SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 10 de septiembre de 2009 *

En el asunto C-206/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Thüringer Oberlandesgericht (Alemania), mediante resolución de 8 de mayo de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de mayo de 2008, en el procedimiento entre

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

y

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

en el que participan:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Lengua de procedimiento: alemán.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. A. Rosas, Presidente de Sala, y los Sres. J.N. Cunha Rodrigues (Ponente) y J. Klučka, la Sra. P. Lindh y el Sr. A. Arabadjiev, Jueces;

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;
Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 23 de abril de 2009;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre del Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), por la Sra. S. Wellmann y el Sr. P. Hermisson, Rechtsanwälte;

— en nombre de Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, por el Sr. U.-D. Pape, Rechtsanwalt;

— en nombre de Stadtwirtschaft Gotha GmbH, por la Sra. E. Glahs, Rechtsanwältin;

— en nombre de Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), por los Sres. S. Gesterkamp y S. Sieme, Rechtsanwälte;

— en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. M. Lumma y J. Möller, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno checo, por el Sr. M. Smolek, en calidad de agente;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas por los Sres. P. Oliver, D. Kukovec y C. Zadra, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. B. Wägenbaur, Rechtsanwalt;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del concepto de «concesión de servicios» en el sentido de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1).

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (mancomunidad de suministro de agua y de evacuación de aguas residuales de la ciudad de Gotha y de los municipios pertenecientes a su distrito administrativo; en lo sucesivo, «WAZV Gotha») y Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (empresa de tratamiento y de eliminación de aguas; en lo sucesivo, «Eurawasser») relativo a la adjudicación del servicio público de suministro de agua potable y de evacuación de aguas residuales.

Marco jurídico

3 El artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/17 establece:

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

[…]

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

[…]»

4 El artículo 1, apartado 3, letra b), de dicha Directiva dispone:

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

5 A tenor del artículo 2 de dicha Directiva:

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

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

[…]

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

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

[…].»

6 El artículo 4 de la Directiva 2004/17 establece:

«1. La presente Directiva se aplicará a las actividades siguientes:

a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable; o

b) el suministro de agua potable a dichas redes.

2. La presente Directiva se aplicará, asimismo, a los contratos o a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1, siempre y cuando tales contratos:

[…]

b) estén relacionados con la evacuación o tratamiento de aguas residuales.»

[…]

7 El artículo 18 de dicha Directiva dispone:

«La presente Directiva no se aplicará a las concesiones de obras o de servicios que sean adjudicadas por las entidades adjudicadoras que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7, cuando estas concesiones se adjudiquen para desarrollar dichas actividades.»

8 A tenor del artículo 31 de dicha Directiva:

«Los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo XVII A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los artículos 34 a 59.»

9 El artículo 32 de dicha Directiva establece:

«La adjudicación de los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo XVII B estará sometida únicamente a lo dispuesto en los artículos 34 y 43.»

10 Con arreglo al artículo 71 de la Directiva 2004/17, los Estados miembros debían adoptar las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva a más tardar el 31 de enero de 2006.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

11 De los autos se desprende que el WAZV Gotha es una mancomunidad compuesta por municipios a quien corresponde, en virtud de varias disposiciones de Derecho alemán, garantizar el suministro de agua potable y la evacuación de aguas residuales para la población que reside en su territorio.

12 En el marco de un contrato de mandato celebrado en 1994, el WAZV Gotha confió a Stadtwirtschaft Gotha GmbH (empresa municipal de la ciudad de Gotha; en lo sucesivo, «Stadtwirtschaft») todas las prestaciones técnicas, comerciales y administrativas en el ámbito del suministro de agua. Habida cuenta de que dicho contrato expiraba en el 2008, el WAZV Gotha consideró la posibilidad de admitir como miembro a Stadtwirtschaft, con el fin de seguir confiándole la gestión de los negocios. Sin embargo, las autoridades de supervisión se negaron a autorizar la admisión de Stadtwirtschaft en el WAZV Gotha, invocando las disposiciones aplicables a la adjudicación de contratos.

13 Para seguir otorgando el mandato a un tercero, el WAZV Gotha decidió adjudicar el servicio de suministro de agua potable y de evacuación de aguas residuales. A tal fin organizó, durante el mes de septiembre de 2007, un procedimiento informal de licitación en lugar del procedimiento formal de adjudicación de contratos, establecido en los artículos 97 y siguientes de la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; en lo sucesivo, «GWB»). No obstante, el WAZV Gotha publicó un anuncio en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 19 de septiembre de 2007, bajo la referencia 2007/S 180-220518.

14 El anuncio de licitación informaba de la adjudicación de una concesión de servicios para el suministro del agua y la evacuación de aguas residuales en el territorio cubierto por el WAZV Gotha, con una duración de 20 años, e invitaba a las empresas interesadas a presentar su candidatura.

15 El anuncio de licitación y los proyectos de contrato correspondientes establecen que el concesionario prestará a los usuarios residentes en el territorio cubierto por el WAZV Gotha los servicios mencionados sobre la base de contratos de Derecho privado celebrados en nombre y por cuenta propios, y que a cambio recibirá una remuneración de dichos usuarios.

16 Disponen que el concesionario será competente para calcular por sí mismo de forma equitativa las remuneraciones que corresponde abonar por los servicios prestados y para fijar el importe de las mismas bajo su responsabilidad. Sin embargo, dicha competencia queda limitada, en la medida en que el concesionario debe, hasta el 31 de diciembre de 2009, utilizar las tarifas en vigor en el momento de publicación del anuncio de licitación y, posteriormente, adaptar las tarifas a las disposiciones de la Ley del Land de Turingia relativa a los impuestos municipales (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 El anuncio de licitación y los proyectos de contrato establecen igualmente que las instalaciones técnicas de suministro de agua y de evacuación de aguas residuales siguen siendo propiedad del WAZV Gotha y que se alquilarán al concesionario, el cual tiene

derecho a imputar el alquiler correspondiente en la remuneración solicitada a los usuarios a cambio de los servicios prestados. El mantenimiento de dichas instalaciones incumbe al concesionario.

18 El WAZV Gotha se compromete a declarar obligatoria, mediante un reglamento, la conexión a las redes públicas de suministro de agua y de evacuación de aguas residuales y la utilización de las mismas. Sin embargo, el concesionario no puede exigir el respeto de dicha obligación en cada caso individual.

19 Por último, el WAZV Gotha se compromete a transmitir al concesionario las subvenciones públicas que reciba en el límite de las posibilidades legales.

20 La fecha límite para la recepción de solicitudes de participación establecida en el anuncio de licitación era el 8 de octubre de 2007. Mediante escrito de 4 de octubre de 2007, Eurawasser denunció la intención del WAZV Gotha de adjudicar los servicios mencionados mediante una concesión de servicios y no mediante una licitación formal destinada a la adjudicación de un contrato de servicios.

21 Eurawasser presentó su solicitud de participación el 8 de octubre de 2007. Stadtwirtschaft y Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (empresa de gestión dependiente de la mancomunidad intermunicipal para el agua de la región de Lausitz; en lo sucesivo, «WAL») participaron igualmente en el procedimiento de licitación y fueron invitados por el WAZV Gotha a presentar una oferta. En total, en el momento en que finalizó el plazo establecido en el anuncio de licitación, se habían presentado ocho solicitudes de participación.

22 El WAZV Gotha desestimó la reclamación de Eurawasser mediante escrito de 9 de octubre de 2007. Tras presentar en vano otras reclamaciones el 19 de octubre y el 23 de noviembre de 2007, Eurawasser interpuso un recurso ante la Vergabekammer (Cámara de los contratos públicos) competente, basándose en que el WAZV Gotha no eligió el procedimiento de adjudicación adecuado.

23 Mediante resolución de 24 de enero de 2008, la Vergabekammer declaró que la operación en cuestión constituía efectivamente un contrato de servicios, que el WAZV Gotha debería haber organizado un procedimiento formal de adjudicación del contrato y que el procedimiento debía retrotraerse a su estado anterior a la publicación del anuncio de licitación.

24 El WAZV Gotha interpuso recurso contra dicha resolución ante el Thüringer Oberlandesgericht.

25 Stadtwirtschaft y WAL fueron admitidas a intervenir en el procedimiento.

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

«1) ¿Debe calificarse un contrato de servicios (en el caso de autos, un contrato relativo a la prestación de servicios de suministro de agua potable y tratamiento de aguas residuales) como "concesión de servicios" en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva [2004/17] –y no como contrato de servicios a título oneroso en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva– por el hecho de que no se prevé el pago de una remuneración directa a la otra parte contratante por parte de la entidad adjudicadora sino una remuneración de derecho privado que éste ultimo le autoriza a recaudar de terceros?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿constituyen los contratos descritos en la misma una concesión de servicios cuando, como consecuencia de la configuración jurídico pública de los servicios prestados (conexión y uso obligatorios, cálculo de los precios basado en el principio de cobertura de los costes), el riesgo de explotación vinculado a la prestación de los mismos es asumido por la otra parte contratante total o, al menos, en su mayor parte, aunque esté considerablemente limitado desde el principio, es decir, también si la entidad adjudicadora prestara ella misma los servicios?

3) En caso de que también la segunda cuestión se responda negativamente, ¿debe interpretarse el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva [2004/17], en el sentido de que el riesgo de explotación vinculado a la prestación de los servicios, en especial el riesgo comercial, debe ser prácticamente equivalente, desde el punto de vista cualitativo, al riesgo habitual existente en un mercado libre con varios proveedores competidores?»

Sobre la admisibilidad

27 El WAZV Gotha sostiene que la petición de decisión prejudicial es inadmisible debido a que la respuesta a la primera cuestión se desprende de manera evidente de la definición de concesión de servicios incluida en el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En consecuencia, considera que la interpretación solicitada no es en modo alguno necesaria. WAL presenta alegaciones esencialmente similares.

28 Stadtwirtschaft sostiene que las cuestiones prejudiciales no son pertinentes para la resolución que debe adoptar el órgano jurisdiccional remitente, dado que el litigio principal puede zanjarse sin responder a dichas cuestiones. En efecto, considera que el WAZV Gotha organizó un procedimiento de adjudicación regular, aun en el caso de que se confirme que los contratos controvertidos en el litigio principal deben calificarse como contratos de servicios, pertenecientes al ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17.

29 Por el contrario, la Comisión de las Comunidades Europeas considera que la petición de decisión prejudicial es admisible. Tal como se desprende de la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional nacional considera que las cuestiones prejudiciales sobre la distinción entre los conceptos de contrato de servicios y de concesión de servicios son indispensables para que pueda pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso que se le ha planteado.

30 Tras la presentación de la petición de decisión prejudicial, el WAZV Gotha decidió, el 4 de septiembre de 2008, anular el procedimiento de licitación objeto del litigio principal.

31 Como consecuencia de dicha anulación, Eurawasser modificó su recurso sin retirarlo. Eurawasser solicita ahora que se dicte una resolución por la que se declare que, mediante el procedimiento anulado se vulneraron sus derechos derivados de las normas de adjudicación de contratos que le corresponden en virtud de los artículos 97 y siguientes de la GWB.

32 Mediante escrito de 24 de diciembre de 2008, el órgano jurisdiccional remitente informó al Tribunal de Justicia de que mantenía su petición de decisión prejudicial. En efecto, considera que para poder pronunciarse sobre el recurso modificado sigue siendo necesario obtener una respuesta a las cuestiones planteadas, aunque sólo sea porque las concesiones de servicios no entran dentro del ámbito de aplicación de los artículos 97 y siguientes de la GWB y que, en consecuencia, la modificación del recurso en el asunto principal no tiene incidencia alguna sobre el hecho de que, si el contrato controvertido se calificase de concesión de servicios, sería inadmisible el recurso a las instancias competentes para controlar el respeto de los procedimientos aplicables en el ámbito de los contratos públicos, a saber, la Vergabekammer y el Vergabesenat.

33 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el marco de la cooperación del Tribunal de Justicia con los órganos jurisdiccionales nacionales establecida en el artículo 234 CE, que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véase, en particular, la sentencia de 23 de abril de 2009, Rüffler, C-544/07, Rec. p. I-3389, apartado 36 y la jurisprudencia citada).

34 El Tribunal de Justicia también ha declarado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el órgano jurisdiccional nacional se dirige a él con objeto de verificar su propia competencia. La negativa a pronunciarse

sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véase, en particular, la sentencia Rüffler, antes citada, apartados 37 y 38, así como la jurisprudencia citada).

35 Tanto en su resolución de remisión como en su escrito de 24 de diciembre de 2008, el órgano jurisdiccional remitente explica claramente los motivos por los que considera que las cuestiones que plantea son pertinentes y que una respuesta a dichas cuestiones es necesaria para resolver el litigio que se le ha planteado. A la luz de dichas explicaciones, las cuestiones planteadas no resultan hipotéticas ni carentes de relación con el objeto del litigio principal.

36 En consecuencia, las cuestiones prejudiciales son admisibles.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observaciones preliminares

37 Con carácter preliminar, procede precisar que, según los elementos que obran en autos, el WAZV Gotha está comprendido en la definición de poder adjudicador recogida en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/17. Dicho poder adjudicador es una de las categorías de entidades adjudicadoras a quienes se aplica dicha Directiva en virtud de su artículo 2, apartado 2, letra a).

38 Con arreglo al artículo 4 de la Directiva 2004/14, el asunto principal se inscribe además en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, en la medida en que la entidad adjudicadora de que se trata, a saber, el WAZV Gotha, ejerce una actividad en el ámbito del suministro de agua potable y de la evacuación de aguas residuales.

39 La Directiva 2004/17 es aplicable *ratione temporis* al litigio principal, en la medida en que el plazo fijado en el artículo 71 de la misma para su aplicación expiró el 31 de enero de 2006 y el procedimiento de licitación controvertido en el litigio principal comenzó en el mes de septiembre del 2007.

40 Procede recordar que se introdujo en la legislación comunitaria una definición de la concesión de servicios mediante el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/17. Dicha definición no constaba en las Directivas anteriores en la materia, en particular en 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 L 199, p. 84).

41 En el artículo 18 de la Directiva 2004/17, el legislador comunitario precisa que ésta no es aplicable a las concesiones de servicios adjudicadas por entidades adjudicadoras que ejerzan actividades, en particular, en el sector del agua.

42 Asimismo, procede recordar que, con respecto a su propio ámbito de aplicación, 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), incluye, en sus artículos 1, apartado 2, letra a), y 4, definiciones de «contrato público» y de «concesión de servicios» similares, en esencia, a las definiciones correspondientes incluidas en los artículos 1, apartado 2, letra a) y 3, letra b), de la Directiva 2004/17.

43 Esta similitud requiere que se utilicen las mismas consideraciones en vista de la interpretación de los conceptos de contrato de servicios y de concesión de servicios en los ámbitos de aplicación respectivos de las dos Directivas mencionadas.

44 De ello se desprende que si la operación controvertida en el litigio principal se califica como «contrato de servicios» en el sentido de la Directiva 2004/17, tal contrato deberá, en principio, celebrarse con arreglo a los procedimientos establecidos en los apartados 31 y 32 de dicha Directiva. Sin embargo, si dicha operación se califica como concesión de servicios dicha Directiva no le será aplicable en virtud de su artículo 18. En tal caso, la adjudicación de la concesión estará sometida a las normas fundamentales del Tratado CE, en general, y, a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, así como a la obligación de transparencia que se desprende de los mismos, en particular (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 a 62; de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 a 19; de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 49, y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Rec. p. I-8457, apartado 25).

45 Es en este contexto que el órgano jurisdiccional remitente pretende que se precisen los criterios que permiten establecer una distinción entre un contrato de servicios y una concesión de servicios.

Sobre las cuestiones primera y segunda

46 Mediante sus cuestiones primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, en el caso de un contrato de servicios, la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de Derecho privado de terceros, basta, por sí misma, para calificar el contrato como concesión de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17. En caso de respuesta negativa a esta cuestión, el órgano jurisdiccional pregunta si tal contrato debe calificarse como concesión de servicios cuando la otra parte contratante asume total, o al menos, en su mayor parte, el riesgo de

explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es muy limitado desde un principio debido a la configuración jurídico pública del servicio.

47 En apoyo de una respuesta afirmativa a la primera cuestión, el WAZV Gotha, Stadtwirtschaft y WAL, así como los Gobiernos alemán y checo, sostienen que la circunstancia de que la otra parte contratante sea retribuida mediante una remuneración abonada por los usuarios del servicio de que se trata basta para caracterizar una concesión de servicios.

48 Sin embargo, Eurawasser y la Comisión consideran que es necesario, además, que la otra parte contratante asuma el riesgo económico de la explotación del servicio de que se trata.

49 Procede señalar, a este respecto, que el artículo 1, apartado 2, letra a), de la directiva 2004/17 dispone que los «contratos de suministro, de obras y de servicios» son contratos a título oneroso celebrados por escrito entre una o varias de las entidades adjudicadoras contempladas en el apartado 2 del artículo 2 de dicha Directiva y uno o varios contratistas, proveedores o prestadores de servicios.

50 A tenor del artículo 1, apartado 3, letra b), de dicha Directiva, la «concesión de servicios» es un contrato que presenta las mismas características que el contrato de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de prestación de servicios consiste, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un pago.

51 De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 39) 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.

52 Las cuestiones planteadas parten explícitamente de la base de que el contrato controvertido establece que la otra parte contratante no está retribuida directamente por la entidad adjudicadora, sino por una remuneración de Derecho privado que la entidad adjudicadora le autoriza a recaudar de terceros.

53 A la luz del criterio mencionado en el apartado 51 de la presente sentencia, el hecho de que el prestador de servicios sea remunerado por pagos provenientes de terceros, en el caso de autos, los usuarios del servicio en cuestión, es una de las formas que puede adoptar el ejercicio del derecho a explotar el servicio reconocido al prestador.

54 Dicho criterio resultaba ya de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la entrada en vigor de la Directiva 2004/17. Según dicha jurisprudencia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación (véase, en este sentido, la sentencia Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartado 58; el auto de 30 de mayo de 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Rec. p. I-4685, apartados 27 y 28, así como las sentencias de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-6657, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, C-437/07, apartado 29).

55 A este respecto, carece de pertinencia el hecho de que la remuneración se rija por el Derecho privado o por el Derecho público.

56 El Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una concesión de servicios, en particular, en casos en los que la remuneración del prestador provenía de pagos efectuados por los usuarios de un parking público, de un servicio de transporte público y de una red de teledistribución (véanse las sentencias Parking Brixen, antes citada, apartado 40; de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 16, y Coditel Brabant, antes citada, apartado 24).

57 De ello se desprende que, en el caso de un contrato de servicios, la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros responde a la exigencia de una contrapartida establecida en el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17.

58 Sin embargo, esta conclusión impone que se precisen los conceptos de «derecho a explotar» y de «contrapartida de la prestación», incluidos en dicha disposición.

59 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas).

60 A este respecto, los interesados que han presentado observaciones han adoptado, a título principal o subsidiario, posturas divergentes.

61 El WAZV Gotha sostiene que el hecho de que la otra parte contratante asuma el riesgo que se deriva de la explotación, en las condiciones del asunto principal, basta para caracterizar una concesión de servicios.

62 En opinión de Stadtwirtschaft, de WAL y del Gobierno checo, la otra parte contratante no tiene la obligación de asumir la totalidad de dicho riesgo. Basta con que asuma la mayor parte del mismo.

63 El Gobierno alemán considera que existe una concesión de servicios cuando la otra parte contratante asume un riesgo vinculado a la explotación que no sea del todo insignificante.

64 Eurawasser considera que, en la operación de que se trata en el asunto principal no existe un riesgo significativo que la entidad adjudicadora pueda transmitir a la otra parte contratante. En consecuencia, estima que procede calificar dicha operación de contrato y no de concesión.

65 La Comisión señala que debe existir un riesgo de explotación importante, pero que no es necesario que éste se corresponda con el riego económico que se corre habitualmente en un mercado libre. Considera que, un contrato de servicios cuyo riesgo económico esté reducido al mínimo por los poderes públicos no se puede calificar de concesión de servicios.

66 A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.

67 Si la entidad adjudicadora sigue soportando la totalidad del riego sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado, la atribución de la explotación del servicio requerirá la aplicación de las formalidades previstas por la Directiva 2004/14 para proteger la transparencia y la competencia.

68 Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a

35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

69 Las cuestiones planteadas parten de la premisa de que la prestación de servicios de que se trata en el asunto principal implica riesgos económicos muy limitados, incluso en el caso de que sea la entidad adjudicadora quien presta dicho servicio y ello se debe a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata.

70 Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable.

71 Estas alegaciones no pueden acogerse en términos absolutos.

72 Es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren.

73 Por un lado, la configuración jurídico pública de la explotación económica y financiera del servicio facilita el control de la explotación del mismo y reduce los factores que pueden vulnerar la transparencia y falsear la competencia.

74 Por otro, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado.

75 Además, no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo.

76 En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración.

77 En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

78 Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la entidad adjudicadora ha transferido la totalidad o una parte significativa del riesgo que corre.

79 A tal fin no deben tenerse en cuenta los riesgos generales derivados de las modificaciones de la normativa acaecidas durante la ejecución del contrato.

80 En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que, el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/14, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios.

Sobre la tercera cuestión

81 En vista de la respuesta a las cuestiones primera y segunda, no procede responder a las tercera cuestión.

Costas

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

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

El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios.

Firmas