones de adjudicación especialmente relevantes.⁶¹

119. En cuanto a los contratos públicos que tengan por objeto exclusiva o predominantemente servicios no prioritarios, el principio de transparencia tampoco puede imponer un grado de publicidad mayor que para los contratos que tengan por objeto exclusiva o predominantemente servicios prioritarios.

56 — Sentencias Telaustria y Telefonadress, citada en la nota 52, apartado 62; Coname, citada en la nota 52, apartados 16 y 17; Parking Brixen, citada en la nota 32 apartado 49, y ANAV, citada en la nota 34, apartado 21.

57 — Sentencia Coname, citada en la nota 52, apartado 21, y, de forma equívoca, la sentencia Parking Brixen, citada en la nota 32, apartado 50, que en su versión vinculante en lengua alemana habla de «Ausschreibung» (licitación), lo cual puede deberse, no obstante, a una mala traducción de la expresión francesa «mise en concurrence».

58 — Sentencias Telaustria y Telefonadress, citada en la nota 52, apartado 62; Parking Brixen, citada en la nota 32, apartados 49 y 50, y ANAV, citada en la nota 34, apartado 21. Asimismo, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DO C 179, p. 2) ofrece útiles referencias al respecto.

59 — Véanse al respecto mis conclusiones presentadas el 1 de marzo de 2005 en el asunto Parking Brixen, citadas en la nota 32, punto 37.

60 — Véanse, en este sentido, las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs el 2 de junio de 2005 en el asunto Comisión/Italia (C-525/03, Rec. p. I-9405), punto 47; por la Abogado General Stix-Hackl el 14 de septiembre de 2006 en el asunto Comisión/Irlanda (C-532/03, Rec. p. I-3351), punto 111, y por la Abogado General Sharpston el 18 de enero de 2007 en el asunto Comisión/Finlandia (C-195/04, Rec. p. I-3351), puntos 76 y 77; véanse también mis conclusiones en el asunto Parking Brixen, citadas en la nota 32, punto 46.

61 — En este sentido, véase la sentencia Comisión/Irlanda, citada en la nota 25, apartados 27 a 29; véanse también mis conclusiones en el asunto Parking Brixen, citadas en la nota 32, punto 47.

120. Para los contratos relativos a servicios que, por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos,⁶² sólo puedan ser ejecutados por determinados prestadores de servicios, esto significa que siempre pueden adjudicarse en procedimiento negociado sin publicidad previa, tanto si se trata de servicios prioritarios como no prioritarios. Así, si el propio artículo 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50 permite el procedimiento negociado para servicios prioritarios, con mayor motivo ha de permitir la adjudicación de servicios no prioritarios mediante ese procedimiento. En este sentido, las valoraciones expresadas en el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50 pueden trasladarse también al terreno de los servicios no prioritarios. Si el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50 no exige una publicidad previa, no ha de suceder de forma diferente con el principio de transparencia.⁶³

121. Un grado adecuado de transparencia que garantice que la operación de adjudicación se abre a la competencia y que sea posible el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación también puede conseguirse, para los servicios a que se refiere el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50, mediante un anuncio *a posteriori*.

d) Adjudicación de un contrato mixto de servicios como un todo

122. Queda aún por comprobar si puede adjudicarse sin publicidad previa un contrato de servicio público *como un todo* en caso de que los derechos exclusivos en el sentido del artículo 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50 no afecten a todos los servicios que se contratan, sino sólo a algunos de ellos.

123. En general puede decirse que el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50, como excepción a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de servicios, debe ser objeto de interpretación estricta.⁶⁴ En relación con las operaciones de adjudicación que tienen por objeto un conjunto de servicios, lo anterior apunta a que el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa sólo es admisible para los servicios comprendidos en el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50.

124. No obstante, dicha adjudicación especial de servicios en el sentido del artículo 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50 sólo puede plantearse en caso de que el contrato

62 — Incumbe al Bundesvergabeamt apreciar si en el caso concreto existen tales derechos exclusivos.

63 — En este sentido, véase también la Comunicación de la Comisión, citada en la nota 58, apartado 2.1.4.

64 — Sentencias de 18 de noviembre de 2004, Comisión/Alemania (C-126/03, Rec. p. I-11197), apartado 23, y de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania (C-20/01 y C-28/01, Rec. p. I-3609), apartado 58. Véase también el artículo 11, apartado 4, de la Directiva 92/50, según el cual «en cualquier otro supuesto» debe aplicarse el procedimiento abierto o restringido.

público admita la división. En este sentido, no basta una posibilidad teórica de división del contrato, sino que debe atenderse también al uso previsto y a la utilidad práctica de los servicios, según se adquieran de una pluralidad de prestadores o de uno solo.

125. En el caso de autos, APA y APA-OTS, la República de Austria y el Bundeskanzleramt han expuesto de forma convincente la estrecha conexión que existe entre los diferentes servicios de agencia de prensa contemplados en el contrato marco. Así, no es razonable obtener las aportaciones editoriales de un prestador y enviar por medio de otro prestador distinto las reacciones a dichas aportaciones, porque no está asegurado que ambos prestadores atiendan a los mismos usuarios finales. No se puede responder a una información aparecida en el periódico A con una declaración en el periódico B. Asimismo, es de vital importancia para la facilidad de utilización de los servicios poder recurrir, a través de una plataforma única de usuario, a bases de datos interconectadas en red.

126. No habla precisamente a favor de la divisibilidad de las partes integrantes del contrato el hecho de que los servicios OTS ya no sean prestados por APA sino por APA-OTS, pues, como ya se ha expuesto, se trata de una reorganización puramente interna por parte del prestador de servicios; desde el punto de vista económico, no ha habido cambio alguno en el prestador, sino que APA-OTS está sometida al control de APA como si fuera un departamento de la misma empresa.⁶⁵ Y también los distintos

servicios permanecen interconectados y accesibles unitariamente.

127. Todo esto (sin perjuicio de la apreciación que llegue a realizar el Bundesvergabeamt) apunta en contra de la posibilidad de dividir el contrato de servicios existente entre la República de Austria y APA y, por ende, en contra de una obligación de adjudicar de forma separada las diferentes partes del contrato.

128. Nada cambia en este sentido por el hecho de que el contrato tenga por objeto tanto servicios prioritarios como no prioritarios. Tal como se infiere del artículo 10 de la Directiva 92/50, no es en absoluto necesario adjudicar por separado los servicios prioritarios y los no prioritarios.⁶⁶

129. Sólo sería diferente si la entidad adjudicadora hubiese agrupado los servicios en un mismo contrato artificialmente o con la única finalidad de eludir disposiciones en materia de contratación pública.⁶⁷ Pero en este asunto no hay razones para creer que haya sido así. Por el contrario, según la información de que dispone el Tribunal de Justicia parecen existir razones objetivas para la adjudicación unitaria de todos los servicios en cuestión.⁶⁸

65 — Véanse al respecto los puntos 20, 61 y 62 de estas conclusiones.

66 — Véase también la sentencia Felix Swoboda, citada en la nota 15, apartados 56 y 60.

67 — Sentencia Felix Swoboda, citada en la nota 15, apartados 57 y 60.

68 — Véase también el punto 125 de estas conclusiones.

e) Conclusión parcial

130. En resumen, acerca de la cuarta cuestión debo decir lo siguiente:

Se puede adjudicar un contrato público de servicios como un todo mediante un procedimiento negociado sin publicidad previa cuando el contrato tenga por objeto principalmente servicios no prioritarios y no haya derechos exclusivos en el sentido del artículo 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50 para todos los servicios que deban prestarse, sino sólo para algunos de ellos, a no ser que los servicios hayan sido agrupados en un mismo contrato artificialmente o con la única finalidad de eludir disposiciones en materia de contratación pública.

2. Sobre la quinta cuestión

131. Con su quinta cuestión, el Bundesvergabeamt pretende saber básicamente si un empresario puede demostrar su capacidad para la ejecución de un contrato público de servicios simplemente afirmando que otra empresa está obligada, con arreglo al artículo 82 CE, a poner a su disposición determinados datos en condiciones razonables.

132. Los antecedentes de esta cuestión los constituye el hecho de que la prestación de servicios de agencia de prensa como los que aquí demandan las autoridades federales austriacas presuponen el acceso a un extenso archivo en que se pueden consultar, entre otras cosas, informaciones y textos históricos. Según la información de la resolución de remisión, PN no dispone de ningún archivo histórico que se pueda comparar, ni lejanamente, al de APA. Ésta, por su parte, tampoco concede a sus competidores el acceso a sus archivos, al menos no con el fin de la reventa de los datos consultados. Por lo tanto, debe dilucidarse si PN puede alegar, a pesar de lo anterior, como prueba de su capacidad, en el sentido del artículo 31 de la Directiva 92/50, que tiene derecho a acceder a los archivos de APA y, en particular, a su base de datos APADok.

133. Con ello se hace alusión a la doctrina de las «essential facilities», sobre la que se discute en el Derecho de la competencia. Con arreglo a la jurisprudencia aplicable, en el marco del artículo 82 CE puede considerarse que existe un comportamiento abusivo (en todo caso, sólo en determinadas circunstancias extraordinarias) cuando una empresa en posición de dominio se niega a conceder a otras empresas el acceso a bienes, servicios o datos indispensables («essential facilities»).⁶⁹ En tales casos puede deducirse del artículo 82 CE una obligación de contratar para la empresa en posición de dominio.

69 — Sentencias de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión, «Magill» (C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743), apartados 49 a 57; de 26 de noviembre de 1998, Bronner (C-7/97, Rec. p. I-7791), apartados 38 a 47, y de 29 de abril de 2004, IMS Health (C-418/01, Rec. p. I-5039).

134. En el presente caso, sin embargo, no es necesario abordar la cuestión de si una base de datos como el archivo APADok mantenido por APA contiene datos indispensables para sus competidores y, por lo tanto, representa una «essential facility», y si existen aquí circunstancias extraordinarias que obliguen a APA a conceder a sus competidores el acceso a sus archivos en unas condiciones razonables.

135. En efecto, un prestador de servicios que, con vistas a su admisión en un procedimiento de licitación, se refiera a medios de otros organismos, debe probar que puede *efectivamente* disponer de esos medios.⁷⁰ En caso contrario, la entidad adjudicadora no podrá establecer una comparación válida de su capacidad con la de otros posibles prestadores de servicios. Si la entidad adjudicadora confiara en la meramente *potencial* disposición del prestador de servicios sobre los medios en cuestión, correría el riesgo de adjudicar el contrato a un empresario cuya capacidad posteriormente (por ejemplo, en caso de dificultades para acceder a los medios necesarios) se demuestre dudosa. Y, al mismo tiempo, podría estar privando del contrato a otro empresario que cuente realmente con la capacidad necesaria. Tal forma de proceder no satisfaría ni la igualdad de oportunidades para todos los prestadores de servicios ni el principio de buena gestión financiera en el procedimiento de licitación.

136. En consecuencia, una agencia de prensa como PN no puede afirmar que tiene derecho a acceder a los archivos de APA, sino que debe demostrar de forma concreta que dicho acceso le ha sido efectivamente concedido, bien en forma de compromiso expreso, bien mediante un contrato de licencia ya celebrado. De lo contrario, no podrá justificar satisfactoriamente su capacidad en un procedimiento de licitación refiriéndose a los archivos de APA.

137. Los plazos, generalmente cortos, en que deben resolverse los procedimientos de adjudicación a menudo no permiten la aclaración, a menudo ardua, de cuestiones jurídicas complejas en relación con el artículo 82 CE y la doctrina de las «essential facilities». Cualquier conflicto jurídico que surja al respecto debe ser dirimido por la empresa afectada antes de licitar para un contrato público.

138. Por consiguiente, acerca de la quinta cuestión procede declarar que un empresario no puede demostrar su capacidad para la ejecución de un contrato público de servicios afirmando simplemente que otra empresa está obligada, con arreglo al artículo 82 CE, a poner a su disposición determinados datos en condiciones razonables.

70 — Sentencias de 2 de diciembre de 1999, Holst Italia, citada en la nota 31, apartado 29; Siemens y ARGE Telekom, citada en la nota 15, apartado 44, y de 18 de noviembre de 2004, Comisión/Alemania, citada en la nota 64, apartado 22. Para casos futuros, véase también el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, que incorpora dicha jurisprudencia a la legislación.

C. Sobre las cuestiones sexta y séptima

139. Con sus cuestiones sexta y séptima, el Bundesvergabeamt solicita una aclaración sobre el alcance de la protección de los derechos que se ha de conceder a las empresas no tenidas en cuenta por la entidad adjudicadora. También estas cuestiones presuponen lógicamente que las operaciones de los años 2000, 2001 y 2005 sean consideradas adjudicaciones de contratos públicos de servicios. El mismo Bundesvergabeamt lo admite en la resolución de remisión.

140. Como ya he indicado, a tenor de la información de que dispone el Tribunal de Justicia yo no considero que ninguna de esas operaciones constituya tal adjudicación.⁷¹ En consecuencia, trataré las cuestiones sexta y séptima de manera solamente subsidiaria.

1. Sobre la sexta cuestión

141. La sexta cuestión del Bundesvergabeamt tiene por objeto la interpretación del concepto

de perjudicado del artículo 1, apartado 3, y del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665. Como ya he expuesto,⁷² esta cuestión sólo es admisible en lo que respecta al artículo 1, apartado 3, de la Directiva.

142. Con su cuestión, el Bundesvergabeamt quiere saber, en esencia, si debe llevarse a cabo un procedimiento de recurso sólo por el hecho de que el solicitante alegue que, al omitirse indebidamente el anuncio de licitación, se le ha privado de la posibilidad de participar en un procedimiento de adjudicación, o si es necesario que el solicitante pruebe además su capacidad para la ejecución del contrato público de que se trate. Procede, por lo tanto, examinar con más detalle la *legitimación* para iniciar el procedimiento de recurso.

143. El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 autoriza a los Estados miembros a limitar la legitimación para iniciar un procedimiento de recurso en relación con la adjudicación de contratos públicos⁷³ en un doble sentido: por un lado, exigiendo un interés del solicitante por obtener el contrato público en cuestión, y, por otro lado, imponiendo el requisito de un perjuicio o de la posibilidad de un perjuicio para el solicitante. De esta manera se quieren evitar la *actio popularis* y los recursos de licitantes con manifiesta falta de posibilidades.

⁷² — Véanse los puntos 35 a 37 de estas conclusiones.

⁷³ — La remisión a los contratos públicos de suministros y de obras debe entenderse, desde la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva 89/665 por la Directiva 92/50, en el sentido de que comprende todos los contratos públicos, incluidos, por lo tanto, los de servicios. El hecho de que solamente el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 fuera adaptado en consecuencia, y no lo fuera también el artículo 3, parece deberse a un error de redacción del legislador comunitario, corregido por la Directiva 2007/66 para los casos posteriores.

⁷¹ — Véanse mis argumentos sobre las cuestiones primera, segunda y tercera (puntos 41 a 105 de estas conclusiones).

144. Sin embargo, esto no puede menos-cabar el efecto útil de dicha Directiva,⁷⁴ por lo que las limitaciones de la legitimación deben interpretarse a la luz del doble objetivo propuesto por la Directiva: por un lado, garantizar la *efectiva protección de los derechos* en relación con la adjudicación de contratos públicos y, por otro, ejercer un adecuado *control de legalidad* de las decisiones de los poderes adjudicadores.

145. Tal como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la finalidad de la Directiva 89/665 es reforzar los actuales mecanismos, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, y a tal fin los Estados miembros están obligados, con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, a garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.⁷⁵

146. En consecuencia, la legitimación para iniciar el procedimiento de recurso en materia de contratación pública no puede restringirse de forma desproporcionada. En particular, los requisitos para la *admisibilidad* de un recurso no pueden ser los

mismos que los que se aplican para valorarla en cuanto al *fondo*.⁷⁶

147. Por lo tanto, no se puede exigir al afectado que, en la misma fase de presentación del recurso, aporte ya pruebas concretas de que efectivamente ha sufrido un perjuicio o lo puede sufrir. Antes bien, con vistas a la legitimación para iniciar un procedimiento de recurso debe ser suficiente con que el afectado (además de la infracción del Derecho por la entidad adjudicadora) *declare de forma concluyente* su interés en el contrato en cuestión y la *posibilidad* de que se produzca el perjuicio.

148. Se debe presumir la posibilidad de un perjuicio cuando no esté manifestamente descartado que el solicitante hubiera obtenido la adjudicación en caso de no haberse producido la supuesta infracción por la entidad adjudicadora. Si el contrato público fue adjudicado (como en el caso de autos) mediante adjudicación directa,⁷⁷ sin publicidad previa, ya del hecho (impugnado como ilícito) de que se impidiera su participación en el procedimiento de adjudicación se deriva que posiblemente perdió un contrato y, por ende, sufrió un perjuicio.⁷⁸

74 — Sentencias de 19 de junio de 2003, Fritsch, Chiari & Partner y otros (C-410/01, Rec. p. I-6413), apartados 31 y 34; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros (C-470/99, Rec. p. I-11617), apartado 72, y de 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Rec. p. I-1829), apartado 42.

75 — Sentencias de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros (C-81/98, Rec. p. I-7671), apartados 33 y 34; Fritsch, Chiari & Partner y otros, citada en la nota 74, apartado 30; Universale-Bau y otros, citada en la nota 74, apartado 74, y Grossmann Air Service, citada en la nota 74, apartado 36.

76 — El solo hecho de que *al final del procedimiento de recurso*, en su caso, se llegue a la conclusión de que el licitador no se ha visto o no puede verse perjudicado por la infracción que alega, no basta para negar la admisibilidad de la solicitud; véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2003, Hackermüller (C-249/01, Rec. p. I-6319), apartado 27.

77 — En alemán, también «*freihändige Vergabe*».

78 — En este sentido, también el Bundesverfassungsgericht alemán, resolución de 29 de julio de 2004 (2 BvR 2248/03, apartado 36, *in fine*).

149. Al afectado no se le puede exigir una prueba concreta de su capacidad en el momento de presentar su recurso, de igual manera que no se le puede exigir la prueba de que sin la presunta infracción hubiera obtenido la adjudicación.⁷⁹ En caso contrario, se le hace prácticamente imposible el acceso al procedimiento de recurso o, por lo menos, desproporcionadamente difícil.⁸⁰ Sobre todo en supuestos de adjudicación directa como el que nos ocupa, el afectado apenas tendría posibilidad de aportar pruebas concretas de su capacidad, dado que, a falta de publicidad previa, carecería de información precisa sobre los requisitos impuestos por la autoridad adjudicadora.

150. Sólo excepcionalmente puede rechazarse ya *a limine* el recurso por falta de capacidad del afectado: en concreto, cuando dicha falta de capacidad desde el mismo momento de la interposición resulte tan manifiesta que no se haga necesaria ninguna prueba más al respecto. Cualquier otra consideración pertenecería al examen del fondo del recurso.

151. En consecuencia, procede declarar, acerca de la sexta cuestión, que el recurso previsto en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 es admisible desde el momento en que el solicitante afirme de forma concluyente su interés en el contrato público, la infracción del Derecho y los perjuicios que ha sufrido o puede llegar a sufrir. Si el contrato fue adjudicado sin publicidad previa, ya del hecho de que se privara al solicitante de la oportunidad de participar

en el procedimiento de adjudicación se deriva que posiblemente se le ha causado un perjuicio, a no ser que sea manifiesta su falta de capacidad.

2. Sobre la séptima cuestión

152. Con su séptima pregunta, el Bundesvergabeamt desea saber, básicamente, si es compatible con los principios de equivalencia y efectividad que el Derecho nacional prevea, para una solicitud de declaración en materia de contratación pública que constituye un requisito necesario para la posterior demanda de daños y perjuicios, un plazo de preclusión de seis meses, como máximo, a partir de la fecha de la adjudicación presuntamente ilícita. Asimismo, se cuestiona el Bundesvergabeamt si el principio de efectividad exige añadir al mencionado principio de seis meses los períodos en que, en su caso, el Derecho nacional no previera ningún recurso efectivo al respecto.

153. El trasfondo de esta cuestión es el hecho de que PN no presentara su recurso ante el Bundesvergabeamt hasta julio de 2006, esto es, dentro del plazo de seis meses desde la entrada en vigor, el 1 de febrero de 2006, de las nuevas normas procesales del artículo 331 de la BVergG 2006 pero más de seis meses después de las operaciones objeto de este litigio, de los años 2000, 2001 y 2005. A juicio del Bundesvergabeamt, en Austria las adjudicaciones directas («adjudicaciones de facto») no pudieron ser «impugnadas de forma efectiva» hasta la entrada en vigor del artículo 331 de la BVergG 2006.

79 — En el mismo sentido, el Bundesverfassungsgericht, resolución citada en la nota 78, apartados 26 y 29.

80 — En idéntico sentido (si bien referido al reconocimiento de la indemnización), las conclusiones del Abogado General Geelhoed, presentadas el 10 de octubre de 2002 en el asunto GAT, citado en la nota 20, punto 66.

154. La Directiva 89/665 no contiene ninguna norma explícita acerca de los plazos aplicables al procedimiento de recurso con arreglo a su artículo 1.

155. Por lo tanto, el punto de partida para responder a la cuestión planteada al Tribunal de Justicia es el principio de *autonomía procesal* de los Estados miembros.⁸¹ Según reiterada jurisprudencia, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar las autoridades competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que, por una parte, dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (*principio de equivalencia*) ni, por otra parte, haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (*principio de efectividad*).⁸² Ambos principios se materializan también en el artículo 1 de la Directiva 89/665: el principio de equivalencia, en el apartado 2, y el principio de efectividad, en el apartado 1.

156. El *principio de equivalencia* es una de las formas en que se materializa el principio

general de igualdad de trato y la prohibición de discriminación,⁸³ que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que las situaciones diferentes no reciban el mismo trato, a no ser que éste se justifique objetivamente.⁸⁴

157. Tanto la Comisión como APA y APA-OTS han destacado a este respecto una característica especial del procedimiento de recurso en materia de contratación pública. Así, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 exige a los Estados miembros que posibiliten el *recurso lo más rápido posible* contra las infracciones en materia de contratación pública, de modo que, por un lado, ha de concederse una protección efectiva de los derechos y, por otro, debe generarse la seguridad jurídica lo más rápidamente posible. Estos objetivos justifican que se impongan a los recursos previstos en la Directiva 89/665, en su caso, plazos más breves que los que se aplican para la prescripción de acciones de indemnización con arreglo a la legislación general nacional.

158. En definitiva, el principio de equivalencia no se opone a un plazo de preclusión de seis meses para la presentación del recurso, tal como prevé el artículo 332, apartados 2 y 3, de la BVergG 2006, aun cuando

81 — Sentencia Universale-Bau, citada en la nota 74, apartado 71; sobre el concepto de *autonomía procesal*, véanse las sentencias de 7 de enero de 2004, Wells (C-201/02, Rec. p. I-723), apartado 76; de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, Rec. p. I-6057), apartado 95 y de 28 de junio de 2007, Bonn Fleisch (C-1/06, Rec. p. I-5609), apartado 41.

82 — Sentencias de 19 de diciembre de 1968, Salgoil (13/68, Rec. pp. 680 y ss., especialmente p. 693); de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5; de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599), apartado 12; de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271), apartados 39 y 43, y de 7 de junio de 2007, Van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233), apartado 28.

83 — Véanse mis conclusiones presentadas el 9 de enero de 2008 en el asunto Impact (C-268/06, Rec. p. I-0000), punto 67; sobre el principio de igualdad de trato, véase la reiterada jurisprudencia; por ejemplo, las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Eman y Sevinger (C-300/04, Rec. p. I-8055), apartado 57; de 3 de mayo de 2007, Advocaaten voor de Wereld (C-303/05, Rec. p. I-3633), apartado 56, y de 11 de septiembre de 2007, Lindorfer/Consejo (C-227/04 P, Rec. p. I-6767), apartado 63.

84 — En este sentido (si bien en referencia a la devolución de impuestos), véase también la sentencia de 15 de septiembre de 1998, Edis (C-231/96, Rec. p. I-4951), apartado 37.

el plazo general de prescripción para las acciones de indemnización en el Derecho nacional sea más extenso.

159. No obstante, aún debe examinarse, a la luz del *principio de efectividad*, si un plazo de preclusión como el que el Derecho austriaco prevé para las solicitudes de declaración no hace prácticamente imposible, o desproporcionadamente difícil para el afectado hacer valer posteriormente su derecho a la indemnización en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665.

160. La fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad, en la medida en que constituye la aplicación del principio de seguridad jurídica.⁸⁵

161. La razonabilidad de un plazo de preclusión debe valorarse en atención a la naturaleza y las consecuencias jurídicas del recurso de que se trate, así como a los derechos e intereses en cuestión de todos los afectados.

162. En este sentido, es razonable un plazo de preclusión absoluta de seis meses para

los recursos dirigidos a la declaración de la ineficacia de contratos ya celebrados (ya sea con efectos retroactivos o para el futuro).⁸⁶

En efecto, la consecuencia jurídica especialmente grave de la ineficacia de un contrato ya celebrado justifica el establecimiento de un plazo que discurra con independencia de si el solicitante tuvo conocimiento de la ilicitud de la adjudicación del contrato o de si debía conocerla por lo menos. Tanto para la entidad adjudicadora como para su contratista existe una necesidad de seguridad jurídica clara y digna de protección respecto a la eficacia del contrato entre ellos celebrado.

163. Sin embargo, en cuanto a un caso como el de autos hay que tener en cuenta que el plazo de preclusión de seis meses que prevé el artículo 332, apartados 2 y 3, de la BVergG 2006 para las solicitudes de declaración con arreglo al artículo 331 de la misma Ley no sólo afecta a quien, efectivamente, pretende lograr la ineficacia de un contrato ya celebrado, sino también a quien únicamente desea dar un paso procesal indispensable para preparar una posterior demanda de daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales del orden civil en Austria.

164. Por lo tanto, si el afectado no conoce el perjuicio que le ha sido causado debido a una adjudicación ilícita de contrato público sin publicidad previa (adjudicación directa o adjudicación *de facto*) hasta pasados seis

85 — Jurisprudencia constante; véanse, por ejemplo, las sentencias Rewe, citada en la nota 82, apartado 5; Edis, citada en la nota 84, apartados 20 y 35, y de 17 de junio de 2004, Recheio — Cash & Carry (C-30/02, Rec. p. I-6051), apartado 18; especialmente acerca de la Directiva 89/665, véanse también las sentencias Universale-Bau, citada en la nota 74, apartado 76; de 27 de febrero de 2003, Santex (C-327/00, Rec. p. I-1877), apartado 50, y de 11 de octubre de 2007, Lämmerzahl (C-241/06, Rec. p. I-8415), apartado 50.

86 — Véase, al respecto, también el artículo 2 *septies*, apartado 1, letra b), en relación con el artículo 2 *quinqüies*, apartado 1, de la Directiva 89/665, en la versión resultante de la Directiva 2007/66.

meses, ya ni siquiera podrá entablar una demanda de daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales civiles, pues, con arreglo al artículo 341, apartado 2, de la BVergG 2006, para ello es obligatorio haber presentado antes una solicitud de declaración que, en ese momento, ya está fuera de plazo.

165. Por lo tanto, el plazo de preclusión del artículo 332, apartados 2, y 3, de la BVergG 2006, más allá de su ámbito de aplicación propio tiene también repercusiones en procedimientos ulteriores en los que, debido a su rigidez, ya no resulta razonable, pues en relación con las simples demandas de daños y perjuicios ya no existe, por parte de la entidad adjudicadora, la misma necesidad de seguridad jurídica que respecto a la eficacia de un contrato celebrado.

166. En la medida en que un Estado miembro haga uso de la posibilidad prevista en el artículo 2, apartados 2 y 5, de la Directiva 89/665 y supedite la interposición de demandas de indemnización a la obtención de una resolución favorable a una solicitud de declaración, deberá establecer y aplicar unos plazos tales que no hagan prácticamente imposible o desproporcionadamente difícil llevar adelante la demanda de indemnización.⁸⁷

167. En general, el principio de efectividad exige que el plazo para presentar una solicitud de declaración con la que el solicitante se limite a preparar la demanda de daños y perjuicios no comience a computar hasta el momento en que el demandante haya tenido o haya debido tener conocimiento del perjuicio. Por el contrario, si lo que el solicitante pretende con su solicitud es obtener también la declaración de ineficacia del contrato celebrado por un adjudicador público, pueden establecerse plazos más estrictos que comiencen a computar al margen del conocimiento o de la posibilidad de tener conocimiento de un hipotético perjuicio.

168. El órgano jurisdiccional nacional debe interpretar el Derecho procesal interno de tal manera que se respete lo más posible la exigencia de efectividad derivada de la Directiva 89/665, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario.⁸⁸

169. Para un caso como el de autos, en que se trata de una adjudicación directa sin publicidad previa, esto significa que el plazo para la presentación de la solicitud de declaración no puede comenzar a computar antes de que el afectado conozca o deba conocer la presunta infracción en materia de contratación pública, siempre que tal solicitud sea un requisito necesario para un posterior procedimiento de indemnización.

87 — La importancia de la configuración concreta y la aplicación práctica de los plazos queda de relieve, por ejemplo, en la sentencia Lämmerzahl, citada en la nota 85, apartados 52, 56 y 61.

88 — Sentencias Santex, citada en la nota 85, apartados 62 a 64, y Lämmerzahl, citada en la nota 85, apartados 62 y 63.

170. En su resolución de remisión, el Bundesvergabeamt señala que, a su juicio, en el presente caso podría llegarse a un resultado conforme al Derecho comunitario si, por un lado, el recurso recientemente establecido en el artículo 331, apartado 1, punto 4, de la BVergG 2006 se aplicara a operaciones realizadas antes de su entrada en vigor y, por otro lado, si los plazos correspondientes se computaran atendiendo a determinadas disposiciones de la legislación civil, de manera que no comenzaran a discurrir antes de que el solicitante tuviera conocimiento del perjuicio, y se prolongasen por los períodos en que no hubo ningún recurso efectivo disponible.

171. En resumen, sobre la séptima cuestión debo decir lo siguiente:

El principio de efectividad exige interpretar el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 en el sentido de que en relación con un recurso que, con arreglo al Derecho nacional, sea requisito necesario para un posterior procedimiento de indemnización, ha de haber un plazo razonable que no puede comenzar a discurrir antes de que el afectado tenga o deba tener conocimiento de la infracción en materia de contratación pública, y que se prolongue por los períodos en que no se dispusiera de ningún recurso efectivo. El órgano jurisdiccional nacional debe interpretar el Derecho procesal interno de tal manera que se obtenga este resultado en el mayor grado posible, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario.

VII. Conclusión

172. En virtud de todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda solamente a las tres primeras preguntas planteadas por el Bundesvergabeamt austriaco, y que lo haga de la siguiente manera:

«1) En general sobre las cuestiones primera, segunda y tercera:

Si, durante su vigencia, se modifica el contenido de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, no es preciso llevar a cabo

un procedimiento de adjudicación, salvo que la modificación sea de carácter esencial.

2) En especial sobre la primera cuestión:

- a) No se ha de entender que exista una modificación esencial del contrato cuando la entidad adjudicadora acepte que la ejecución de una parte del contrato público sea transferida a una sociedad filial del contratista, si es éste propietario del 100 % de las participaciones en aquélla y ostenta un control sobre ella similar al que ejerce sobre los propios departamentos de su empresa. A esto no se opone el hecho de que el contratista teóricamente pueda enajenar participaciones de la sociedad filial en un momento posterior.
- b) Si el contratista es una persona jurídica, los cambios que eventualmente puedan producirse en el círculo de sus socios durante la vigencia del contrato no constituyen modificaciones esenciales del contrato.

3) En especial sobre las cuestiones segunda y tercera:

- a) No se ha de entender que exista una modificación esencial del contrato cuando se efectúen adaptaciones meramente técnicas del contrato a circunstancias externas que han cambiado; esto incluye la conversión al euro de los importes de retribución inicialmente expresados en la moneda nacional, así como la referencia a un nuevo índice de actualización que se considere sucesor equivalente del índice anteriormente utilizado.

- b) Tampoco se ha de entender que exista una modificación esencial del contrato cuando en un contrato público de servicios por tiempo indefinido se acuerde un plazo de renuncia a la resolución de tres años, salvo que existan razones concretas para pensar que, de no existir tal renuncia, la entidad adjudicadora hubiera resuelto el contrato, por motivos jurídicos o económicos, durante el plazo previsto para ella.

- c) Que la modificación del contenido de las retribuciones para una parte de los servicios que deben prestarse constituya una modificación esencial del contrato depende de la relevancia de la modificación de dichas retribuciones, tanto en relación con el servicio afectado como en relación con el contrato público en su conjunto.»