



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL  
SRA. ELEANOR SHARPSTON  
presentadas el 28 de junio de 2016<sup>1</sup>

**Asunto C-292/15**

**Hörmann Reisen GmbH**  
**contra**  
**Stadt Augsburg Landkreis Augsburg**

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Vergabekammer Südbayern (Cámara de contratos públicos del Sur de Baviera, Alemania)]

«Contratación pública — Servicios públicos de transporte de viajeros en ómnibus — Reglamento (CE) n.º 1370/2007 — Artículo 4, apartado 7 — Subcontratación — Obligación del operador de servicio público de prestar por sí mismo una parte importante de los servicios públicos de transporte de viajeros — Alcance — Artículo 5, apartado 1 — Procedimiento de adjudicación de contratos — Adjudicación del contrato público de conformidad con la Directiva 2004/18/CE»

1. En virtud de la Directiva 2004/18/CE,<sup>2</sup> los poderes adjudicadores únicamente podrán limitar el recurso a la subcontratación por parte de los adjudicatarios en muy contadas circunstancias.<sup>3</sup> Ello se coherente con el objetivo del Derecho de la Unión en materia de contratación pública de alentar la participación de las pequeñas y medianas empresas en el mercado de los contratos públicos y así favorecer la apertura a la competencia de los contratos públicos. En cambio, en el Reglamento (CE) n.º 1370/2007<sup>4</sup> que define las modalidades según las cuales las autoridades competentes podrán intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar la prestación de servicios de interés general, el legislador de la Unión estableció normas específicas en materia de subcontratación. El Reglamento n.º 1370/2007 permite a las autoridades competentes decidir si tales servicios pueden o no ser subcontratados, para garantizar la mejor utilización de los recursos públicos. Sin embargo, en ese caso el reglamento exige que el operador seleccionado preste por sí mismo «una parte importante» de los servicios (en lo sucesivo, «requisito de prestación propia»). En el asunto que nos ocupa, el Tribunal de Justicia debe comenzar examinando si estas normas específicas son aplicables a

1 — Lengua original: inglés.

2 — Directiva 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 2004, L 134, p. 114). La versión de la Directiva 2004/18 aplicable a los hechos del litigio principal es la que fue modificada por última vez por el Reglamento (UE) n.º 1336/2013 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2013 (DO 2013, L 335, p. 17). Con efectos desde el 18 de abril de 2016, la Directiva 2004/18 quedó derogada y fue sustituida por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18 (DO 2014, L 94, p. 65).

3 — Para una visión general de la jurisprudencia y de los principios subyacentes, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761), puntos 29 a 43.

4 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo (DO 2007, L 315, p. 1). El Reglamento n.º 1370/2007 sustituyó al Reglamento (CEE) n.º 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO 1969, L 156, p. 1; EE 08/01 p. 131). Tal y como enuncia el considerando 6 del Reglamento n.º 1370/2007, el Reglamento n.º 1191/69 no incluía ninguna disposición sobre la adjudicación de contratos para la prestación de servicios de transporte público.

un contrato para la prestación de servicios de transporte público de pasajeros en autobús que, en virtud del Reglamento n.º 1370/2007, debe adjudicarse de conformidad con la Directiva 2004/18. El órgano jurisdiccional remitente también solicita aclaraciones sobre el alcance del requisito de prestación propia previsto en dicho Reglamento.

## Marco jurídico

### *Directiva 2004/18*

2. La Directiva 2004/18 coordina los procedimientos de adjudicación de contratos públicos por encima de determinado valor.<sup>5</sup> Su objetivo es garantizar que la adjudicación de contratos públicos por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de Derecho público «[esté] supeditada [...] [a]l principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia». También pretende garantizar la apertura de la contratación pública a la competencia.<sup>6</sup> Con el fin de favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas en el mercado de contratos públicos, la Directiva incluye disposiciones en materia de subcontratación.<sup>7</sup>

3. El artículo 1, apartado 2, letra a), define los «contratos públicos» como «contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la [Directiva 2004/18]». En virtud del artículo 1, apartado 2, letra d), los «contratos públicos de servicios» son «contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II», incluidos, por tanto, los «servicios de transporte por carretera». El artículo 1, apartado 4, define la «concesión de servicios» como un «contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

4. Conforme al párrafo primero del artículo 25 (Subcontratación), «en el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos».

### *Reglamento n.º 1370/2007*

5. En virtud del considerando 9 del Reglamento n.º 1370/2007, a fin de organizar sus servicios públicos de transporte de viajeros «de la manera más adecuada a las necesidades de los ciudadanos, todas las autoridades competentes deben poder elegir libremente su operador de servicio público teniendo en cuenta los intereses de la pequeña y mediana empresa, en las condiciones previstas por el presente Reglamento». Ese considerando también declara que, «para garantizar la aplicación de los principios de

5 — En el momento de los hechos, la Directiva 2004/18 resultaba aplicable a los contratos de servicio público como el controvertido en el litigio principal cuyo valor estimado total fuera de, al menos, 207 000 euros, excluido el IVA [artículo 7, letra b), primer guion, de la Directiva 2004/18].

6 — Considerando 2.

7 — Considerando 32.

8 — Anexo II A, categoría 2.

transparencia, igualdad de trato de los operadores en competencia, y proporcionalidad, es indispensable, cuando se otorguen compensaciones o derechos exclusivos, definir en un contrato de servicio público entre la autoridad competente y el operador de servicio público elegido tanto la naturaleza de las obligaciones de servicio público como la retribución acordada».

6. El considerando 19 enuncia en particular que «la subcontratación puede contribuir a un transporte público de viajeros más eficaz y permite la participación de otras empresas distintas del operador de servicio público al que se otorgó el contrato de servicio público. No obstante, con miras a la mejor utilización de los recursos públicos, las autoridades competentes deben poder determinar las modalidades de la subcontratación de sus servicios públicos de transporte de viajeros, en particular en el caso de los servicios prestados por un operador interno».

7. De conformidad con su artículo 1, apartado 1, el objetivo del Reglamento n.º 1370/2007 es «definir las modalidades según las cuales, en cumplimiento de las disposiciones del Derecho [de la Unión], las autoridades competentes podrán intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar la prestación de servicios de interés general que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar». Con ese fin, el Reglamento «define las condiciones en las que las autoridades competentes, al imponer o contratar obligaciones de servicio público, [deben compensar] a los operadores de servicios públicos por los costes que se hayan derivado y [conceder] derechos exclusivos en contrapartida por la ejecución de obligaciones de servicio público».

8. A tenor del artículo 1, apartado 2, el Reglamento n.º 1370/2007 se aplica a «la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera, a excepción de los servicios que se exploten esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística».

9. El artículo 2 incluye las siguientes definiciones:

- «a) “transporte público de viajeros”: servicios de transporte de viajeros de interés económico general ofrecidos a los usuarios sin discriminación y de forma continua;
- b) “autoridad competente”: todo poder público o agrupación de poderes públicos de uno o más de un Estado miembro que esté habilitado para intervenir en el transporte público de viajeros en un área geográfica determinada, o todo órgano que reúna esas facultades;

[...]

- i) “contrato de servicio público”: uno o varios actos jurídicamente vinculantes que plasmen el acuerdo entre una autoridad competente y un operador de servicio público determinado de confiar a este último la gestión y la explotación de los servicios públicos de transporte de viajeros sometidos a las obligaciones de servicio público. [...]»

10. En virtud del artículo 3, apartado 1, cuando una autoridad competente decida conceder al operador de su elección un derecho exclusivo o una compensación o ambas cosas, cualquiera que sea su naturaleza, en contrapartida por la ejecución de obligaciones de servicio público, deberá hacerlo en el marco de un contrato de servicio público.

11. El artículo 4, que lleva por título «Contenido obligatorio de los contratos de servicio público y de las reglas generales», establece, en particular:

«1. En los contratos de servicio público [...] se deberán:

[...]

- b) establecer por anticipado, de modo objetivo y transparente:
- i) los parámetros sobre cuya base ha de calcularse la compensación, si procede, y
  - ii) la naturaleza y el alcance de cualesquiera derechos exclusivos,

de manera tal que se evite una compensación excesiva. [...]

[...]

7. Los documentos de licitación y los contratos de servicio público indicarán con toda claridad si es posible o no la subcontratación y, en tal caso, en qué medida. Si se subcontrata, el operador al que se haya encomendado la administración y la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros estará obligado, con arreglo al presente Reglamento, a prestar por sí mismo una parte importante de los servicios públicos de transporte de viajeros. Un contrato de servicio público que cubra tanto la planificación como el establecimiento y la prestación de los servicios públicos de transporte de viajeros podrá autorizar la subcontratación total de la prestación de dichos servicios. El contrato de servicio público determinará, con arreglo al Derecho nacional y al Derecho [de la Unión], las condiciones aplicables a la subcontratación.»

12. El artículo 5, rubricado «Adjudicación de contratos de servicio público», dispone en su apartado 1:

«Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas. No se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse de conformidad con las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE.»

13. El artículo 5, apartados 2 a 6, incluye normas sobre la adjudicación de contratos de servicio público que constituyen excepciones al Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Por ejemplo, «salvo que lo prohíba el Derecho nacional, las autoridades competentes podrán optar por la adjudicación directa de los contratos de servicio público sea cuando su valor anual medio se haya estimado en menos de 1 000 000 EUR, sea cuando tengan por objeto la prestación anual de menos de 300 000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros».<sup>9</sup>

14. El artículo 8, apartado 2, establece un período transitorio para la aplicación del artículo 5. Aunque la adjudicación de contratos de servicio público por ferrocarril y por carretera está sujeta a lo dispuesto en el artículo 5 a partir del 3 de diciembre de 2019, los Estados miembros tienen la obligación de cumplir gradualmente con esa disposición durante el período transitorio con el fin de evitar problemas estructurales graves.<sup>10</sup> El artículo 8, apartados 2, párrafo segundo, 3 y 4, del Reglamento n.º 1370/2007 precisa con más detalle esa obligación transitoria. No obstante, de la última oración del artículo 8, apartado 1, se desprende que el artículo 8, apartados 2 a 4, no es aplicable a los contratos de servicio público de transporte de viajeros en autobús a los que hace referencia el artículo 5, apartado 1.

9 — Artículo 5, apartado 4.

10 — Artículo 8, apartado 2, párrafo primero.

## Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

15. El 7 de marzo de 2015, Stadt Augsburg (municipio de Augsburg) y Landkreis Augsburg (distrito de Augsburg) (en lo sucesivo, conjuntamente, «poderes adjudicadores») publicaron en el *Diario Oficial de la Unión Europea* un anuncio de licitación para la prestación de servicios de transporte público de pasajeros en ómnibus («Conjunto de líneas Lech-Norte»).<sup>11</sup> En virtud del anuncio de licitación, los licitadores podían encomendar a subcontratistas hasta el 30 % de los servicios de transporte (en función del kilometraje).

16. Hörmann Reisen GmbH es una pequeña o mediana empresa establecida en Alemania que opera en el sector de los transportes públicos. Para poder participar con éxito en el procedimiento de licitación, precisaba recurrir a subcontratistas en una medida mayor de la prevista en el anuncio de licitación.

17. Por ese motivo, Hörmann Reisen impugnó la restricción impuesta a la subcontratación ante la Vergabekammer Südbayern (Sala en materia de contratación pública del *Land* de Baviera del Sur, Alemania). Defiende que, a tenor de su artículo 5, apartado 1, el Reglamento n.º 1370/2007 no resulta aplicable al litigio principal, y que la restricción a la subcontratación es incompatible con la Directiva 2004/18. Por su parte, los poderes adjudicadores argumentan que el Reglamento n.º 1370/2007 es aplicable al litigio principal y que su artículo 4, apartado 7, les facultaba para restringir la subcontratación del modo en que lo hicieron. El requisito de prestación propia de, al menos, el 70% impuesto por las autoridades se cohonestaba con la obligación exigida al operador seleccionado de prestar «una parte importante» de los servicios públicos de transporte de viajeros controvertidos.

18. Dado que el resultado del litigio sustanciado ante ella depende de qué normas de la Unión resulten aplicables al procedimiento de adjudicación en cuestión, la Vergabekammer Südbayern (Sala en materia de contratación pública del *Land* de Baviera del Sur, Alemania) decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿En un procedimiento de adjudicación con arreglo al artículo 5, apartado 1, del [Reglamento n.º 1370/2007] en relación con la [Directiva 2004/18] o con la Directiva 2014/24/UE sólo son de aplicación las disposiciones de dichas directivas, de manera que no deben aplicarse las disposiciones del [Reglamento n.º 1370/2007] que diverjan de ellas?
- 2) ¿La licitud de [este tipo de] procedimiento de adjudicación [...] se rige, en consecuencia, exclusivamente por las normas desarrolladas por el Tribunal de Justicia en relación con la [Directiva 2004/18] y por lo dispuesto en el artículo 63, apartado 2, de la [Directiva 2014/24], o, por el contrario, un poder adjudicador puede imponer a los licitadores en un procedimiento de adjudicación de este tipo un porcentaje mínimo de prestación propia (en función de los kilómetros del itinerario) con arreglo al artículo 4, apartado 7, del [Reglamento n.º 1370/2007]?
- 3) En caso de que el artículo 4, apartado 7, [...] sea aplicable a los procedimientos de adjudicación con arreglo al artículo 5, apartado 1, de dicho Reglamento en relación con la [Directiva 2004/18] o con la [Directiva 2014/24], ¿el poder adjudicador tiene libertad para establecer la cuota de prestación propia, en vista de lo dispuesto en el considerando 19 de [ese] Reglamento, de manera que puede estar justificada la imposición por el poder adjudicador de una cuota de prestación propia del 70 % en función de los kilómetros del itinerario?»

19. Han presentado observaciones escritas Hörmann Reisen, los poderes adjudicadores y la Comisión Europea. No se ha solicitado ni celebrado vista oral.

<sup>11</sup> — DO 2015/S 47-81632.

## Análisis

### *Observaciones preliminares*

20. La Vergabekammer Südbayern (Cámara de contratos públicos del Sur de Baviera) es un «órgano jurisdiccional», en el sentido del artículo 267 TFUE, por lo que está legitimada para plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia.<sup>12</sup>

21. En sus observaciones escritas, los poderes adjudicadores y la Comisión hacen referencia tanto a la Directiva 2004/18 como a la Directiva 2004/17/CE.<sup>13</sup> La Directiva 2004/17, comúnmente denominada «Directiva sectorial»,<sup>14</sup> solo se aplicaría a una situación como la del litigio principal si los propios poderes adjudicadores prestaran servicios de transporte en el sentido del artículo 5 de esa Directiva.<sup>15</sup> No obstante, el Tribunal de Justicia carece de información suficiente para determinar si se cumple esa condición y si, incluso de ser así, concurren tales hechos que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/17 excluye su aplicación.<sup>16</sup> Además, las cuestiones planteadas no hacen alusión a la Directiva 2004/17. Por consiguiente, en lo sucesivo no tendré en cuenta dicha Directiva.

22. Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente solicita orientación al Tribunal de Justicia sobre los artículos 4, apartado 7, y 5, apartado 1, del Reglamento n.º 1370/2007, en relación bien con la Directiva 2004/18, o con la Directiva 2014/24. Ahora bien, según jurisprudencia reiterada, la directiva aplicable es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si es necesario proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público. En cambio, son inaplicables las disposiciones de una directiva cuyo plazo de transposición haya expirado después de ese momento.<sup>17</sup> Por ese motivo, el Tribunal de Justicia ha declarado recientemente que aplicar la Directiva 2014/24 antes de la expiración de su plazo de transposición impediría tanto a los Estados miembros como a los poderes adjudicadores y a los operadores económicos disfrutar de un plazo suficiente para adaptarse a las nuevas disposiciones introducidas por ésta.<sup>18</sup> Eso es especialmente importante en materia de subcontratación: en este ámbito, el artículo 63, apartado 2 de la Directiva 2014/24 introduce cambios significativos respecto del artículo 25 de la Directiva 2004/18.<sup>19</sup> En el asunto objeto del litigio principal, el anuncio de licitación se publicó el 7 de marzo de 2015, es decir, más de un año antes de la fecha límite de transposición de la Directiva 2014/24. Por consiguiente, la Directiva 2014/24 no es aplicable *rationae temporis* al litigio principal, así que me limitaré a examinar las cuestiones del órgano jurisdiccional remitente desde la perspectiva del Reglamento n.º 1370/2007 y de la Directiva 2004/18.

12 — Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de septiembre de 2014, Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235), apartados 20 a 23.

13 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1).

14 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de abril de 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), apartado 26.

15 — Es decir, «las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable» (artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2004/17).

16 — Del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/17, en relación con el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO 1993, L 199, p. 84), se desprende que la prestación al público de un servicio de transporte en autobús queda excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 cuando otras entidades puedan prestar libremente dicho servicio, bien con carácter general o bien en una zona geográfica determinada, en las mismas condiciones que las entidades contratantes.

17 — Véase la reciente sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214), apartado 83 y la jurisprudencia citada.

18 — Sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214), apartado 86.

19 — El artículo 63, apartado 2, de la Directiva 2014/24 autoriza a los poderes adjudicadores a exigir que «determinadas tareas críticas» sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos, por un participante en esa agrupación. Por consiguiente, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 25 de la Directiva 2004/18, dicho artículo 63, apartado 2, permite expresamente que se impongan restricciones a la subcontratación. Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761), punto 39.

23. El órgano jurisdiccional remitente no facilita información sobre el valor del contrato de servicio público controvertido. Sin embargo, en el anuncio de licitación publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* se indica que el contrato tenía por objeto, aproximadamente, 639 000 kilómetros de servicios de transporte en autobús.<sup>20</sup> Entiendo que la Comisión probablemente tiene razón al afirmar que el valor del contrato sobrepasa el umbral de aplicación de la Directiva 2004/18.<sup>21</sup> Ahora bien, esa es una cuestión que corresponde comprobar en última instancia al órgano jurisdiccional remitente.

24. Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús objeto del contrato de servicio público controvertido se rigen por las normas específicas en materia de subcontratación previstas en el artículo 4, apartado 7, del Reglamento n.º 1370/2007, aun cuando dicho contrato se vaya a adjudicar con arreglo a la Directiva 2004/18. Examinaré estas dos cuestiones de manera conjunta. La tercera cuestión prejudicial es diferente dado que se refiere al alcance del requisito de prestación propia previsto en el citado artículo 4, apartado 7, segunda frase. Por tanto, trataré esta cuestión por separado.

*Cuestiones prejudiciales primera y segunda: ¿Está sujeto un contrato de servicio público de transporte de viajeros en autobús o tranvía a las normas específicas en materia de subcontratación previstas en el artículo 4, apartado 7, del Reglamento n.º 1370/2007?*

25. Es pacífico que el contrato controvertido en el litigio principal tiene por objeto la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros por carretera en el sentido del artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 1370/2007. Asimismo, consta que el contrato tiene por objeto los «servicios públicos de transporte de viajeros en autobús» en el sentido del artículo 5, apartado 1, de dicho Reglamento.

26. La referencia contenida en el artículo 5, apartado 1, a los procedimientos de adjudicación previstos en las directivas de contratación pública excluye las concesiones de servicios en la acepción de esas directivas.<sup>22</sup> El Tribunal de Justicia ya ha deducido de esas definiciones que un *contrato de servicios* implica una contrapartida pagada directamente por el poder adjudicador al prestador de servicios, mientras que, en el caso de una *concesión de servicios*, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio (bien únicamente, bien acompañado de un pago).<sup>23</sup> En el presente asunto, el anuncio de licitación publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* indica que el adjudicatario recibirá un pago mensual de los poderes adjudicadores.<sup>24</sup> En consecuencia, aunque en última instancia es una cuestión que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, considero que el Tribunal de Justicia debería partir de la premisa de que el contrato *no* es un contrato de concesión de servicios en el sentido de la Directiva 2004/18.

27. De lo anterior se desprende que, a tenor del artículo 5, apartado 1, del Reglamento n.º 1370/2007, el contrato controvertido debe adjudicarse con arreglo a la Directiva 2004/18 y no conforme a las normas específicas de adjudicación previstas en el artículo 5, apartados 2 a 6, de ese Reglamento, o a las normas transitorias del artículo 8, apartados 2 a 4, del mismo.<sup>25</sup>

28. ¿Significa esto que las normas específicas en materia de subcontratación del artículo 4, apartado 7, del Reglamento n.º 1370/2007 no son aplicables a ese contrato?

20 — Apartado II.2.1. El anuncio de licitación también contemplaba la posibilidad (opcional) de adjudicar un contrato de servicio público para cubrir 834 500 kilómetros, aproximadamente.

21 — Véase la nota 5 de las presentes conclusiones.

22 — Véase el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18. El artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17 contiene una definición similar.

23 — Véase, en particular, la sentencia de 10 de noviembre de 2001, Norma-A y Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721), apartado 41.

24 — Apartado III.1.2 del anuncio de licitación.

25 — Artículo 8, apartado 1, última frase, del Reglamento n.º 1370/2007: véase el punto 14 de las presentes conclusiones.

29. Para responder a esa pregunta es preciso examinar más detenidamente el artículo 5, apartado 1, del Reglamento n.º 1370/2007. Según reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, debe tenerse en cuenta no solo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte.<sup>26</sup>

30. En primer lugar, en lo que se refiere al tenor literal del artículo 5, apartado 1, la primera frase de esa disposición indica que los contratos de servicio público de transporte de viajeros en autobús se adjudicarán «de acuerdo con las normas establecidas en el [Reglamento n.º 1370/2007]».

31. Si bien la segunda frase establece una excepción a la norma contenida en la primera para los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía que no adopten la forma de contratos de concesión de servicios, la tercera frase aclara el alcance de esa excepción: «no se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del [artículo 5]» a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17 o 2004/18. Pues bien, la excepción de la segunda frase del artículo 5, apartado 1, se refiere exclusivamente a las normas específicas sobre procedimientos de adjudicación de contratos previstas en esos apartados. La tercera frase no tendría sentido si el objetivo perseguido por el legislador hubiera sido excluir los contratos para la prestación del servicio público de transporte de viajeros en autobús o tranvía distintos de las concesiones de servicios del ámbito de aplicación del *resto* de disposiciones del Reglamento n.º 1370/2007, incluidas las normas en materia de subcontratación previstas en el artículo 4, apartado 7. En una situación como la del litigio principal, el artículo 4, apartado 7, constituye una *lex specialis* en relación con las normas en materia de subcontratación aplicables con arreglo a la Directiva 2004/18.

32. A diferencia de lo que sostiene Hörmann Reisen, esa interpretación no es incompatible con la frase «el operador al que se haya encomendado la administración y la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros [...] *con arreglo al [Reglamento n.º 1370/2007]*» contenida en el artículo 4, apartado 7.<sup>27</sup> El objetivo del artículo 5, apartado 1, *no* es establecer una exclusión total de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía del ámbito de aplicación de ese Reglamento, sino prever una excepción mucho más limitada. En consecuencia, el Reglamento n.º 1370/2007 se aplica cuando tales servicios de transporte se encomiendan a operadores de servicios públicos,<sup>28</sup> sin perjuicio de esa limitada excepción.

33. El contexto en el que se enmarca el artículo 5, apartado 1, también respalda esa interpretación. La excepción prevista para los servicios públicos de transporte en autobús o tranvía figura en una disposición sobre la «adjudicación de contratos de servicio público». Por tanto, el Reglamento n.º 1370/2007 distingue claramente esa cuestión de otras como, por ejemplo, el «contenido obligatorio de los contratos de servicio público y de las reglas generales», recogido en el artículo 4.

34. Además, mi conclusión se ajusta al ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1370/2007, tal como se define en el artículo 1, apartado 2. Entre otras cuestiones, esa disposición indica que el Reglamento es aplicable «a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros [...] por carretera [...]». Ese pasaje, en relación con el artículo 5, apartado 1, tercera frase, confirma claramente que el objetivo perseguido por el legislador no era establecer una exclusión total del ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1370/2007 para los contratos de servicio público de transporte de viajeros en autobús distintos de los contratos de concesión de servicios.

26 — Véanse, entre otras, las sentencias de 17 de noviembre de 1983, Merck (292/82, EU:C:1983:335), apartado 12, y de 17 de marzo de 2016, Liffers (C-99/15, EU:C:2016:173), apartado 14, y la jurisprudencia citada.

27 — El subrayado es mío.

28 — Artículo 1, apartado 2.



35. Por último, esa interpretación contribuye a lograr el objetivo del Reglamento de permitir a las autoridades competentes prestar servicios de interés general —como los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús objeto del litigio principal— que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar.<sup>29</sup>

36. Tal y como enuncia el considerando 9 del Reglamento n.º 1370/2007, para lograr ese objetivo es necesario que las autoridades competentes puedan elegir libremente sus operadores de servicio público teniendo en cuenta los intereses de la pequeña y mediana empresa, en las condiciones previstas por el Reglamento. Así pues, si bien es cierto que el legislador de la Unión reconoce que la subcontratación puede contribuir a un transporte público de viajeros más eficaz, también dispone que, con miras a la mejor utilización de los recursos públicos, las autoridades competentes «deben poder determinar las modalidades de la subcontratación de sus servicios públicos de transporte de viajeros». El artículo 4, apartado 7, del Reglamento n.º 1370/2007 otorga pues cierto margen a las autoridades competentes para que estas decidan, en función de las circunstancias, si la subcontratación contribuye a una prestación más eficaz del servicio de transporte público de viajeros de interés general.<sup>30</sup>

37. En mi opinión, ninguna disposición del Reglamento sugiere que el legislador de la Unión haya tenido la intención de privar a las autoridades competentes del mismo margen de apreciación cuando celebren contratos para la prestación de servicios de transporte público en autobús que no adopten la forma de contratos de concesión de servicios.

38. Por estos motivos, considero que el artículo 5, apartado 1, del Reglamento n.º 1370/2007 debe interpretarse en el sentido de que un contrato de servicio público de transporte de viajeros en autobús como el controvertido en el litigio principal, que no adopta la forma de un contrato de concesión de servicios en el sentido de la Directiva 2004/18, y que debe adjudicarse con arreglo a esa Directiva, se rige por el Reglamento n.º 1370/2007, con la excepción de las normas relativas a la adjudicación de contratos de servicio público recogidas en el artículo 5, apartados 2 a 6, de dicho Reglamento. Por tanto, un contrato de tales características está sujeto a las normas específicas en materia de subcontratación previstas en el artículo 4, apartado 7, del mismo Reglamento.

*Tercera cuestión prejudicial: ¿Cuál es el alcance del requisito de prestación propia previsto en el artículo 4, apartado 7, segunda frase, del Reglamento n.º 1370/2007?*

39. El artículo 4, apartado 7, enuncia tres requisitos generales en materia de subcontratación. En primer lugar, las autoridades competentes deben indicar «con toda claridad» si es posible o no la subcontratación y, en tal caso, en qué medida. En segundo lugar, si se subcontrata, el adjudicatario está obligado a prestar por sí mismo «una parte importante» de los servicios públicos de transporte de viajeros que se le hayan encomendado con arreglo al Reglamento n.º 1370/2007. En tercer lugar, el contrato de servicio público debe determinar las condiciones aplicables a la subcontratación. Mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el requisito de prestación propia previsto en el artículo 4, apartado 7, segunda frase, constituye una exigencia mínima y si las autoridades competentes gozan de una amplia facultad de apreciación para limitar aún más la subcontratación.

29 — Artículo 1, apartado 1, párrafo primero.

30 — No obstante, el artículo 4, apartado 7, segunda frase, limita esa flexibilidad al exigir que el operador seleccionado preste por sí mismo «una parte importante» de los servicios públicos de transporte de viajeros. Véanse los puntos 39 a 47 de las presentes conclusiones.

40. La expresión «una parte importante» es imprecisa. Por tanto, es indiscutible que deja cierto margen a las autoridades competentes. A este respecto, me gustaría señalar que exigir al operador seleccionado prestar *una* parte importante de los servicios públicos de transporte de viajeros no es lo mismo que exigirle prestar *la* mayor parte de estos.<sup>31</sup> En consecuencia, no estimo que el artículo 4, apartado 7, segunda frase, exija al operador seleccionado prestar por sí mismo «al menos el 50 %» de los servicios de que se trate. Esta interpretación parece quedar confirmada por otras versiones lingüísticas del artículo 4, apartado 7.<sup>32</sup>

41. Hörmann Reisen aduce, en esencia, que el requisito del artículo 4, apartado 7, establece el *nivel máximo* de prestación propia que pueden imponer las autoridades competentes. Como indica el considerando 19, la subcontratación puede contribuir a un servicio de transporte público de viajeros más eficaz. Por consiguiente, las autoridades competentes no pueden imponer un requisito de prestación propia que exceda de «una parte importante» de los servicios en cuestión (por ejemplo, «la mayor parte de» o «la inmensa mayoría de» esos servicios). Hörmann Reisen concluye que la exigencia mínima de prestación propia objeto del litigio principal (70 %) es contraria al artículo 4, apartado 7, segunda frase, en caso de que esa disposición sea aplicable a este asunto.

42. No estoy de acuerdo. A juzgar por el tenor literal, el objetivo y los antecedentes legislativos del artículo 4, apartado 7, el requisito de prestación propia incluido en la segunda frase de esa disposición únicamente establece una exigencia mínima.

43. En primer lugar, el requisito previsto en el artículo 4, apartado 7, segunda frase, debe interpretarse en relación con el principio establecido en la primera frase según el cual los documentos de licitación y los contratos de servicio público deben indicar si es posible o no la subcontratación («considered» en la versión en inglés) *y, en tal caso, en qué medida*. Esa frase sugiere que las autoridades competentes gozan de una amplia facultad de apreciación para limitar la subcontratación.

44. Además, con arreglo al artículo 4, apartado 7, tercera frase, las autoridades contratantes podrán «autorizar la subcontratación total» de la ejecución de contratos «que cubra[n] tanto la planificación como el establecimiento y la prestación de los servicios públicos de transporte de viajeros».<sup>33</sup> Dado que la tercera frase es una excepción a la norma de la segunda frase, su redacción tiende a indicar que dicha frase contempla una exigencia de mínimos.

45. Por otra parte, impedir que las autoridades competentes exijan a los operadores de servicio público seleccionados explotar por sí mismos la mayor parte o la totalidad de los servicios públicos de transporte de pasajeros sería incoherente con el objetivo del legislador de la Unión de otorgar flexibilidad a esas autoridades para garantizar el mejor uso posible de los recursos públicos al organizar tales servicios.<sup>34</sup> Asimismo también sería difícil de justificar, habida cuenta del derecho (incuestionable) de las autoridades competentes a excluir todas las modalidades de subcontratación (derecho claramente plasmado en la expresión «indicarán [...] si es posible o no la subcontratación» que aparece en la primera frase del artículo 4, apartado 7).

31 — Esta última expresión se emplea en el artículo 5, apartado 2, letra e), del Reglamento n.º 1370/2007. No obstante, dicha disposición se refiere a la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros por parte de un «operador interno» y carece, por tanto, de pertinencia para el litigio principal.

32 — Véanse, por ejemplo, la versión alemana («einen bedeutenden Teil»), la versión española («una parte importante»), la versión francesa («une partie importante»), la versión italiana («una parte importante»), la versión neerlandesa («een aanzienlijk deel») y la versión sueca («en stor del»).

33 — Procede observar que ningún elemento de la resolución de remisión (o de la documentación a disposición del Tribunal de Justicia) permite concluir que el contrato para la prestación del servicio público de transporte controvertido se ajusta, en efecto, a esa definición.

34 — Véanse los puntos 35 y 36 de las presentes conclusiones.

46. Por último, esa interpretación queda corroborada por los antecedentes legislativos del Reglamento n.º 1370/2007. La segunda frase del artículo 4, apartado 7, tiene su origen en una enmienda introducida por el Parlamento Europeo durante la segunda lectura del procedimiento.<sup>35</sup> La Comisión de Transportes y Turismo del Parlamento Europeo la justificó en estos términos: «Si la utilización de vehículos y trabajadores se confía exclusivamente a subcontratistas, que pueden recurrir a su vez a otros subcontratistas, cabe temer repercusiones negativas para las normas sociales y de calidad vigentes. Esto solamente podrá contrarrestarse obligando a las empresas a las que se encomienden contratos de servicio público a que, en caso de subcontratación, presten por sí mismas la parte preponderante de los servicios públicos de transporte de pasajeros [...]».<sup>36</sup> En mi opinión, es evidente que un anuncio de licitación en el que se exige al operador de servicio público seleccionado explotar por sí mismo «una parte importante» —o, incluso, la totalidad— de los servicios públicos de transporte de pasajeros no es contrario a ese objetivo.

47. En estas circunstancias, procede concluir que un poder adjudicador, en una situación como la del litigio principal, no incumple el requisito previsto en el artículo 4, apartado 7, segunda frase, del Reglamento n.º 1370/2007 por indicar en un anuncio de licitación que el adjudicatario no podrá subcontratar más del 30 % de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús (en función del kilometraje) que se le hayan encomendado en virtud del contrato de servicio público.

## Conclusión

48. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Vergabekammer Südbayern (Sala en materia de contratación pública del *Land* de Baviera del Sur, Alemania) del siguiente modo:

- «1) El artículo 5, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que un contrato de servicio público de transporte de viajeros en autobús, como el controvertido en el litigio principal, que no adopta la forma de un contrato de concesión de servicios en el sentido de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y que debe adjudicarse con arreglo a esa Directiva, se rige por el Reglamento n.º 1370/2007, con la excepción de las normas relativas a la adjudicación de contratos de servicio público recogidas en el artículo 5, apartados 2 a 6, de dicho Reglamento. Por tanto, un contrato de tales características está sujeto a las normas específicas en materia de subcontratación previstas en el artículo 4, apartado 7, del mismo Reglamento.
- 2) Del artículo 4, apartado 7, segunda frase, del Reglamento n.º 1370/2007 se desprende que una autoridad competente, en una situación como la del litigio principal, puede indicar en un anuncio de licitación que el adjudicatario no podrá subcontratar más del 30 % de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús (en función del kilometraje) que se le encomienden en virtud del contrato de servicio público.»

35 — Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2007, respecto de la Posición común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y 1107/70 del Consejo [13736/1/2006 — C6-0042/2007 — 2000/0212(COD)] (DO 2008, C 76 E, p. 92).

36 — Recomendación de la Comisión de Transportes y Turismo, de 4 de abril de 2007, respecto de la Posición común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y n.º 1107/70 del Consejo [13736/1/2006 — C6-0042/2007 — 2000/0212(COD)], enmienda 21. Aunque el artículo 4, apartado 7, usa la expresión «una parte importante» en lugar de «la parte preponderante», esa diferencia no afecta a los argumentos que he defendido en la última frase del punto 46.