

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NIAL FENNELLY

presentadas el 2 de abril de 1998 \*

### I. Introducción

1. El presente asunto guarda relación con la adjudicación de un contrato público de servicios de transporte de personas, con o sin asistencia médica, a y desde hospitales y centros médicos. En particular, suscita cuestiones relativas a los organismos competentes para controlar dichos contratos y a la disponibilidad de recursos cuando no se ha efectuado en el plazo establecido la adaptación del Derecho interno a las Directivas comunitarias pertinentes, a la clasificación de los servicios de que se trata y a los procedimientos de adjudicación de contratos que, en consecuencia, deben aplicarse, al efecto directo de las disposiciones legales relativas a dichos procedimientos y al efecto de la aplicación de la Directiva pertinente a los contratos pre-existentes.

### II. Contexto jurídico y fáctico

#### A. Derecho comunitario

2. El artículo 1 de 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<sup>1</sup> (en lo sucesivo, «Directiva sobre recursos»), modificada, establece 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 y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.<sup>2</sup>

1 — DO L 395, p. 33.

2 — Esta nueva versión fue introducida por el artículo 41 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, mencionada más adelante. La versión inicial únicamente se refería a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE, citadas más adelante.

\* Lengua original: inglés.

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.»

financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

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

El artículo 2 de la Directiva sobre recursos dispone, en la parte pertinente lo siguiente:

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

«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:

[...]

- a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores;

6. Los efectos del ejercicio de los poderes contemplados en el apartado 1 en el contrato consecutivo a la adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional.

- b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o

Además, excepto en caso de que la decisión deba anularse antes de conceder los daños y perjuicios, los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por

daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.

que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.»

7. Los Estados miembros velarán para que las decisiones adoptadas por los organismos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz.

8. Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción [léase: “un órgano jurisdiccional”] en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base.

El nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios

3. La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios<sup>3</sup> (en lo sucesivo, «Directiva sobre servicios»), establece procedimientos de adjudicación aplicables a determinados tipos de contratos públicos y de servicios. En el séptimo considerando de la exposición de motivos de la Directiva sobre servicios se dispone lo siguiente:

«Considerando que a efectos de la aplicación de las normas de procedimiento y con vistas a la supervisión, la mejor definición del sector de los servicios consiste en subdividirlo en categorías que correspondan a determinadas partidas de una nomenclatura común; que los Anexos I A y I B de la presente Directiva se refieren a la nomenclatura CCP (clasificación común de productos) de las Naciones Unidas; que dicha nomenclatura puede ser sustituida en el futuro por una nomenclatura comunitaria; que es necesario prever la posibilidad de adaptar en consecuencia la nomenclatura CCP en los Anexos I A y I B».

3 — DO L 209, p. 1.

4. El vigésimo primer considerando de la exposición de motivos de la Directiva sobre servicios tiene, en la parte pertinente, el siguiente tenor:

«Considerando que, durante un período transitorio, la aplicación plena de la presente Directiva debe limitarse a los contratos de servicios en relación con los cuales las disposiciones de la presente Directiva permitan el pleno desarrollo del potencial de crecimiento del comercio transfronterizo; que, por lo que se refiere a los contratos de otros servicios, es preciso que se supervisen durante un determinado período antes de decidir la plena aplicación de la presente Directiva».

5. El artículo 1 de la Directiva sobre servicios define una serie de términos empleados en la Directiva. El artículo 2 regula el ámbito de aplicación de la Directiva en relación con el de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. <sup>4</sup> El artículo 3 de la Directiva sobre servicios establece la aplicación, sin discriminación, de las disposiciones de la Directiva a la adjudicación de contratos públicos de servicios, a la convocatoria de concursos y a los contratos de servicios subvencionados en más del 50 % y relacionados con los contratos de obras a los que se refiere el apartado 2 del artículo 1 *bis* de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos

públicos de obras. <sup>5</sup> En particular, en el apartado 1 del artículo 3 se dispone lo siguiente:

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

Los artículos 4 a 6 de la Directiva sobre servicios establecen la inaplicación de dicha Directiva a diversas situaciones excepcionales especificadas. El artículo 7 de la Directiva sobre servicios contempla la aplicación de la Directiva a los contratos públicos de servicios cuyo importe estimado, sin IVA, sea igual o superior a 200.000 ECU, y define los métodos de valoración de los contratos.

6. En el artículo 8 de la Directiva sobre servicios se establece la observancia de los procedimientos de adjudicación detallados en los Títulos III a VI en el caso de los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I A de dicha Directiva. En el artículo 9 se dispone que 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 de la Directiva sobre servicios, que se refieren únicamente a las especificaciones técnicas y a la notificación de los resultados de los procedi-

4 — DO 1977, L 13, p. 1; EE: 17/01, p. 29.

5 — DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9.

mientos de adjudicación. El procedimiento aplicable a los contratos cuyo objeto esté comprendido en ambos Anexos se regula del siguiente modo en el artículo 10 de la Directiva sobre servicios:

«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 sobre servicios regula la elección del procedimiento de adjudicación y las normas relativas a los concursos de proyectos. El Título IV se refiere a las especificaciones técnicas de los contratos públicos de servicios. El Título V establece normas comunes de publicidad. El Título VI está dividido en tres Capítulos, en los que se establecen, respectivamente, normas comunes de participación de los prestadores de servicios en el proceso de adjudicación de contratos, criterios de selección cualitativa y criterios de adjudicación de los contratos.

8. El Anexo I A de la Directiva sobre servicios enumera los servicios a los que se refiere el artículo 8. En la categoría n° 2 incluye los «servicios de transporte por vía terrestre, incluidos servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto transporte de correo», con los números de referencia CCP 712 (excepto 71235), 7512 y 87304. El Anexo I B enumera los servicios a los que se refiere el artículo 9 de la Directiva sobre

servicios, e incluye una categoría n° 25, referente a los «servicios sociales y de salud». Su número de referencia CCP, 93, se indica en la tercera columna del Anexo.

9. El número de referencia CCP 712 es una subdivisión de la división 71 («Servicios de transporte por vía terrestre») y se titula «Otros servicios de transporte por vía terrestre». <sup>6</sup> La subdivisión 712 comprende «Otros servicios no regulares de transporte de pasajeros» (7122), subdivididos a su vez en «Servicios de taxímetros» (71221), «Servicios de alquiler de automóviles particulares con conductor» (71222), «Servicios de alquiler de autobuses y autocares con conductor» (71223), «Servicios de transporte de pasajeros por carretera en vehículos de tracción humana o animal» (71224) y «Otros servicios no regulares de transporte de pasajeros por carretera n. c. p.» <sup>7</sup> (71229). En la división 93 de la CCP («Servicios sociales y de salud»), la subdivisión 931 sobre «Servicios de salud humana» incluye «Otros servicios de salud humana» (9319), uno de cuyos elementos se titula «Servicios de ambulancia» (93192), seguido de la siguiente descripción más completa: «Servicios médicos generales y especializados prestados en la ambulancia».

10. El quinto considerando de la exposición de motivos del Reglamento (CEE) n° 3696/93 del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativo a la clasificación estadística de productos por actividades (CPA) en la

6 — Los números de referencia CCP 7512 y 87304 se refieren a los servicios de furgones blindados y servicios de mensajería.

7 — De las notas explicativas de la CCP publicadas por la Oficina Estadística de las Naciones Unidas se desprende que el acrónimo «n. c. p.» significa «no clasificado en otra parte».

Comunidad Económica Europea <sup>8</sup> (en lo sucesivo, «Reglamento CPA») tiene el siguiente tenor:

«Considerando que la compatibilidad internacional de las estadísticas económicas requiere que los Estados miembros y las instituciones comunitarias utilicen clasificaciones de productos ordenadas por actividades que estén directamente relacionadas con la clasificación central de productos (CCP) de las Naciones Unidas».

En el apartado 1 del artículo 1 del Reglamento CPA se dispone que «[e]l presente Reglamento tiene por objeto establecer una clasificación estadística de productos ordenada por actividades en la Comunidad para asegurar la comparabilidad entre las clasificaciones nacionales y comunitarias y, por ende, entre las correspondientes estadísticas nacionales y comunitarias». <sup>9</sup> En el apartado 3 del artículo 1 se dispone: «[e]l presente Reglamento se aplicará únicamente a la utilización de esta clasificación con fines estadísticos». El apartado 1 del artículo 3 del Reglamento CPA dispone, en la parte pertinente, que «[l]os servicios de la Comisión y los Estados miembros utilizarán la CPA como nomenclatura central de productos».

11. La CPA comprende una división 60, «Servicios de transporte terrestre [...]» y una división 85, «Servicios de salud y trabajo

social». Si bien los grupos, clases y categorías componentes no se dividen exactamente del mismo modo que en la CCP, <sup>10</sup> su orden y contenido son básicamente similares. Las subcategorías de la CPA 60.23.14, «Otros tipos de transporte no regular de pasajeros n. c. p.», y 85.14.14, «Servicios de ambulancia», están formuladas en términos que corresponden, respectivamente, a los números de referencia CCP 71229 y 93192.

12. En 1996 la Comisión adoptó un vocabulario común de contratos públicos (Common Procurement Vocabulary, CPV). <sup>11</sup> En la exposición de motivos se indica que el CPV principal es «una adaptación detallada de la nomenclatura CPA a las necesidades de los contratos públicos [...] El CPV pasará a ser, finalmente, una nomenclatura armonizada que sustituirá a las distintas nomenclaturas a las que hacen referencia las Directivas relativas a los contratos públicos». En la división 60 del CPV, el número de referencia 60231400-0 se refiere a los «Otros tipos de transporte no regular de pasajeros n. c. p.», mientras que en la división 85 el número de referencia 85141400-3 se refiere a los «Servicios de ambulancia».

13. Los considerandos quinto y sexto de la exposición de motivos de la Recomendación 96/527/CE de la Comisión, de 30 de julio de 1996, relativa al empleo del vocabulario

<sup>8</sup> — DO L 342, p. 1.

<sup>9</sup> — Apartado 1 del artículo 1 del Reglamento CPA.

<sup>10</sup> — Por ejemplo, las clases 85.12 y 85.13 de la CPA, tituladas, respectivamente, «Servicios de ejercicio de la medicina» y «Servicios de odontología», parecen corresponder únicamente al número de referencia CCP 9312, «Servicios médicos y dentales», que a continuación se subdivide en «Servicios médicos generales» (93121), «Servicios médicos especializados» (93122) y «Servicios dentales» (93123).

<sup>11</sup> — DO S 169, p. 2.

común de contratos públicos (CPV) para la descripción del objeto del contrato<sup>12</sup> (en lo sucesivo, «Recomendación CPV»), señalan que la CPV es una adaptación de la CPA y que esta última, a su vez, «garantiza una correspondencia fija con la nomenclatura CCP (clasificación común de productos) de las Naciones Unidas». Se recomienda la utilización del CPV por parte de las entidades adjudicadoras y organismos adjudicadores a que se refieren las distintas Directivas sobre contratos públicos,<sup>13</sup> en los anuncios relativos a contratos públicos que han de remitir a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, así como por parte de los suministradores de bienes, obras y servicios, y sus agentes, para determinar los contratos que les interesen.

### B. Adaptación del Derecho interno

14. Con arreglo al artículo 65 y al Anexo XVI del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992, la República de Austria estaba obligada a adaptar su Derecho interno, a más tardar el 1 de enero de 1994,<sup>14</sup> a una serie de actos comunitarios en el área de los contratos públicos, incluida la Directiva sobre recursos

en su versión inicial. El Derecho austriaco se adaptó a la Directiva sobre recursos, a nivel federal, mediante la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen o Bundesvergabebezugsgesetz (Ley federal sobre contratos públicos; en lo sucesivo, «BVergG»),<sup>15</sup> que entró en vigor el 1 de enero de 1994. La BVergG estableció un procedimiento de conciliación ante la Bundesvergabebezugskontrollkommission (Comisión Federal sobre Control de Adjudicaciones) y un procedimiento de recurso ante el Bundesvergabeamt (Oficina Federal de Adjudicaciones). La competencia en materia de recursos del Bundesvergabeamt fue establecida en la BVergG únicamente con respecto a las adjudicaciones de contratos públicos de suministros y obras.

15. Con arreglo al artículo 168 del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de Noruega, de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia y a las adaptaciones de los Tratados en los que se basa la Unión Europea, de 24 de junio de 1994,<sup>16</sup> la Directiva sobre servicios, incluido el artículo 41 que modificaba la Directiva sobre recursos, debía ejecutarse en el Derecho austriaco desde el momento de la adhesión, es decir, el 1 de enero de 1995.<sup>17</sup> La adaptación del Derecho interno se efectuó, a nivel federal, mediante una modificación de la BVergG,<sup>18</sup> que amplió la competencia en materia de recursos del

12 — DO L 222, p. 10. Tanto la Recomendación CPV como el propio CPV fueron publicados el 3 de septiembre de 1996.

13 — La Directiva sobre servicios; la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1); la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), y 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).

14 — Fecha en que entró en vigor el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Esta fecha fue un año posterior a la inicialmente prevista en el apartado 3 del artículo 129 de dicho Acuerdo.

15 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* n° 462/1993.

16 — DO C 241, p. 21.

17 — La República de Austria ya estaba obligada a adaptar su Derecho interno a la Directiva sobre servicios a más tardar el 1 de julio de 1994, en virtud de los artículos 1 y 3, y del Anexo 14 B, 5B, de la Decisión del Comité Mixto del EEE n° 7/94, de 21 de marzo de 1994, por la que se modifica el Protocolo 47 y determinados Anexos del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (DO L 160, p. 1). No se ha sugerido que el presente caso se refiera al período comprendido entre el 1 de julio de 1994 y el 1 de enero de 1995.

18 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* n° 776/1996.

Bundesvergabeamt a las adjudicaciones de contratos públicos de servicios, y que entró en vigor el 1 de enero de 1997.

16. Los organismos de Seguridad Social austriacos están legalmente obligados a reembolsar los gastos de transporte de los asegurados en caso de que ellos mismos o miembros de sus familias requieran asistencia médica. Dicho reembolso comprende los gastos de transporte en territorio nacional, por un lado, con fines de hospitalización, hasta la clínica adecuada más próxima o desde ésta hasta el domicilio del paciente y, por otro, con fines de tratamiento ambulatorio, hasta el médico o centro de salud adecuado más próximo, a tarifas fijadas mediante contrato. En la práctica, se establece una distinción general entre el transporte de pacientes en vehículos con médicos de urgencias (acompañados por el médico de urgencias y un enfermero), el transporte de heridos y enfermos (acompañados de un enfermero) y el transporte en ambulancia (sin asistencia médica). Las relaciones entre los organismos de Seguridad Social y las empresas de transportes se rigen por contratos de Derecho privado. Al parecer, los médicos se proporcionan y remuneran por separado en el caso del transporte en vehículo con médico de urgencias, de tal manera que su presencia y sus actividades en la ambulancia no están comprendidas en el objeto de dichos contratos.

### *C. Hechos y procedimiento*

17. En 1984, la Gebietskrankenkasse Niederösterreich (Caja del Seguro de Enfermedad

del Land de Baja Austria; en lo sucesivo, «demandada») celebró contratos marco con duración indefinida con la Cruz Roja austriaca, sección regional de Baja Austria, y la Federación Austriaca de Obreros Samaritanos, relativos a la prestación de transporte de pacientes de los tres tipos antes señalados. El contrato marco contempla la fijación de las tarifas mediante un contrato conexo y negociaciones tarifarias anuales que deben concluir en un período de dos meses. El contrato marco puede ser resuelto por cualquiera de las partes, mediante notificación por escrito remitida con tres meses de antelación, al término de cada año civil.

18. El 1 de diciembre de 1992, la Bezirks-hauptmannschaft Wien Umgebung (autoridad administrativa municipal de Viena y su Distrito) concedió al Sr. Walter Tögel (en lo sucesivo, «demandante») una licencia para el ejercicio de la actividad de alquiler de vehículos, limitada al transporte de heridos y enfermos. Sin embargo, la demandada denegó las reiteradas solicitudes del demandante dirigidas a obtener la celebración de un contrato de facturación directa del transporte de heridos y enfermos, debido a que las necesidades estaban adecuadamente cubiertas mediante los dos contratos existentes. El demandante solicitó al Bundesvergabeamt el inicio de un procedimiento de recurso con arreglo al apartado 2 del artículo 91 de la BVergG el 22 de agosto de 1996, es decir, antes de la modificación de dicha Ley por la que se adaptó el Derecho interno a la Directiva sobre servicios. Solicitó la aplicación de la medida contemplada en la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva sobre recursos, afirmando que la controversia se

refería a un servicio a efectos del Anexo I A de la Directiva sobre servicios y que, en consecuencia, debía aplicarse un procedimiento de concurso público.

19. El Bundesvergabeamt suspendió el procedimiento y planteó, con carácter prejudicial, las siguientes cuestiones con arreglo al artículo 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea:

- «1. ¿Puede deducirse de los apartados 1 y 2 del artículo 1 así como del apartado 1 del artículo 2, o de otras disposiciones de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, 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, un derecho individual a la sustanciación de un procedimiento de recurso ante la Administración o ante los órganos jurisdiccionales que se atengan a lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE, que sea lo suficientemente determinado y concreto para que, en caso de que un Estado miembro no adapte el Derecho interno a la Directiva, un particular pueda hacerlo valer con éxito en juicio frente al Estado miembro?
- 2) Al sustanciarse un procedimiento de recurso partiendo de la existencia de un derecho de un particular a tal efecto, basado en el artículo 41 de la Directiva 92/50/CEE, en relación con la Directiva

89/665/CEE, ¿debe un órgano jurisdiccional nacional de las características del Bundesvergabeamt descartar disposiciones de Derecho nacional, como los apartados 2 y 3 del artículo 91 de la Bundesvergabegesetz, que conceden al Bundesvergabeamt una competencia de control únicamente en caso de infracción de la Bundesvergabegesetz y de sus Reglamentos de desarrollo, ya que estas disposiciones impiden iniciar procedimientos de recurso con arreglo a la Bundesvergabegesetz en los casos de adjudicaciones de contratos de servicios, e iniciar un procedimiento de recurso con arreglo a la Parte Cuarta de la Bundesvergabegesetz?

- 3 a) ¿Deben clasificarse las prestaciones mencionadas en los hechos (habida cuenta del artículo 10 de la Directiva 92/50/CEE) como servicios del Anexo I A de la Directiva 92/50/CEE, categoría 2 (Servicios de transporte por vía terrestre) y, en consecuencia, deben adjudicarse con arreglo a lo dispuesto en los Títulos III y IV de la Directiva los contratos que tengan por objeto tales prestaciones, o, por el contrario, deben clasificarse como servicios del Anexo I B de la Directiva 92/50/CEE (Servicios sanitarios) y, en consecuencia, deben adjudicarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 los contratos que tengan por objeto tales prestaciones, o las citadas prestaciones no están incluidas en absoluto en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE?

3 b) ¿Cumplen las disposiciones de los artículos 1 a 7, de la Directiva 92/50/CEE los requisitos impuestos en el apartado 12 de la sentencia Van Duyn, 41/74, para que una Directiva comunitaria pueda ser aplicada directamente, de forma que los servicios del Anexo I B de la Directiva se deban adjudicar en el marco del procedimiento en él mencionado o que las disposiciones de la Directiva, aplicables a los servicios del Anexo I A, puedan cumplir con los requisitos establecidos en la citada sentencia?

4) ¿Se desprende del artículo 5 o de otras disposiciones del Tratado CE, o bien de la Directiva 92/50/CEE, una obligación del Estado de intervenir en las relaciones jurídicas existentes, concertadas por tiempo indefinido o para varios años y de manera no conforme con la referida Directiva?»

20. Presentaron observaciones orales y escritas la demandada, la República de Austria y la Comisión de las Comunidades Europeas. Presentaron asimismo observaciones escritas el demandante y la República Francesa.

### III. Análisis

#### A. Competencia

21. En primer lugar, deseo señalar que el Bundesvergabeamt es, a mi entender, «un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» a efectos del artículo 177 del Tratado. En este sentido, suscribo íntegramente el razonamiento del Abogado General Sr. Léger en el asunto Mannesmann Anlagenbau Austria y otros.<sup>19</sup> Además, este razonamiento parece haber sido implícitamente aceptado por el Tribunal de Justicia, ya que en la sentencia se examinaron las cuestiones planteadas por el Bundesvergabeamt en aquel asunto sin proceder a un análisis preliminar de su admisibilidad.<sup>20</sup>

#### B. Cuestiones primera y segunda

22. La Directiva sobre servicios contiene las disposiciones sustantivas relativas a la adjudicación de contratos públicos de servicios, además de ampliar al ámbito de los servicios los procedimientos de recurso establecidos en la Directiva sobre recursos. No se discute que el Derecho austriaco debía haber sido adaptado, aunque no lo fue, a la Directiva

19 — Sentencia de 15 de enero de 1998 (C-44/96, Rec. p. I-73); conclusiones de 16 de septiembre de 1997, puntos 34 a 45.

20 — Sentencia citada en la nota 19 *supra*.

sobre servicios en la fecha en que el demandante solicitó el comienzo de un procedimiento de recurso con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva sobre recursos, a saber, el 22 de agosto de 1996. En las cuestiones primera y segunda, el órgano jurisdiccional nacional pregunta si existe un derecho, con efecto directo, a que se tramite un procedimiento de recurso ante autoridades o tribunales acordes con lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva sobre recursos, que pueda ser invocado por un particular con el fin de que se sustancie dicho procedimiento ante el Bundesvergabeamt en relación con la adjudicación de un contrato de servicios, pese a que la BVergG atribuye competencia a dicho organismo únicamente con respecto a los contratos de obra o suministro.

23. En circunstancias básicamente similares, el Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes alemán (Comisión Federal de Control de la Adjudicación de Contratos Públicos) planteó una cuestión en el asunto Dorsch Consult,<sup>21</sup> referente a si, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 de la Directiva sobre servicios, los organismos establecidos por los Estados miembros con arreglo a la Directiva sobre recursos para controlar únicamente los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y suministros tenían también competencia para conocer de los recursos relativos a procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios. El Tribunal de Justicia respondió que dicha consecuencia no se derivaba del artículo 41 de la Directiva sobre servicios.<sup>22</sup> Observó que corresponde al Derecho interno de cada

Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para resolver los litigios que se refieran a derechos individuales, derivados del ordenamiento jurídico comunitario. Declaró asimismo que los Estados miembros tienen la responsabilidad de garantizar, en cada caso, una protección efectiva de tales derechos. Hecha esta salvedad, el Tribunal señaló que no le correspondía intervenir en la solución de problemas de competencia.<sup>23</sup> Aun cuando el artículo 41 de la Directiva sobre servicios obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar la existencia de recursos eficaces en materia de contratos públicos de servicios, «no indica cuáles deben ser los organismos nacionales competentes ni que deba tratarse de los mismos designados por los Estados miembros en materia de contratos públicos de obras y de suministro».<sup>24</sup>

24. Esta conclusión excluyó la posibilidad de que el artículo 41 de la Directiva sobre servicios diera lugar a un derecho, con efecto directo, a un procedimiento de recurso tramitado ante el Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes, por faltar uno de los elementos esenciales, a saber, una persona u organismo identificable obligado a tramitar el referido procedimiento de recurso.<sup>25</sup> De manera implícita, desestimó la alegación inicialmente aducida por Austria (aunque, a la luz de la sentencia Dorsch Consult, no formulada en la vista) en el sentido de que en caso de ejecución parcial de la Directiva sobre recursos mediante el establecimiento, con respecto a las obras y suministros, de un organismo de control como el Bundesvergabeamt, dicho organismo guarda una relación

21 — Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (C-54/96, Rec. p. I-4961).

22 — Apartado 46. El artículo 41, como se desprende de la nota 2 *supra*, amplió al ámbito de los servicios el alcance de la obligación de los Estados miembros de establecer procedimientos de recurso.

23 — Apartado 40. El Tribunal de Justicia mencionó la sentencia de 18 de enero de 1996, SEIM (C-446/93, Rec. p. I-73), apartado 32. Véanse también las sentencias de 19 de diciembre de 1968, Salgoil (13/68, Rec. p. 661), y de 9 de julio de 1985, Bozzetti (179/84, Rec. p. 2301), apartado 17.

24 — Apartado 41.

25 — Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartados 12 y 23 a 27.

lo suficientemente estrecha con la categoría de servicios omitida como para, con arreglo al Derecho comunitario, ampliar su competencia a dicha categoría. En respuesta a la afirmación de la República de Austria según la cual el Bundesvergabebamt tiene una competencia «próxima» a la prevista en la Directiva, la demandada negó que dicho concepto existiera en el Derecho austriaco y observó, a mi juicio correctamente, que el grado de claridad de una Directiva no puede apreciarse, a la hora de determinar si tiene efecto directo a falta de una adecuada adaptación del Derecho interno, en función del contenido existente de las normas nacionales, que variarían entre los distintos Estados miembros.

25. El presente caso es, a mi entender, muy distinto de la situación que dio lugar al asunto Factortame y otros,<sup>26</sup> mencionado por el Bundesvergabebamt en su resolución de remisión. En aquel asunto, el Tribunal de Justicia exigió al órgano jurisdiccional nacional que excluyese la aplicación de una norma de Derecho nacional que impedía, en determinadas circunstancias, la concesión de medidas provisionales, consideradas esenciales para la plena eficacia de derechos basados en el ordenamiento jurídico comunitario. No obstante, estaba claro que el órgano jurisdiccional nacional, la House of Lords, tenía competencia sobre el objeto del litigio y había conocido correctamente del mismo.<sup>27</sup> No acepto la alegación del demandante según la cual, con arreglo al Derecho comunitario, todos los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar todas las disposiciones comunitarias con

efecto directo a falta de una disposición de Derecho interno que excluya expresamente dicha competencia.<sup>28</sup> Como señaló el Abogado General Sr. Tesouro en sus conclusiones en el asunto Dorsch Consult, de ese modo se «[invadiría] el ámbito de competencias del legislador nacional».<sup>29</sup>

26. Sin embargo, en la sentencia Dorsch Consult, el Tribunal de Justicia mencionó la obligación de «todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, *en el marco de sus competencias*, de las autoridades jurisdiccionales», de adoptar todas las medidas apropiadas para alcanzar el resultado perseguido por la Directiva, de lo que se deriva una obligación judicial de interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva.<sup>30</sup> Ello requiere del órgano jurisdiccional nacional que «compruebe si las disposiciones pertinentes del *Derecho nacional* permiten reconocer a los justiciables un derecho a interponer recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de servicios [...] [y, ] en particular, [...] si este derecho a interponer recursos puede ejercerse ante los

28 — Al parecer, el apartado 2 del artículo 7 de la BVergG excluye expresamente la competencia del Bundesvergabebamt en relación con los litigios en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones, que se rigen por las disposiciones en materia de recursos de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 76, p. 14), mientras que no dice nada sobre los litigios nacidos en el marco de la Directiva sobre servicios. Véanse, también, mis conclusiones de esta misma fecha en el asunto EvoBus Austria (C-111/97).

29 — Conclusiones de 15 de mayo de 1997, punto 48.

30 — Apartado 43; el subrayado es mío. El Tribunal citó las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8; de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911), apartado 20, y de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartado 26.

26 — Sentencia de 19 de junio de 1990 (C-213/89, Rec. p. I-2433).

27 — Véase el apartado 21.

mismos organismos que los previstos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras». <sup>31</sup>

27. En su resolución de remisión, el Bundesvergabeamt se remite a una resolución del Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional austriaco) de 11 de diciembre de 1995. <sup>32</sup> El Verfassungsgerichtshof expresó dudas, por razones similares a las antes expuestas, sobre si el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva sobre recursos, en su versión modificada por el artículo 41 de la Directiva sobre servicios, daba lugar a un derecho de los particulares, con efecto directo, a iniciar procedimientos de recurso ante el Bundesvergabeamt con respecto a contratos públicos de servicios. Ello, declaró, anticiparía una decisión reservada al legislador nacional, referente a la posibilidad de configurar o no los procedimientos de recurso en el ámbito de los servicios del mismo modo que en relación con los contratos de obras o suministro, o configurar de manera distinta la tutela jurídica en este ámbito en el marco de las obligaciones jurídico-comunitarias. Naturalmente, la solución de esta cuestión corresponde exclusivamente al ordenamiento jurídico nacional.

28. Si, finalmente, se concluyera que el Bundesvergabeamt no tiene la competencia invocada, los particulares que deseen obtener reparación por un supuesto incumplimiento de las disposiciones de la Directiva sobre servicios tienen a su alcance dos opciones principales.

29. En la sentencia Dorsch Consult, el Tribunal de Justicia señaló que en caso de que un Estado miembro no haya adoptado las medidas de ejecución exigidas, los justiciables pueden estar facultados para invocar, frente a ese Estado miembro, las disposiciones materiales de la Directiva sobre servicios. <sup>33</sup> El posible efecto directo de algunas de dichas disposiciones se examina más adelante, en respuesta a la tercera cuestión. Si cualesquiera de dichas disposiciones materiales tuvieran efecto directo, la imposibilidad efectiva para un particular de invocarlas como consecuencia de la inexistencia de un órgano jurisdiccional, sea especializado o con competencia general, que conozca de su asunto constituiría una clara infracción del Derecho comunitario. <sup>34</sup> La República de Austria afirmó en la vista que los litigios relativos a la adjudicación de contratos públicos que no son competencia del Bundesvergabeamt se consideran litigios en materia contractual comprendidos en la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles ordinarios. <sup>35</sup> Sólo los órganos jurisdiccionales nacionales pueden resolver esta cuestión.

30. Alternativamente, las personas afectadas pueden utilizar los procedimientos apropiados de Derecho interno para reclamar la reparación de los daños sufridos como consecuencia de la falta de adaptación del Dere-

33 — Apartado 44. La remisión del Tribunal de Justicia a la sentencia de 2 de mayo de 1996, Comisión/Alemania (C-253/95, Rec. p. I-2423), apartado 13, indica que tenía en mente el principio del efecto directo, más que el de la reparación de los daños, que mencionó en el apartado siguiente de su sentencia Dorsch Consult.

34 — Véase el punto 48 de las conclusiones del Abogado General Sr. Tesouro en el asunto Dorsch Consult.

35 — Soy del parecer de que las medidas establecidas en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva sobre recursos — medidas provisionales, anulación de las decisiones ilegales e indemnización por daños y perjuicios — tendrían que estar disponibles, con arreglo al Derecho comunitario, ante los órganos jurisdiccionales ordinarios competentes para conseguir el efecto directo de las disposiciones sustantivas de la Directiva sobre servicios; véase Fernández Martín, J. M.: *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis* (Clarendon, Oxford, 1996), pp. 200 a 202 y 227.

31 — Apartado 46; el subrayado es mío.

32 — Resolución B 3067/95-9.

cho interno a la Directiva sobre servicios dentro del plazo señalado.<sup>36</sup> La existencia de estas posibles medidas, sin embargo, no afecta a mi conclusión relativa al problema planteado en las cuestiones primera y segunda, a las que sería partidario de responder en los mismos términos de la parte dispositiva de la sentencia Dorsch Consult.

### C. Parte a) de la tercera cuestión

31. Mediante esta cuestión, el Bundesvergabeamt solicita orientación sobre la clasificación entre los Anexos I A y I B, respectivamente, para la aplicación del artículo del 10 de la Directiva sobre servicios a las prestaciones «mencionadas en los hechos». Como ya he señalado, se establece una distinción práctica en el transporte de pacientes entre el transporte en vehículos con médico de urgencias (acompañados por el médico de urgencias, cuya presencia no es responsabilidad del prestador del servicio), el transporte de heridos y enfermos (acompañados por un enfermero) y el transporte en ambulancia (sin asistencia médica). Al parecer, el demandante únicamente está autorizado para prestar servicios de la segunda categoría, y el contrato que solicitó a la demandada se refería a dicho transporte de heridos y enfermos. La demandada se basa en la anterior existencia de los contratos marco, que contemplan el transporte de pacientes de las tres categorías. Habida cuenta de la práctica actual de la demandada, abordaré esta cues-

tión como si se refiriera al contenido de dichos contratos marco, si bien la respuesta que propongo debería servir de ayuda también para determinar el procedimiento apropiado para la adjudicación de un contrato de ámbito más reducido.

32. En la respuesta a esta cuestión, puedo afirmar, de inmediato, que comparto la tesis de la República Francesa según la cual la CCP proporciona la única guía vinculante para la interpretación de las categorías de servicios expuestas en los Anexos I A y I B de la Directiva sobre servicios. El séptimo considerando de la exposición de motivos de la Directiva sobre servicios, citado en el punto 3 *supra*, muestra claramente que las referencias contenidas en los Anexos a la CCP no son meramente orientativas, sino que, por el contrario, las categorías utilizadas «[corresponden] a determinadas partidas de una nomenclatura común», la CCP. Esta intención se desprende inequívocamente no sólo de los términos de dicho considerando sino también de los términos sustantivos de los Anexos. Las autoridades públicas y las empresas y particulares afectados tienen derecho a la máxima claridad posible en lo que respecta a las normas técnicas reguladoras de la actuación que se exige de ellos.

33. Si bien la nomenclatura CPA se estableció mediante un acto vinculante, el Reglamento CPA, se destina claramente a fines distintos de la interpretación de la Directiva sobre servicios, a saber, como se indica en el apartado 3 de su artículo 1, a «fines estadísticos». A mi entender, a falta de otro acto legislativo, la declaración más genérica conte-

36 — Apartado 45. El Tribunal de Justicia citó la sentencia de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros (asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, Rec. p. I-4845).

nida en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento CPA según la cual «los servicios de la Comisión y los Estados miembros utilizarán la CPA como nomenclatura central de productos» no puede sustituir a la previa descripción de sus objetivos contenida en el apartado 3 del artículo 1. El hecho de que la CPA se utilice con fines de clasificación con arreglo a la Directiva 93/36 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro<sup>37</sup> no indica que su ámbito de aplicación normal deba ampliarse a áreas distintas de las reguladas por dicha Directiva.

34. El CPV, en cambio, aunque se destina expresamente a ser utilizado en el ámbito de los contratos públicos, es objeto únicamente de una recomendación de la Comisión que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189 del Tratado, carece de efecto vinculante. En consecuencia, no puede considerarse que constituya la eventual sustitución de la CCP, a efectos de los Anexos I A y I B, contemplada en el séptimo considerando de la exposición de motivos de la Directiva sobre servicios. Aunque la exposición de motivos relativa al CPV sugiere que finalmente se destinará a esa función prevista, la Recomendación CPV se limita a instar a la utilización de la nomenclatura en la elaboración de anuncios y otras comunicaciones en el ámbito de los contratos públicos. Dado que ni el CPV ni la Recomendación CPV se refieren al uso de los Anexos de la Directiva sobre servicios para determinar el procedimiento de adjudicación de contratos apropiado, para los fines que nos interesan, no puede considerarse que tengan el valor interpretativo de una recomendación que «[tiene]

por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante». <sup>38</sup>

35. No estoy de acuerdo con la alegación de la Comisión según la cual las listas de los Anexos I A y I B basadas en la CCP deben interpretarse con ayuda de la CPA o del CPV. El quinto considerando de la exposición de motivos del Reglamento CPA indica que la CPA está «directamente [relacionada]» con la CCP, para los fines de «la compatibilidad internacional de las estadísticas económicas», mientras que el sexto considerando de la exposición de motivos de la Recomendación CPV indica que la CPA «garantiza una correspondencia fija con la nomenclatura CCP». En el quinto considerando, a su vez, el CPV se describe como «una adaptación de la nomenclatura CPA». En estas circunstancias, me parece más lógico interpretar la CPA y el CPV a la luz de la CCP, anterior en el tiempo, que hacer lo contrario. <sup>39</sup> En aras de la exhaustividad, debería añadir que no alcanzo a detectar nada en las nomenclaturas CPA y CPV que afecte en modo alguno a mi interpretación de las listas de los Anexos de la Directiva sobre servicios, basadas en la CCP, exclusivamente a la luz de su tenor.

38 — Véase la sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi (C-322/88, Rec. p. 4407), apartado 18.

39 — Además, parece probable que el CPV se adoptó con posterioridad a la controvertida negativa a adjudicar el contrato al demandante. Este presentó la solicitud ante el Bundesvergabeamt el 22 de agosto de 1996, mientras que la Recomendación CPV no se había adoptado hasta el 30 de julio de 1996. El propio CPV no tiene fecha, pero el hecho de que la Recomendación CPV se refiera al mismo sugiere su adopción simultánea. Por otra parte, el CPV y la Recomendación CPV se publicaron en la misma fecha, el 3 de septiembre de 1996. El hecho de que esta publicación fuese posterior al comienzo del procedimiento de recurso ante el Bundesvergabeamt debilita aún más el argumento a favor de su aplicación al presente caso.

37 — Antes citada.

36. Aunque inicialmente podría ser tentador, dado el simple título «Servicios de ambulancia» de la referencia CCP 93192, asignar los servicios contractuales controvertidos en el presente caso en su totalidad, o al menos aquellos que implican un cierto grado de asistencia médica, a la categoría n° 25, «Servicios sociales y de salud» (referencia CCP 93), del Anexo I B, un examen más atento demuestra que este modo de proceder no estaría justificado. En primer lugar, la nota explicativa relativa a esta categoría tiene el siguiente tenor: «Servicios médicos generados y especializados prestados en la ambulancia». Los «Servicios de salud humana» (931) comprenden los «Servicios de hospital» (9311), «Servicios médicos y dentales» (9312) y «Otros servicios de salud humana» (9319), que a su vez se subdividen en «Servicios proporcionados por parteras, enfermeras, fisioterapeutas y personal paramédico» (93191), «Servicios de ambulancia» (93192), «Servicios de instituciones residenciales de salud distintos de los servicios de hospital» (93193) y «Otros servicios de salud humana n. c. p.» (93199). Estos sencillos títulos de los servicios, desarrollados por las descripciones más detalladas que les acompañan, indican que esta División de la CCP se concentra únicamente en los aspectos médicos de los servicios de salud, excluyendo los aspectos no médicos.<sup>40</sup>

37. Los «Servicios médicos generales y especializados prestados en la ambulancia»

40 — La única excepción la constituyen los «Servicios de instituciones residenciales de salud distintos de los servicios de hospital» (93193), que se describen señalando que se refieren a «servicios residenciales y médicos combinados». Cabe que se considerase necesario aludir expresamente a la combinación de servicios de alojamiento y médicos para impedir la exclusión de los primeros.

(93192) comprenderían la asistencia de una enfermera o asistente sanitario. No obstante, esta categoría no debería comprender los simples costes de transporte correspondientes a combustible, conductor y adquisición de un vehículo de la dimensión y potencia necesarias, al igual que los servicios de catering hospitalario generales, por ejemplo, no deben a mi entender incluirse en el número de referencia CCP 93110, «Servicios de hospital». Los componentes de transporte excluidos, en su lugar, deben clasificarse en la categoría n° 2 del Anexo I A de la Directiva sobre servicios, «Servicios de transporte terrestre [...]», correspondiente al número de referencia CCP 71229, «Otros servicios no regulares de transporte de pasajeros por carretera n. c. p.».

38. No estoy de acuerdo con la tesis del demandante según la cual el hecho de que la Directiva sobre servicios divida los servicios comprendidos en su ámbito de aplicación material en dos clases, que son objeto de distintos procedimientos de adjudicación, afecta a esta conclusión. El vigésimo primer considerando de la exposición de motivos de la Directiva sobre servicios indica que la plena aplicación del procedimiento de adjudicación establecido en los Títulos III a VI se limita, durante un período transitorio, «a los contratos de servicios en relación con los cuales las disposiciones de la presente Directiva permitan el pleno desarrollo del potencial de crecimiento del comercio transfronterizo». La demandada adujo que los servicios contractuales controvertidos deberían por tanto clasificarse en el Anexo I B, dado que ningún prestador de servicios no austriaco había solicitado un contrato y que sería imposible prestar los servicios de que se trata desde fuera de Austria. No me parece pertinente la nacionalidad o el lugar de establecimiento de los licitadores reales o potenciales en un determinado caso. Además, el término «servicios» en la Directiva sobre servicios no debe interpretarse en el sentido de que se

refiere únicamente a las actividades económicas comprendidas en el Capítulo III, «Servicios», del Título III del Tratado. La Directiva sobre servicios se adoptó sobre la base no sólo del artículo 66 sino también del apartado 2 del artículo 57 del Tratado, relativo al establecimiento. Así pues, los prestadores de servicios de otros Estados miembros establecidos en Austria también satisfarían el criterio contemplado en el vigésimo primer considerando.

39. En consecuencia, el contrato público de servicio controvertido se refiere a tres categorías de servicios contractuales cuyo elemento común —transporte no regular de pasajeros— estaría, en sí, comprendido en el Anexo I A de la Directiva sobre servicios, y cuyo elemento variable —servicios médicos generales y especializados prestados en la ambulancia— estaría comprendido, en las mismas circunstancias, en el Anexo I B. Tanto el Bundesvergabeamt como algunas de las partes que presentaron observaciones sugirieron que, por tanto, el procedimiento apropiado de adjudicación del contrato debe determinarse de conformidad con el artículo 10 de la Directiva sobre servicios. Los artículos 8, 9 y 10 establecen la aplicación de las disposiciones de los Títulos III a VI o de los artículos 14 y 16, respectivamente, en función del contenido de los «contratos» que deben adjudicarse. Cuando un contrato tiene por objeto exclusivamente «servicios enumerados» bien en el Anexo I A o bien en el Anexo I B, se aplica el artículo 8 o el artículo 9. Cuando comprende «servicios que figuran tanto en el Anexo I A como en el Anexo I B», el procedimiento de adjudicación aplicable depende, con arreglo al artículo 10, de los valores relativos de los servicios a que se refiere el contrato.

40. En primer lugar, deseo señalar que, en mi opinión, el tenor específico del artículo 10 de la Directiva sobre servicios prevalece, en caso de conflicto, sobre las normas interpretativas de la propia CCP, puesto que la CCP se utiliza meramente como punto de referencia, no estableciendo las normas que determinan la elección del procedimiento de adjudicación apropiado. Tengo presente, en particular, la norma interpretativa B de la CCP, que establece, en la parte pertinente, lo que sigue:

«1. Cuando los servicios, *prima facie*, son clasificables en dos o más categorías, la clasificación se efectuará de la forma siguiente, bien entendido que sólo son comparables las categorías del mismo nivel (secciones, divisiones, grupos, clases o subclases):

a) La categoría que proporcione la descripción más específica tendrá preferencia sobre las categorías que proporcionen una descripción más general.

b) Los servicios compuestos integrados por una combinación de distintos servicios que no puedan clasificarse de conformidad con el apartado 1 a) precedente se clasificarán como si consistieran en el servicio que les dota de su carácter esencial, en la medida en que este criterio sea aplicable.»

A la luz del análisis que antecede, los términos «servicios de ambulancia» no describen los servicios controvertidos de manera más específica que los términos «transporte no regular de pasajeros». Además, el artículo 10 establece claramente una norma relativa a los contratos de prestación de servicios múltiples o complejos que difiere de la contenida en la norma B 1 b) de la CCP. No obstante, se han propuesto distintos modos de aplicación del artículo 10.

41. Francia sostuvo que un servicio no puede estar comprendido, simultáneamente, en los Anexos I A y I B de la Directiva sobre servicios, y que las tres categorías distintas de servicios contractuales deben apreciarse a la luz de la naturaleza general de cada servicio, en función de la presencia o ausencia de personal médico, en lugar de tratar de valorar el coste relativo de los componentes de transporte y médico de los tres servicios contractuales, considerados en su conjunto. Concluyó que los transportes en ambulancia sin asistencia médica, en vehículos ordinarios, están comprendidos en el Anexo I A de la Directiva sobre servicios, mientras que el transporte de pacientes acompañados bien por un médico o bien por un enfermero, en un vehículo con equipamiento especial, deben considerarse comprendidos en el Anexo I B. A continuación, sería necesario estimar si tienen un valor superior los servicios de transporte con asistencia médica o el simple servicio de transporte en ambulancia, con el fin de determinar, de conformidad con el artículo 10, cuál de los procedimientos de adjudicación mencionados en los artículos 8 y 9 de la Directiva sobre servicios se aplica al contrato en su totalidad. Este enfoque favorece, *a priori*, al componente médico, por oposición al componente de transporte, de los servicios contractuales de que se trata a la hora de determinar el procedimiento de adjudicación de contratos aplicable.

42. La Comisión en cambio, apoyada por el demandante, examinó el transporte de pacientes en el sentido más amplio, es decir, sin distinguir entre las tres distintas categorías de servicios contractuales. Sostuvo que el transporte de pacientes comprende algunos servicios regulados en el artículo 8 de la Directiva sobre servicios y otros regulados en el artículo 9. En consecuencia, podría aplicarse el artículo 10 en función del valor relativo de esos dos componentes del contrato global. El demandante afirmó que el componente de transporte de los servicios prestados era superior.

43. Pese a la ambigua referencia que hace el artículo 10 de la Directiva sobre servicios a «los servicios que figuran tanto en el Anexo I A como en el Anexo I B», que podría interpretarse en el sentido de que establece que determinadas actividades de servicios pueden estar comprendidas, simultáneamente, en categorías de ambas listas, la República Francesa tiene, a mi entender, razón cuando sugiere que esto no es posible. Es necesario, habida cuenta del doble régimen de procedimientos de adjudicación establecido en los artículos 8 y 9, que se aplica en función de la atribución de un determinado servicio a una u otra de las listas anejas, considerar los Anexos mutuamente excluyentes.

44. No obstante, estimo asimismo que el enfoque de la Comisión representa la mejor interpretación del artículo 10 de la Directiva sobre servicios. La alegación de la República Francesa favorable a un enfoque global, asignando cada servicio íntegramente bien al Anexo I A o al Anexo I B en función de la

existencia o inexistencia de asistencia médica, no refleja la distinción clara que en los Anexos se hace entre el transporte y los «servicios médicos prestados en la ambulancia». El concepto de «servicios enumerados» bien en el Anexo I A o bien en el Anexo I B que emplea el artículo 10 es un concepto de Derecho comunitario. En consecuencia, deben utilizarse criterios de Derecho comunitario —los empleados para subdividir las listas de los Anexos en una serie de categorías con referencia, en particular, a la CCP— para determinar y diferenciar los distintos servicios que son objeto de un mismo contrato público de servicio. Este proceso se distorsionaría si tuviera que atenerse obligatoriamente a una subdivisión contractual previa de los servicios de que se trata en clases distintas de las categorías indicadas en los Anexos de la Directiva sobre servicios. Los tres tipos de servicios contractuales previstos en el contrato controvertido no encajan en las categorías de servicios empleadas en los Anexos, de tal modo que sería imposible reflejar de manera exacta el valor relativo de los servicios enumerados en los Anexos I A y I B que son objeto del contrato si se utilizase este último, en lugar de los Anexos, como marco de análisis.

45. El artículo 10, por el contrario, exige estimar por separado y, a continuación, comparar el valor de cada uno de los servicios que son objeto del contrato, clasificados conforme al sistema establecido en la Directiva sobre servicios. En el presente caso, ello implicaría estimar el valor total del componente de transporte de pasajeros de los tres tipos de servicios contractuales y compararlo con el del componente de servicios médicos, que, naturalmente, varía de forma sustancial entre esos tres tipos de servicios contractuales.

46. Soy consciente, en todo caso, de la validez de las alegaciones aducidas por la República Francesa y la República de Austria acerca de la dificultad de efectuar una valoración de conformidad con categorías de servicios distintas de las empleadas por la entidad adjudicadora o por las propias partes. El cálculo del valor relativo de una serie de categorías de servicios que son objeto de un mismo contrato público de servicio suscita asimismo dificultades de índole más general. El proceso de licitación se basa en la premisa consistente en que los distintos prestadores de servicios tendrán estructuras de costes diferentes, algunas de las cuales son más competitivas que otras. Esto puede dar lugar a distintos valores relativos, entre los diferentes prestadores de servicios, de las categorías de servicios que se tienen en cuenta en los precios totales que ofrecen por los servicios objeto de licitación o contratación. Asimismo, no puede esperarse que una entidad adjudicadora conozca de antemano el coste relativo exacto, para cada uno de los posibles prestadores de servicios, de las distintas categorías de servicios que constituyen el objeto de un contrato contemplado.

47. No deseo exagerar la importancia de estos problemas. En muchos casos, y quizás en la mayoría, la preponderancia obvia en valor relativo de una de las categorías de servicios enumeradas disipará toda duda sobre esta cuestión. Además, si bien los apartados 2 a 7 del artículo 7 de la Directiva sobre servicios parecen referirse, principalmente, al cálculo del valor estimado total de un contrato, con el fin de alcanzar el umbral de aplicación de la Directiva enunciado en el apartado 1 del artículo 7, proporcionan cierta orientación sobre el modo en que las entidades adjudicadoras deben estimar el valor de las

distintas categorías de servicios comprendidas en un contrato.

48. En los casos en que la estimación del valor relativo de las categorías de servicios objeto de un contrato público de servicios, estimado por la entidad adjudicadora, sea objeto de controversia, la conciencia acerca de los problemas que entraña la elaboración por adelantado de dicha estimación exige que la carga de la prueba en contrario incumba a la parte que reclame y que se admita un cierto margen de apreciación de la entidad adjudicadora. Quien presente la reclamación debe estar obligado a demostrar, basándose en la información que consideró o debió haber considerado la entidad adjudicadora, procedente de contratos previos, de la práctica comercial y contable, de volúmenes de demanda anteriores, etc., y teniendo en cuenta su margen de apreciación, que los valores atribuidos a los servicios son claramente incorrectos. En el presente caso, corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente efectuar las averiguaciones de hecho necesarias para proceder a dicha determinación.

#### D. Parte b) de la tercera cuestión

49. En la parte b) de la tercera cuestión, el Bundesvergabeamt pregunta si los artículos 1 a 7 de la Directiva sobre servicios, en caso de que se aplique el procedimiento de adjudicación limitado correspondiente a los servicios del Anexo I B, y las disposiciones de sus Títulos III a VI, en el caso de que se aplique el procedimiento de adjudicación pleno

prescrito para los servicios del Anexo I A, pueden tener efecto directo cuando el Derecho interno no ha sido adaptado a la Directiva en el plazo establecido. Los Títulos IV y V incluyen, respectivamente, los artículos 14 y 16 de la Directiva sobre servicios, que se aplican también a la adjudicación de contratos de servicios comprendidos en el Anexo I B.

50. En el apartado 12 de su sentencia Van Duyn,<sup>41</sup> el Tribunal de Justicia estableció el principio del posible efecto directo de las Directivas que no hayan sido ejecutadas. El Tribunal ha declarado, de forma reiterada, que «en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas, a falta de medidas de ejecución adoptadas en el plazo señalado, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o también si son de tal naturaleza que definan derechos que los particulares pueden invocar frente al Estado».<sup>42</sup>

51. En la sentencia Francovich y otros, el Tribunal declaró que «procede examinar si las disposiciones de la [Directiva de que se trata] que definen los derechos de los trabajadores son incondicionales y suficientemente precisas. Dicho examen debe referirse a tres aspectos, a saber, la determinación de los beneficiarios de la garantía prevista por ellas, el contenido de esa garantía y, por

41 — Sentencia de 4 de diciembre de 1974 (41/74, Rec. p. 1337).

42 — Sentencia de 19 de enero de 1982, Becker (8/81, Rec. p. 53), apartado 25; véase también la sentencia Francovich y otros, citada en la nota 25 *supra*, apartado 11.

último, quién es el obligado a prestarla». <sup>43</sup> De forma similar, en el presente caso es necesario determinar cuáles, en su caso, de las disposiciones pertinentes de la Directiva sobre servicios son incondicionales y suficientemente precisas en relación con la creación de derechos de los particulares, la identidad de los particulares que deben disfrutar de dichos derechos, y la identidad de los organismos públicos obligados a respetar esos derechos.

52. Para efectuar dicha indagación, deseo observar, en primer lugar, que la aplicación de la Directiva sobre recursos a los servicios constituye un fuerte indicio en el sentido de que la Directiva sobre servicios estaba destinada a referirse a derechos específicos de los particulares acreedores a tutela jurisdiccional. En segundo lugar, añadiría que, si bien las disposiciones de una Directiva que definen su ámbito de aplicación personal y material no pueden, como tales, crear derechos de los particulares, son esenciales para la identificación de los titulares de derechos y obligaciones y del alcance de los derechos y obligaciones derivados de la Directiva y pueden, en relación con las disposiciones sustantivas creadoras de derechos, tener efecto directo. En tercer lugar, las disposiciones de una Directiva cuya aplicación implica el ejercicio por las autoridades de un Estado miembro de una facultad administrativa discrecional de conformidad con criterios prescritos, a diferencia de una facultad discrecional sustantiva relativa a los procedimientos de adaptación del Derecho nacional a las mismas, pueden tener efecto directo en caso de no efectuarse dicha adaptación. Así se confirmó en la sentencia Van Duyn a propósito de los criterios en función de los cuales los Estados miembros debían adoptar medidas por razo-

nes de orden público o de seguridad pública, enunciados en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. <sup>44</sup>

53. Por otra parte, habida cuenta del contenido en líneas generales similar de las restantes Directivas sobre contratos públicos, <sup>45</sup> debe tenerse presente la siguiente declaración efectuada por el Tribunal de Justicia en relación con la Directiva 71/305 en el asunto CEI y otros: <sup>46</sup>

«La Directiva no establece [...] una normativa comunitaria uniforme y exhaustiva. En el marco de las normas comunes que contiene, los Estados miembros conservan su libertad para mantener o dictar reglas materiales y procesales en materia de contratos públicos, a condición de respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario [...]».

<sup>44</sup> — DO 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36.

<sup>45</sup> — En el vigésimo segundo considerando de la exposición de motivos de la Directiva sobre servicios se señala que «las normas de adjudicación de contratos públicos de servicios deben ser lo más parecidas posible a las que rigen los contratos públicos de suministro y de obras»; en el vigésimo tercer considerando se indica que «las normas de adjudicación de contratos públicos de las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE pueden ser pertinentes, con las adaptaciones precisas [...]».

<sup>46</sup> — Sentencia de 9 de julio de 1987 (asuntos acumulados 27/86, 28/86 y 29/86, Rec. p. 3347), apartado 15; véase también la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635), apartado 20.

<sup>43</sup> — *Ibidem*, apartado 12.

54. Entre las áreas que no son objeto de regulación exhaustiva en las Directivas sobre contratos públicos se cuentan la determinación de la capacidad financiera de un contratista, la fijación del importe máximo de las obras<sup>47</sup> y la imposición de condiciones en materia de contratación de desempleados.<sup>48</sup> En cambio, en la sentencia de 10 de febrero de 1982, *Transporoute*,<sup>49</sup> el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 23 a 26 de la Directiva 71/305, equivalentes al artículo 29, a los apartados 2 y 3 del artículo 30, al artículo 31 y a los apartados 2 y 3 del artículo 32 de la Directiva sobre servicios, enunciaban de forma exhaustiva los posibles medios de prueba de la honorabilidad y la cualificación profesional de un licitador (a diferencia de su capacidad financiera y económica).

55. El carácter no exhaustivo de las normas comunes establecida en las Directivas sobre contratos públicos en relación con determinados aspectos del procedimiento de adjudicación de los contratos no impide el efecto directo de dichas normas, en la medida en que satisfagan el criterio antes expuesto. Aun cuando el carácter no exhaustivo de las Directivas sobre contratos públicos signifique que su cumplimiento íntegro no garantizará la obtención de reparación al prestador de servicios lesionado si no ha cumplido también todos los requisitos nacionales aplicables y compatibles, lo cierto es que dichas Directivas, como señala la República de Austria, proporcionan determinadas garantías mínimas. En la sentencia *Beentjes*,<sup>50</sup> el Tribunal declaró que no era necesaria ninguna medida particular de aplicación para el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 20, 26 y 29 de la Directiva 71/305, aproximadamente equivalentes a los

artículos 23, 32 y 37 de la Directiva sobre servicios, y que, por ello, dichas disposiciones podían ser invocadas por un particular ante los órganos jurisdiccionales nacionales.<sup>51</sup>

56. Pasando ahora a las disposiciones generales de la Directiva sobre servicios, soy del parecer de que los titulares de derechos y los organismos públicos sujetos a las obligaciones derivadas de dicha Directiva se identifican con suficiente claridad en el artículo 1, al igual que, en los artículos 2 a 7, los tipos de contratos públicos de servicios a los que se aplica la Directiva.<sup>52</sup> Especial importancia reviste el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva sobre servicios, que establece un derecho incondicional y preciso a la adjudicación de contratos públicos de servicios de conformidad con procedimientos adaptados a las disposiciones de dicha Directiva. Deseo añadir que lo mismo puede decirse de los artículos 8 a 10 de la Directiva sobre servicios, en los que se determina el procedimiento de adjudicación de contratos aplicable. Dichas disposiciones, consideradas conjuntamente, establecen en mi opinión, el derecho, directamente exigible, de los prestadores de servicios a participar en la adjudicación de contratos públicos de servicios de conformidad con las disposiciones de la Directiva sobre servicios, en la medida en que dichas disposiciones detalladas crean derechos de los particulares, son incondicionales y son, asimismo, suficientemente claras y precisas para poder exigirse a falta de medidas de aplicación nacionales.

47 — *Ibidem*, apartados 10 y 18.

48 — Véase la sentencia *Beentjes*, citada en la nota 46 *supra*, apartados 30 y 31.

49 — Asunto 76/81, Rec. p. 417, apartado 15.

50 — Citada en la nota 46 *supra*, apartados 42 a 44.

51 — En relación con el efecto directo del apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305, aproximadamente correspondiente a la segunda frase del primer guión del artículo 37 de la Directiva sobre servicios, véase también la sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo* (103/88, Rec. p. 1839), apartado 32.

52 — Los apartados 2 y 8 del artículo 7 de la Directiva sobre servicios no tienen pertinencia en relación con el efecto directo de la Directiva, ya que no se refieren a los derechos de los particulares ni a las obligaciones de los Estados miembros.

57. Opino asimismo que las disposiciones detalladas de los Títulos III a VI referentes a la elección de procedimientos de adjudicación, normas comunes en el sector técnico y de publicidad, participación, y criterios de selección y adjudicación, son, sin perjuicio de las excepciones y salvedades que se desprenden de su tenor, incondicionales y suficientemente precisas, además de estar destinadas a crear derechos de los particulares. Dichas disposiciones especifican, de forma detallada, las obligaciones impuestas a las entidades adjudicatarias con el fin de garantizar el acceso de los prestadores de servicios a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios y, en su mayor parte, son análogas a los artículos 20, 26 y 29 de la Directiva 71/305, en el sentido de que no se requiere ninguna medida de aplicación específica para su cumplimiento.<sup>53</sup> No obstante, un análisis exhaustivo de las disposiciones de los Títulos III a VI de la Directiva sobre servicios que pueden o no pueden tener efecto directo no se justifica por los hechos del asunto en su estado actual. El examen del valor de una determinada disposición debe, a mi entender, ser posterior a la existencia de una situación fáctica concreta. En consecuencia, procede limitar la respuesta a la parte b) de la tercera cuestión a los Títulos I y II de la Directiva sobre servicios.

#### E. Cuarta cuestión

58. La cuarta cuestión que plantea el Bundesvergabeamt tiene por objeto dilucidar si una entidad adjudicadora está obligada a declarar resuelto o, de cualquier otro modo, interferir en la aplicación de un contrato en vigor celebrado por tiempo indefinido pero adjudicado con anterioridad a la fecha de ejecución de las disposiciones de la Directiva

sobre servicios, y no conforme con éstas.<sup>54</sup> A falta de adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre servicios en la fecha pertinente, esta cuestión es de índole hipotética. En la sentencia Faccini Dori,<sup>55</sup> el Tribunal de Justicia declaró que, a falta de medidas de adaptación del Derecho interno a la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales,<sup>56</sup> los consumidores no podían fundar en la Directiva en sí misma e invocar un derecho de renuncia contra los comerciantes con los que hubieran celebrado un contrato. Pese al carácter público o de Derecho público de las entidades adjudicadoras, el mismo principio impide, a mi entender, la existencia de un derecho de origen comunitario del prestador de servicios, derivado de la Directiva sobre servicios, a exigir la resolución de un contrato existente entre una entidad adjudicadora y otra parte privada. El principio conexo según el cual el Estado no puede invocar una Directiva que no haya sido ejecutada en el Derecho interno de modo que perjudique los derechos de los particulares impediría asimismo a la entidad adjudicadora justificar la resolución, por lo demás ilícita, de dicho contrato, por referencia a la Directiva sobre servicios.<sup>57</sup>

54 — Cabe sostener, sobre la base de la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Rec. p. I-7411), que los Estados miembros estaban obligados a no obstaculizar la aplicación futura de la Directiva sobre servicios en el período comprendido entre su adopción y la fecha de adaptación del Derecho interno a la misma. No obstante, en el presente asunto dicho argumento carece de pertinencia, ya que los contratos marco de que se trata se celebraron con anterioridad a la adopción de la Directiva sobre servicios. Es, pues, más útil, para los fines del presente examen, referirse a la fecha de adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre servicios, cuando era obligatorio dotar de plena eficacia a sus disposiciones.

55 — Citada en la nota 30 *supra*, apartado 25.

56 — DO L 372, p. 31; EE 15/06, p. 131.

57 — Véase la sentencia de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. p. 3969), apartado 9. En el punto 8 de sus conclusiones en el asunto Marleasing, citado en la nota 30 *supra*, el Abogado General Sr. Van Gerven se remitió a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Kolpinghuis Nijmegen y añadió que el principio de seguridad jurídica impedía que una Directiva no ejecutada introdujese una sanción de Derecho civil, tal como la nulidad.

53 — Véase la declaración relativa al efecto directo, comentada en el punto inmediatamente precedente, en la sentencia Beentjes, citada en la nota 46 *supra*.

59. La cuestión remitida por el Bundesvergabeamt plantea, no obstante, la posibilidad real de que, si se considerase que la Directiva sobre servicios puede, una vez ejecutada en el Derecho interno, afectar a los contratos existentes, el prestador de servicios lesionado pudiera tratar de obtener reparación por la inobservancia por parte de la entidad adjudicadora de las disposiciones de los Títulos III a VI de dicha Directiva, o por la falta de adaptación del Derecho interno por parte del Estado, en particular en relación con los servicios enumerados en el Anexo I A. La concesión de reparación en tales circunstancias dependerá de una determinación de las exigencias de la Directiva sobre servicios una vez haya sido plenamente ejecutada.

60. En el contexto del presente caso, esta cuestión suscita tres interrogantes conexos, que abordaré en el orden siguiente: en primer lugar, si la Directiva sobre servicios se aplica de forma retroactiva a los contratos vigentes; en segundo lugar, si dicha Directiva afecta de algún modo a las normas nacionales relativas a la continuación de la vigencia de un contrato, y, en tercer lugar, si las autoridades públicas están obligadas a ejercer una facultad de resolución concedida por un contrato vigente.<sup>58</sup>

61. Normalmente, el principio de seguridad jurídica se opone a que el punto de partida del ámbito de aplicación temporal de una medida comunitaria se fije en una fecha anterior a su publicación, si bien puede ocurrir

de otro modo, con carácter excepcional, siempre que lo exija el fin perseguido y se respete debidamente la confianza legítima de los interesados.<sup>59</sup> Asimismo, el Derecho comunitario presume que, a falta de disposiciones claras en este sentido, la legislación no puede interpretarse en el sentido de que tiene efecto retroactivo.<sup>60</sup> La Directiva sobre servicios no declara expresamente que tenga efecto retroactivo. El artículo 44 simplemente exige a los Estados miembros adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva antes de una determinada fecha con posterioridad a su adopción. Además, ni el articulado ni el sistema general ni los objetivos de la Directiva sobre servicios contienen nada que indique que deba tener un efecto retroactivo general. Su título, el tercer considerando de la exposición de motivos, el apartado 1 del artículo 3, los artículos 8 a 10 y 23, y el Capítulo 3 del Título VI se refieren, todos ellos, a procedimientos o criterios para la *adjudicación* de contratos públicos de servicios, lo que implica que en principio los contratos vigentes, ya adjudicados y celebrados, no deben cuestionarse.

62. Este Tribunal ya ha observado que las Directivas sobre contratos públicos no establecen normativas comunes exhaustivas referentes a la adjudicación de dichos contratos. Las Directivas establecen normas destinadas a garantizar la transparencia y el carácter no discriminatorio de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, pero no afectan a las normas nacionales sustantivas relativas a los procedimientos de celebración,

59 — Sentencias de 25 de enero de 1979, Racke (98/78, Rec. p. 69), apartado 20, y de 11 de julio de 1991, Crispolti (C-368/89, Rec. p. I-3695), apartado 17.

60 — Sentencias de 15 de julio de 1964, Van der Veen (100/63, Rec. p. 1105), y de 31 de marzo de 1977, Société pour l'exportation des sucres/Comisión (88/76, Rec. p. 709); véase también la sentencia Crispolti, citada en la nota 59 *supra*, apartado 20.

58 — Si se declarase la existencia de dicha obligación, por basarse en las estipulaciones del propio contrato, obligaría a la entidad adjudicadora incluso a falta de adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre servicios.

la validez, el tenor y la duración de los contratos resultantes de dichos procedimientos.<sup>61</sup> En efecto, el correcto funcionamiento de la Directiva sobre servicios presupone que las normas nacionales relativas a la celebración de contratos continúen aplicándose con posterioridad a la adjudicación de un contrato de conformidad con sus disposiciones. Así lo confirma el énfasis que pone la Directiva sobre servicios en los procedimientos que obligan a las entidades adjudicadoras en relación con la *adjudicación* de contratos, en lugar de obligar a ambas partes en relación con la *celebración* de los contratos. El apartado 6 del artículo 2 de la Directiva sobre recursos ilustra los efectos de esta distinción, que mantiene la función del Derecho nacional en materia de contratos en el ámbito de los contratos públicos. Dicha disposición establece que los efectos de los recursos previstos en dicha Directiva, que se dirigen todos ellos contra las entidades adjudicadoras, en un contrato celebrado a raíz de su adjudicación por una de dichas entidades se determinarán con arreglo al Derecho nacional. La perspectiva de que dicho contrato celebrado continuaría vinculando en Derecho nacional parece subyacer tras la autorización otorgada a los Estados miembros por el legislador comunitario para limitar los recursos disponibles a una indemnización por daños y perjuicios en favor de cualquier persona perjudicada por una infracción cometida por la entidad adjudicadora. En última instancia, corresponde al Derecho nacional determinar si en esas circunstancias han de preservarse todos los efectos de un contrato.

antes de la fecha señalada para la adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre servicios. Si la relación entre las partes contratantes es firme y vinculante en Derecho nacional, de tal modo que incluso las variaciones del precio y de otras condiciones se producen en el contexto de un mismo contrato vinculante que continúa vigente, la Directiva sobre servicios no afecta a dicha relación. Si, en cambio, conforme al Derecho nacional, constituye meramente una relación duradera que establece un marco para la renegociación periódica de las condiciones, soy del parecer de que, a la primera ocasión, deben aplicarse los procedimientos contemplados en la Directiva sobre servicios. La categoría a la que pertenezca una relación es, en todo caso, un asunto que deben determinar los órganos jurisdiccionales nacionales de conformidad con su propio Derecho. Así, cuando un contrato marco celebrado antes de la fecha señalada para la adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre servicios contempla una renegociación periódica de algunas de sus estipulaciones, son el Derecho nacional en materia de contratos y los órganos jurisdiccionales nacionales quienes determinarán si la relación entre las partes continúa, en todo momento y circunstancia (incluso si, por ejemplo, la renegociación fracasa), sujeta a un contrato vinculante vigente. Si, con arreglo al Derecho nacional en materia de contratos, se considera que la renegociación da lugar a un nuevo contrato o que su fracaso pone fin al contrato, el nuevo contrato público de servicios puede adjudicarse de conformidad con las disposiciones de la Directiva sobre servicios.

63. En principio, por tanto, las normas nacionales relativas a la duración de los contratos se aplican a los contratos celebrados

64. Cabe sostener que, al margen de cuál sea el resultado de la aplicación de las normas nacionales, los objetivos de la Directiva sobre servicios exigen determinados criterios mínimos, aplicables en toda la Comunidad, para la determinación de la continuación de la

61 — Asimismo, el segundo guión del apartado 5 del artículo 7 contempla claramente la posibilidad de contratos que son, de conformidad con su tenor, de duración indeterminada.

vigencia de un contrato. Dicho argumento podría basarse en el perjuicio que habría de esperarse, para el logro de los objetivos de la Directiva sobre servicios, si una parte considerable del mercado de servicios públicos y, en particular, de los servicios previstos en el Anexo I A fuese excluida de su ámbito de aplicación efectivo mediante la adjudicación de contratos con anterioridad a la fecha señalada para la adaptación del Derecho interno y considerados vigentes, conforme al Derecho nacional, sin interrupción pese a la renegociación de determinadas estipulaciones clave, tales como las relativas al precio,<sup>62</sup> en el marco del contrato.

65. Si bien es cierto que este argumento identifica de forma correcta los objetivos generales de la actuación de la Comunidad en el ámbito de los contratos públicos de servicios, a mi entender, no es compatible con el tenor y el sistema de la Directiva sobre servicios. Dicha Directiva no determina las condiciones para la validez de los contratos celebrados con posterioridad a una adjudicación ni tampoco, *con mayor razón*, hay nada en su tenor que sugiera que, para determinar la necesidad de un procedimiento de adjudicación, deba prescindirse de las normas nacionales relativas a la validez o continuación de la vigencia de los contratos celebrados antes de la fecha señalada para su ejecución. Además, el principio de seguridad jurídica exige tener en cuenta, en la interpretación de la Directiva sobre servicios, los derechos de los prestadores de servicios derivados de un contrato subsistente, por lo demás válido. El apartado 6 del artículo 2 de la Directiva sobre recursos permite preservar, con arreglo al Derecho nacional, los efectos de los contratos adjudicados de manera ilegal, quedando obligada la entidad adjudicadora a indemnizar a las personas perjudicadas por la

infracción. De aceptarse el argumento antes expuesto, implicaría la concesión de las medidas previstas en la Directiva sobre recursos a los prestadores de servicios interesados en caso de incumplimiento de las disposiciones de los Títulos III a VI de la Directiva sobre servicios. Ello podría dejar a la entidad adjudicadora en la desagradable posición de estar obligada, conforme al Derecho nacional, a continuar observando las estipulaciones, incluidas las relativas a las revisiones del precio, de lo que se considera un contrato válidamente subsistente, teniendo al mismo tiempo la obligación, conforme al Derecho comunitario, de, pese a no haber cometido ninguna infracción en la adjudicación y celebración del contrato, indemnizar a las personas perjudicadas por el hecho de no haber iniciado, a raíz de dicha revisión del precio, un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato. El tenor y el sistema de la Directiva sobre servicios no justifican dicho resultado arbitrario.

66. Por último, parece que al menos uno de los contratos marco controvertidos en el presente caso puede resolverse al término de cualquier año civil, mediante notificación de cualquiera de las partes remitida con tres meses de antelación. Si ello equivale, con arreglo al Derecho nacional, a una mera opción de notificar la resolución, continuando la relación contractual vinculante a falta de dicha notificación, habida cuenta de mi conclusión según la cual la Directiva sobre servicios no tiene efecto retroactivo sobre dichas relaciones, el Derecho comunitario no exige que una opción preexistente se transforme en una obligación. En consecuencia, dicho derecho de resolución, por sí solo, no entraña, con arreglo al Derecho comunitario, la aplicación de los procedimientos de adjudicación establecidos en dicha Directiva.

62 — Véanse los criterios de adjudicación de contratos en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 36 de la Directiva sobre servicios.

## Conclusión

67. A la luz de lo que antecede, recomiendo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Bundesvergabeamt:

- «1) Del artículo 41 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se desprende que, cuando dicha Directiva no haya sido ejecutada al término del plazo señalado para ello, los órganos de los Estados miembros competentes para conocer de los recursos relativos a procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y contratos públicos de suministro puedan conocer, asimismo, de los recursos relativos a procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios. No obstante, con el fin de observar la exigencia de interpretación del Derecho interno de conformidad con la Directiva 92/50 y la exigencia de proteger de manera efectiva los derechos de los particulares, el órgano jurisdiccional nacional debe determinar si las disposiciones pertinentes de su Derecho interno permiten reconocer un derecho de los particulares a interponer un recurso en relación con las adjudicaciones de contratos públicos de servicios. En circunstancias tales como las concurrentes en el presente caso, el órgano jurisdiccional nacional debe determinar, en particular, si dicho derecho de recurso puede ejercerse ante los mismos órganos establecidos para conocer de los recursos referentes a la adjudicación de contratos públicos de suministro y contratos públicos de obras.
- 2) Los servicios contractuales controvertidos comprenden servicios que deben clasificarse entre los comprendidos en la categoría n° 25 del Anexo I B de la Directiva 92/50 (“Servicios sociales y de salud”) y otros servicios que deben clasificarse en la categoría n° 2 del Anexo I A (“Servicios de transporte por vía terrestre, incluidos servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto transporte de correo”). En consecuencia, el procedimiento de adjudicación debe determinarse de conformidad con el artículo 10 de la Directiva 92/50, basándose en los valores relativos de esas dos categorías de servicios de conformidad con el contrato en su totalidad. Si se alega, en un caso regulado por el artículo 10 de la Directiva 92/50, que un contrato debía haberse adjudicado de conformidad con las disposiciones de los Títulos III a VI de dicha Directiva, deberá demostrarse al órgano jurisdiccional nacional, sobre la base de la información que consideró o debió considerar la entidad adjudicadora, y teniendo en cuenta el margen de apreciación que a esta última corresponde, que el valor del servicio enumerado en el Anexo I A de la citada Directiva, que forma parte de los servicios contratados en el contrato controvertido, debía haber sido estimado por la entidad adjudicadora superior al del servicio enumerado en el Anexo I B.

- 3) Sin perjuicio de la apreciación, en el caso concreto oportuno, de la cuestión referente a si las disposiciones pertinentes de los Títulos III a VI de la Directiva 92/50 crean derechos de los particulares incondicionales y suficientemente precisos para ser exigibles a falta de medidas nacionales de aplicación, el derecho de los prestadores de servicios derivado de los artículos 1 a 10 de la Directiva 92/50, considerados conjuntamente, a participar en la adjudicación de contratos públicos de servicios de conformidad con las disposiciones de dicha Directiva puede tener efecto directo.
  
- 4) La Directiva 92/50 no se aplica de forma retroactiva a los contratos públicos de servicios vigentes celebrados antes de la fecha señalada para la adaptación del Derecho interno a la Directiva. Es el Derecho nacional el que ha de regular si la renegociación de estipulaciones pactadas con arreglo a un contrato público de servicios vigente provoca una ruptura de la continuidad de dicho contrato, conduciendo a la aplicación de las disposiciones pertinentes de la Directiva 92/50 a la adjudicación del contrato ulterior. El Derecho comunitario no exige a una entidad adjudicadora ejercer un derecho de resolución previsto en un contrato público de servicios preexistente con posterioridad a la fecha señalada para la adaptación del Derecho interno a la Directiva 92/50.»