CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PAOLO MENGOZZI presentadas el 17 de noviembre de 2009[1]

1. El presente asunto, que tiene su origen en una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberlandesgericht Düsseldorf, permite al Tribunal de Justicia volver de nuevo sobre el problema de la distinción entre contratos públicos de obras y actividades de ordenación urbanística desarrolladas por los poderes públicos.

2. Más en concreto, la esencia del asunto sobre el que el órgano jurisdiccional remitente debe pronunciarse radica en la venta de un terreno por una administración pública a una persona privada. En principio, este hecho puede inducir a reflexiones acerca de la existencia de una posible ayuda de Estado.[2] Sin embargo, en el presente asunto, tales preocupaciones no parecen darse. La especificidad del caso consiste en cambio en el hecho de que la administración pública ha decidido ceder el terreno al oferente que ha demostrado tener, en relación con dicho terreno, los proyectos de explotación y de construcción considerados más interesantes y meritorios por las autoridades municipales, titulares de las competencias en materia de ordenación urbanística del territorio. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, en tal contexto, deben aplicarse las normas que regulan los contratos públicos, y más en concreto las que regulan la materia de las concesiones de obras públicas.

I. Marco normativo

3. Las disposiciones sobre las que el Tribunal de Justicia ha de pronunciarse están contenidas en la Directiva 2004/18/CE.[3]

1 — Lengua original: italiano.

2 — Una posible ayuda de Estado se configura, como es evidente, cuando la cesión del bien público se produce a un precio inferior al de mercado. Véase a este respecto, en particular, la Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos (DO 1997, C 209, p. 3).

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114).

4. El artículo 1 de la Directiva prevé:

«1. A efectos de la presente Directiva, serán de aplicación las definiciones que figuran en los apartados 2 a 15.

2. a) Son "contratos públicos" los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.

b) Son "contratos públicos de obras" los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Una "obra" es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

[…]

3. La "concesión de obras públicas" es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

[…]»

II. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

5. La Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (Agencia federal que gestiona el patrimonio inmobiliario público; en lo sucesivo, «Bundesanstalt») comunicó en octubre de 2006, mediante anuncios publicados en la prensa y en Internet, su intención de vender un terreno de aproximadamente 24 hectáreas en el municipio de Wildeshausen. El terreno estaba ocupado, en particular, por un cuartel, desalojado en los primeros meses de 2007.

6. El anuncio publicado por la Bundesanstalt precisaba que los usos autorizados del terreno serían acordados con el ayuntamiento de Wildeshausen.

7. En mayo de 2007, un dictamen pericial encargado por la Bundesanstalt estimó el valor del terreno en 2,33 millones de EUR.

8. La sociedad Helmut Müller GmbH (en lo sucesivo, «Helmut Müller») ya había presentado en noviembre de 2006 una oferta de adquisición del terreno a un precio de cuatro millones de EUR, supeditada no obstante a la condición de que la planificación urbanística relativa a tal zona se ajustase a sus proyectos. Esta propuesta no fue acogida.

9. En enero de 2007, la Bundesanstalt solicitó a los posibles interesados la formulación de una oferta por el terreno sin una planificación urbanística predeterminada. En tal contexto, Helmut Müller presentó una oferta de adquisición por un millón de EUR. Otra sociedad, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (en lo sucesivo, «GSSI») presentó, en cambio, una oferta por 2,5 millones de EUR.

10. Posteriormente, el ayuntamiento de Wildeshausen solicitó a los licitadores la presentación de sus proyectos para la explotación del área. Dichos proyectos fueron debatidos con el ayuntamiento en presencia de la Bundesanstalt. El 24 de mayo de 2007, el consejo municipal de Wildeshausen expresó su preferencia por el proyecto de GSSI, y se declaró dispuesto a iniciar un procedimiento para establecer un plan urbanístico sobre la base de tal proyecto. Con todo, la decisión del consejo municipal indicaba expresamente que no consideraba tal preferencia vinculante respecto a las competencias urbanísticas del municipio, cuyo libre ejercicio se reservaba el consejo municipal.

11. El 6 de junio de 2007, la Bundesanstalt vendió el terreno a GSSI. El contrato de compraventa no contiene ninguna referencia a la futura explotación del terreno cedido.

12. La venta del terreno fue impugnada ante los órganos jurisdiccionales nacionales por Helmut Müller, la cual sostuvo en particular que tal venta debió efectuarse sobre la base de las normas en materia de contratos públicos.

13. Llamado a conocer de este litigio, el órgano jurisdiccional remitente ha planteado las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Para que exista un contrato público de obras de conformidad con el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva [2004/18], ¿es necesario que las obras se

realicen en sentido material o físico en favor del poder adjudicador y le reporten un beneficio económico directo?

2) En la medida en que con arreglo a la delimitación conceptual del contrato público de obras realizada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva [2004/18] no sea posible renunciar al elemento de la adquisición, ¿debe considerarse que, con arreglo a la segunda modalidad que figura en esa disposición, existe adquisición cuando para el poder adjudicador las obras estén destinadas a alcanzar un determinado fin público (por ejemplo, contribuyan al desarrollo urbanístico de una zona municipal) y el poder adjudicador, en virtud del contrato, esté facultado para garantizar que se alcance el fin público y que la construcción se destine a tal efecto en el futuro?

3) ¿El concepto de contrato público de obras con arreglo a las modalidades primera y segunda del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva [2004/18], requiere que el empresario esté obligado, directa o indirectamente, a realizar la obra? ¿Ha de tratarse, en su caso, de una obligación exigible judicialmente?

4) ¿El concepto de contrato público de obras con arreglo a la tercera modalidad del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva [2004/18], requiere que el empresario esté obligado a realizar las obras o que dichas obras constituyan el objeto del contrato?

5) ¿Están incluidos en el concepto de contrato público de obras en su tercera modalidad contenida en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva [2004/18], los contratos mediante los cuales pretende garantizarse, a través de las necesidades especificadas por el poder adjudicador, que la obra que debe realizarse se destine a un determinado fin público y mediante los cuales se otorga simultáneamente al poder adjudicador la facultad (en virtud de disposición contractual) de garantizar (indirectamente en interés propio) el destino de la obra al fin público?

6) ¿Se cumple el requisito de "necesidades especificadas por el poder adjudicador", que figura en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva [2004/18], cuando las obras deben realizarse siguiendo los planes examinados y aprobados por el poder adjudicador?

7) ¿Debe entenderse que no existe una concesión de obras públicas, en virtud del

artículo 1, apartado 3, de la Directiva [2004/18], cuando el concesionario sea o pase a ser propietario del terreno sobre el que se va a edificar la construcción o cuando la concesión se otorgue sin limitación de plazos?

8) ¿Debe aplicarse también la Directiva [2004/18] –con la consecuencia jurídica de que el poder adjudicador está obligado a proceder a una licitación– cuando la venta del terreno por parte de un tercero y la adjudicación de un contrato público de obras tengan lugar de forma diferida y en el momento de la conclusión del negocio inmobiliario aún no se haya adjudicado el contrato público de obras, pero el poder adjudicador ya haya proyectado otorgarlo?

9) ¿Debe considerarse que dos operaciones, distintas pero vinculadas, como una transmisión de un terreno y un contrato público de obras constituyen una unidad con arreglo a las normas sobre adjudicación de contratos, si, en el momento de la conclusión de la transmisión inmobiliaria, estaba prevista la adjudicación de un contrato público de obras y las partes han establecido conscientemente un vínculo estrecho entre los contratos, tanto en sentido material como, en su caso, también temporal (en concordancia con la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705)?»

III. Observaciones preliminares

A. *La jurisprudencia del órgano jurisdiccional remitente*

14. La comprensión de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente exige una aclaración. Debe observarse, en particular, como pone de manifiesto el propio tribunal nacional en su resolución, que la actual jurisprudencia del órgano jurisdiccional remitente (el Oberlandesgericht Düsseldorf) presenta algunas particularidades que la contraponen a la mayor parte de la jurisprudencia y de la doctrina relativas a la normativa sobre contratos públicos.

15. Concretamente, la posición del órgano jurisdiccional remitente parte del presupuesto de que la naturaleza esencialmente urbanística de un procedimiento no excluye, en principio, la aplicabilidad de las normas comunitarias en materia de contratos públicos. A tal respecto, el órgano jurisdiccional nacional invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos Ordine degli Architetti y otros [4] y Comisión/Francia. [5]

16. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente extrae de la jurisprudencia Auroux y otros [6] el principio según el cual la aplicabilidad de las normas comunitarias en

4 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001 (C-399/98, Rec. p. I-5409).

5 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2005 (C-264/03, Rec. p. I-8831).

6 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2007 (C-220/05, Rec. p. I-385).

materia de contratos públicos es por completo independiente del hecho de que el poder adjudicador pretenda adquirir en propiedad, o simplemente poseer y explotar, las obras que deban ser realizadas. En otras palabras, la normativa comunitaria en materia de contratos públicos podría aplicarse prescindiendo de la existencia de un elemento de adquisición material de un bien por el poder adjudicador. En particular, el beneficio perseguido por el poder adjudicador podría tener también una naturaleza inmaterial, que consistiera, por ejemplo, como en el caso de autos, en la consecución de determinados objetivos de desarrollo urbanístico del territorio municipal. [7]

17. Sobre la base de tal jurisprudencia, la situación objeto del procedimiento principal es interpretada por el órgano jurisdiccional remitente en los términos siguientes. A la sociedad GSSI se le adjudicó una concesión de obras públicas, [8] a la cual debieron aplicarse las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario. [9] El hecho de que la sociedad GSSI adquiera sobre los bienes de que se trata un derecho de propiedad no se opone a tal interpretación, puesto que el concepto de «concesión» definido en la Directiva no excluye ni la duración indeterminada de la misma ni el reconocimiento, a favor del concesionario, de un derecho de propiedad sobre los bienes objeto de la concesión.

18. El hecho de que el municipio de Wildeshausen, aun habiendo expresado su preferencia por la planificación urbanística planteada por la sociedad GSSI, no se haya obligado formalmente a autorizar tal planificación, no constituye, según el órgano jurisdiccional remitente, un elemento que pueda invalidar su interpretación del asunto. En particular, el juez nacional invoca la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Austria (denominada «Mödling») [10] para sostener que, aunque un acontecimiento sea cronológicamente posterior a la adjudicación, si resulta concretamente determinante a efectos de la misma, puede deber ser tenido en cuenta a los fines de una apreciación jurídica del asunto. En caso contrario, podría verse

7 — Por otro lado, con posterioridad a la resolución de remisión, la legislación alemana ha sido modificada mediante la Ley de 20 de abril de 2009 sobre la modernización del Derecho de los contratos públicos (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BGBl. I. p. 790), la cual ha introducido cambios en el artículo 99 de la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia — GWB), precisando entre otras cosas que, en el supuesto recogido en la tercera variante de la definición de un contrato público de obras, es necesario que el poder adjudicador obtenga un beneficio económico. Véase también la nota 35.

8 — No obstante, no está del todo claro qué persona adjudicó tal concesión. La propia Comisión, que en tal punto se ha mostrado más bien receptiva a las posiciones del órgano jurisdiccional remitente, tuvo que reconocer en la vista que tanto la Bundesanstalt como el municipio de Wildeshausen presentan, en el caso de autos, ciertas características típicas de tal función, sin que sea posible reconocer la preeminencia a tal respecto de una o de otro.

9 — Ateniéndose a la resolución de remisión, no existen dudas sobre el hecho de que los umbrales previstos para la aplicación de la Directiva son ampliamente superados en el caso de autos. En realidad, dado que de suyo el valor del terreno no supera los umbrales, el razonamiento del juez nacional presenta indudables elementos hipotéticos. Por otro lado, habida cuenta de la reiterada jurisprudencia según la cual corresponde en principio al órgano jurisdiccional nacional valorar la pertinencia de las cuestiones al objeto de pronunciarse sobre el litigio, considero que el Tribunal de Justicia debe proporcionar en el caso de autos una respuesta a las cuestiones planteadas por el Oberlandesgericht Düsseldorf. Véanse a este respecto, por ejemplo, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, Bosman y otros (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 61; de 7 de septiembre de 1999, Beck y Bergdorf (C-355/97, Rec. p. I-4977), apartado 22; de 7 de junio de 2007, Van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233), apartado 22, y de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, Rec. p. I-5785), apartado 23.

10 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 2005 (C-29/04, Rec. p. I-9705).

comprometido fácilmente el efecto útil de las disposiciones del Derecho comunitario.

19. No obstante, como ya he señalado, el propio órgano jurisdiccional remitente reconoce que su interpretación del Derecho comunitario, en las partes aplicables al presente asunto, se halla bien lejos de contar con un consenso unánime. Así pues, mediante sus cuestiones prejudiciales, el Oberlandesgericht Düsseldorf pregunta en esencia al Tribunal de Justicia si tal interpretación es o no correcta.

B. *Las diferencias entre las versiones lingüísticas del artículo 1 de la Directiva*

20. El artículo 1 de la Directiva distingue, en la mayor parte de sus versiones lingüísticas, [11] tres tipos distintos de «contrato público de obras». Se trata, en particular, de:

— la ejecución, en su caso acompañada del proyecto, de *obras* [12] de construcción de los tipos mencionados en el anexo I de la Directiva (primera variante);

— ejecución, en su caso acompañada del proyecto, de una *obra* [13] (segunda variante);

— realización por cualquier medio de una *obra* [14] que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador (tercera variante).

21. La Directiva especifica inmediatamente después que por «obra» [15] se entenderá «el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica».

22. Ha de observarse antes de nada que las versiones lingüísticas de la Directiva presentan algunas diferencias de cierta importancia.

23. En primer término, están las diferencias que se desprenden del uso de términos no siempre coherentes en el marco de las tres

11 — No en todas, no obstante: por ejemplo, la segunda variante indicada no aparece recogida en la versión portuguesa.

12 — Alemán: «von Bauvorhaben»; inglés: «of works»; francés: «de travaux»; español: «de obras»; neerlandés: «van werken»; portugués: «de trabalhos» y griego: «εργασιών».

13 — Alemán: «eines Bauwerks»; inglés: «a work»; francés: «d'un ouvrage»; español: «de una obra»; neerlandés: «van een werk» y griego: «ενός έργου».

14 — Alemán: «einer Bauleistung»; inglés: «of a work»; francés: «d'un ouvrage»; español: «de una obra»; neerlandés: «van een werk»; portugués: «de uma obra» y griego: «ενός έργου».

15 — Alemán: «Bauwerk»; inglés: «work»; francés: «ouvrage»; español: «obra»; neerlandés: «werk»; portugués: «obra» y griego: «έργο».

variantes indicadas: ello se pone de manifiesto, en particular, observando los términos que emplean algunas de las versiones lingüísticas, como se ha señalado en las notas a las variantes de que se trata.

24. Además, la versión alemana presenta dos diferencias significativas adicionales. En primer lugar, la tercera variante precisa que la ejecución de la actividad prevista en la misma debe efectuarse «a través de terceros» *(durch Dritte):* esta precisión está ausente en las demás versiones lingüísticas. [16] En segundo lugar, la actividad mencionada en la tercera variante no está especificada como «obra» *(Bauwerk),* sino como «actividad de construcción» *(Bauleistung);* con la consecuencia de que la posterior definición de «obra» parece aplicable, en el texto alemán, únicamente a la segunda variante y no a la tercera. [17]

16 — Ahora bien, ha de señalarse que, como observó en particular en la vista el Gobierno austriaco, concretamente la precisión contenida en el texto alemán lo hace quizá, en lugar de divergente, simplemente «más específico» respecto a las otras versiones lingüísticas. En efecto, habida cuenta de la estructura de la disposición examinada, parece difícil, aun haciendo referencia a las otras versiones lingüísticas, determinar un supuesto comprendido en la tercera variante en el que las obras no sean realizadas por un «tercero». En cualquier caso, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, el carácter divergente de una específica versión lingüística de una norma comunitaria no puede constituir la única base de la interpretación de esta disposición ni puede concedérsele, a este respecto, un carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas. Véanse a este respecto, por ejemplo, las sentencias de 27 de marzo de 1990, Cricket St Thomas (C-372/88, Rec. p. I-1345), apartado 18, y de 19 de abril de 2007, Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, Rec. p. I-3225), apartado 19.

17 — Tales especificidades de la versión alemana tienen su origen en la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras (DO L 210, p. 1). La Directiva 89/440 introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico comunitario la actual definición «tripartita» del contrato público de obras.

25. La existencia de los problemas textuales que acaban de exponerse desaconseja seriamente buscar la interpretación «correcta» de las disposiciones mediante un análisis estrictamente literal de las mismas, quizá limitado además a una sola versión lingüística. En realidad, sólo la interpretación sistemática y la teleológica pueden, conjuntamente con cierta dosis de buen sentido interpretativo, orientar la averiguación del significado que deba atribuirse a las disposiciones.

IV. Análisis jurídico

A. *Premisa: el concepto de contrato público de obras*

26. Para poder dar una respuesta lo más completa posible a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente es necesario, con carácter preliminar, establecer las características esenciales de un contrato público de obras.

27. Se trata –ha de precisarse de inmediato– de un concepto que incumbe de forma exclusiva al Derecho comunitario, por lo que la calificación de unos hechos sobre la base

del Derecho nacional de un Estado miembro carece de pertinencia en este marco. [18]

28. En cuanto atañe al objeto del contrato público, la Directiva 2004/18 distingue, como ya se ha visto, tres tipos fundamentales. No obstante, sintetizando, puede decirse que a efectos del artículo 1 de la citada Directiva están comprendidos en el concepto de contrato público de obras, por un lado, la ejecución de trabajos específicos, que pueden incluirse en los tipos enumerados en el anexo I de la Directiva, y, por otro lado, la realización de obras. En otras palabras, el concepto comprende tanto las actividades de construcción, con independencia del hecho de que el resultado de las obras constituya un bien que tenga una naturaleza definida y/o concluida, como actividades de realización, en su caso a través de terceros, de bienes específicos «terminados». Dichos bienes, cuya naturaleza «terminada» viene identificada por la Directiva al observar que tales bienes desempeñan «una función económica o técnica», son normalmente definidos como «obras».

29. Respecto a las concretas situaciones específicas que deben ser evaluadas, su inclusión o no en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 debe, naturalmente, ser examinada caso por caso. No obstante, a mi juicio, en general, un planteamiento flexible basado, más que en la división en tres partes recogida en la mayor parte de las versiones lingüísticas del artículo 1, en la distinción trabajos/obras, tal como se expone en el punto anterior, permite en la mayor parte de los casos resolver el problema relativo a la concurrencia de los presupuestos objetivos para la aplicación de la Directiva.

30. Ahora bien, con independencia del planteamiento seguido, no ha de olvidarse que un elemento que caracteriza a todos los contratos públicos de obras es la presencia del elemento de la construcción. En otras palabras, las actividades desarrolladas deben entrañar una realización de bienes. En efecto, la simple compraventa de bienes ya existentes está explícitamente excluida del ámbito de aplicación de la Directiva. [19]

31. El citado artículo 1 de la Directiva establece expresamente otras características esenciales de un contrato público de obras. En efecto, se dispone que el contrato público de obras es un *contrato,* celebrado *por escrito* y *a título oneroso*. Esta última característica implica, pues, que a cambio de la prestación del adjudicatario la administración pública debe satisfacer una contraprestación, no

18 — Véase la sentencia Auroux y otros, citada en la nota 6, apartado 40.

19 — Véase el artículo 16 de la Directiva.

necesariamente en dinero, pero sí económicamente valorable. [20]

32. No obstante, dicha Directiva prevé, como es sabido, una alternativa respecto al modelo «típico» en el que la administración pública paga (en sentido amplio, como se ha señalado) al constructor de una obra. En tal modelo alternativo, que es el de la concesión de obras públicas, «la contrapartida de las obras [consiste], o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio». Según el órgano jurisdiccional remitente, al caso de autos debe aplicársele la normativa en materia de concesión de obras públicas, puesto que la administración pública se limita a permitir a la persona que pretende realizar tales obras de construcción beneficiarse plenamente, conforme a las normas del derecho de propiedad, de los resultados de su actividad de construcción. Este problema será debatido con más detalle, en particular, en el marco del análisis de la séptima cuestión prejudicial.

33. Una última observación que debe formularse versa sobre los objetivos que los poderes públicos persiguen mediante las obras y/o trabajos que pretenden realizar. Pues bien, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a efectos de la aplicabilidad de las normas de la Directiva la finalidad perseguida carece de relevancia. [21] Por lo tanto, lo relevante es exclusivamente la concurrencia de los requisitos objetivos establecidos en el texto normativo.

34. Esta indiferencia de la normativa comunitaria respecto a los fines perseguidos en los casos concretos por los poderes públicos se explica observando que, como apunta la exposición de motivos de la Directiva, el objetivo principal de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos consiste en eliminar las restricciones a las libertades fundamentales y en favorecer una competencia efectiva. [22] En consecuencia, el punto de vista es el de las personas que podrían estar interesadas en ejecutar las obras: y para tales personas, como es evidente, el fin que la administración pública pretende alcanzar es irrelevante.

35. Los amplios y ambiciosos objetivos de la Directiva, si bien deben ser tenidos en cuenta en la interpretación de la misma, no deben llevar a afirmar que, atendiendo a la finalidad de tal texto normativo, su ámbito de aplicación

20 — Por ejemplo, en vez de pagar un importe de dinero, la administración pública puede eximir a una persona del pago de determinados impuestos: véase la sentencia Ordine degli Architetti y otros, citada en la nota 4, apartados 76 a 86.

21 — Sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartado 32. Véanse también las sentencias de 18 de noviembre de 2004, Comisión/Alemania (C-126/03, Rec. p. I-11197), apartado 18, y de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1), apartado 26.

22 — Véase en particular el segundo considerando de la Directiva 2004/18, así como, con anterioridad, los considerandos segundo y décimo de la derogada 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). Véanse también sobre este punto las sentencias Ordine degli Architetti y otros, citada en la nota 4, apartado 52, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros (C-470/99, Rec. p. I-11617), apartado 51 y la jurisprudencia citada.

pueda ser ampliado sin límites. En particular, ha de observarse que algunos sectores específicos en los que no se aplica la Directiva ya aparecen mencionados en el texto de la misma: véanse en particular los artículos 10 a 16. En consecuencia, no cabe admitir una interpretación exclusivamente «funcional» de la Directiva, realizada teniendo en cuenta únicamente los objetivos de fondo de la misma.

36. En efecto, desde una perspectiva de interpretación «funcional», como parece ser la sostenida en particular por la Comisión, se plantea el problema crucial de determinar el parámetro en función del cual debe aplicarse la Directiva. Pues bien, la Comisión indica que su preocupación principal es la de que algunas personas pueden adquirir una posición de ventaja sin haber estado colocados antes en una situación de paridad respecto a otras personas potencialmente interesadas en adquirir tal posición. En casos como el aquí examinado, la posición de ventaja estaría constituida por el incremento del valor de un terreno derivado del hecho de que sobre él la administración pública permite la realización de algunas actividades de construcción. En consecuencia, según la interpretación de la Comisión, todo «aumento de valor» de un bien inmueble, cuando pueda derivarse de una actividad de los poderes públicos, debería estar sujeto a las disposiciones de la Directiva. Ahora bien, es evidente que si se acepta tal posición, se corre el riesgo de tener que aceptar el supuesto, aunque resulte absurdo, de una sujeción a las normas de la Directiva de *todas las actividades de ordenación urbanística:* en efecto, por definición, los procedimientos que regulan las posibilidades de realizar obras de construcción modifican de forma sustancial el valor de los terrenos sobre los que se realizan.

37. Tal posición extrema, en realidad, no es apoyada por ninguna de las partes. Ahora bien, ha de subrayarse que constituye la lógica consecuencia de una lectura exclusivamente funcional de la Directiva.

38. Ciertamente, como es sabido, en algunos ámbitos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha seguido una interpretación manifiestamente «funcional» de las disposiciones de Derecho comunitario. En particular, en el ámbito del Derecho de la contratación pública ello se ha producido en relación con los conceptos de «poder adjudicador» y de «organismo de Derecho público».[23] Ahora bien, ha de observarse antes de nada a este respecto que en tales ocasiones la interpretación funcional ha sido utilizada para dilucidar el alcance de un concepto específico, y no para definir de forma genérica el ámbito de aplicación de todo el *corpus* normativo en materia de contratos públicos. Además, en los casos citados, el recurso a la interpretación funcional ha perseguido esencialmente el objetivo de evitar la formación de enormes lagunas jurídicas en las que se habrían abierto amplios espacios para los abusos: me refiero, por ejemplo, al caso en que la función típica de un organismo de Derecho público haya sido asumida en un momento posterior a la

23 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Universale-Bau y otros, citada en la nota 22, apartado 53; de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros (C-337/06, Rec. p. I-11173), apartado 37, y de 10 de abril de 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Rec. p. I-2339), apartado 37.

constitución de una sociedad sin la adecuación de sus estatutos sociales, [24] o a aquél en el que la financiación pública (en tal asunto, de un organismo de radiodifusión) se ha producido, en vez de mediante la entrega directa de recursos públicos, imponiendo el pago de un canon a todas las personas que posean un aparato receptor. [25]

39. Así pues, me parece claro que, en cambio, el ámbito de aplicación de la Directiva debe establecerse haciendo referencia, en primer lugar, a los requisitos objetivos determinados en la propia Directiva. Ello no significa, naturalmente, que el intérprete deba evitar cualquier consideración de orden «funcional». En realidad, los objetivos perseguidos por la Directiva son, como es evidente, uno de los principales puntos de referencia para la interpretación: [26] sin embargo, no pueden constituir el único parámetro de referencia ni pueden soslayar la voluntad del legislador de definir el ámbito de aplicación de la norma.

40. A continuación pasaré al examen de las cuestiones prejudiciales. Por razones de conexión lógica de las cuestiones, abordaré antes de nada las cuestiones primera, segunda, quinta y sexta.

24 — Sentencia Universale-Bau y otros, citada en la nota 22.

25 — Sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, citada en la nota 23. Véase también, respecto a una situación similar, la sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Rec. p. I-4779), apartado 57.

26 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 17 de noviembre de 1983, Merck (292/82, Rec. p. 3781), apartado 12; de 14 de octubre de 1999, Adidas (C-223/98, Rec. p. I-7081), apartado 23, y de 7 de junio de 2005, VEMW y otros (C-17/03, Rec. p. I-4983), apartado 41.

B. *Las cuestiones primera y segunda*

41. Con las primeras dos cuestiones prejudiciales, que pueden abordarse de forma conjunta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia si, con carácter general, para que exista un contrato público de obras en el sentido de la Directiva 2004/18, es necesario que el objeto del contrato público constituya un bien materialmente adquirido por el poder público y que le reporte a éste un beneficio económico directo. En caso de respuesta afirmativa, es decir, cuando, utilizando la terminología del órgano jurisdiccional remitente, no sea posible «renunciar al elemento de la adquisición», se pregunta si tal elemento puede o no apreciarse en la simple persecución con carácter general de un objetivo público, por ejemplo de una determinada ordenación urbanística del territorio municipal.

1. Posiciones de las partes

42. Las posiciones mantenidas por las partes que han presentado observaciones en el presente procedimiento cubren un abanico bastante amplio.

43. Por un lado, el Gobierno alemán, apoyado en este punto por la Bundesanstalt y en

una amplia medida por el Gobierno austriaco, sostiene con vehemencia la necesidad de que el elemento de adquisición esté presente para que se pueda hablar de un contrato público de obras. De hecho, dicho Gobierno afirma que no debe tratarse necesariamente de una adquisición de tipo material, y que una simple ventaja económica para la administración pública puede bastar. No obstante, lo que a juicio del Gobierno alemán no es suficiente es la mera persecución, con carácter general, de un objetivo público, como en el caso de autos. En cuanto atañe a la sentencia del Tribunal de Justicia Auroux y otros, que constituye, como se ha visto, uno de los fundamentos de la posición por la que se decanta el juez nacional, el Gobierno alemán observa que, en el asunto que dio origen a tal sentencia, la existencia de un beneficio económico directo para la administración pública se daba por hecho, por lo que el Tribunal de Justicia no consideró necesario concentrar su atención en tal aspecto. Ahora bien, ello no debe interpretarse en modo alguno en el sentido de una exclusión de la necesidad del requisito del beneficio económico: tal requisito, aunque no esté explícitamente mencionado en la Directiva, se halla implícito en la sistemática general de la misma. En cuanto a las alegaciones basadas en la necesidad de garantizar el efecto útil de la Directiva e impedir el riesgo de abusos, según el Gobierno alemán tales argumentos no pueden permitir que se aplique subrepticiamente la Directiva más allá de su ámbito natural de aplicación. Las eventuales necesidades de prevenir abusos más allá del sector de los contratos públicos deben afrontarse utilizando instrumentos normativos distintos, pero no la Directiva 2004/18.

44. Diametralmente opuesta a la del Gobierno alemán es, en cambio, la posición sostenida por la Comisión. En particular, según la Comisión, el único elemento determinante para proporcionar una respuesta al órgano jurisdiccional remitente consiste en el hecho de que el texto de la Directiva no exige que, para determinar la existencia de un contrato público de obras, el poder público adquiera algo de una persona ajena a ella. Exigir la existencia del elemento de la adquisición significaría, pues, introducir una condición no exigida por el texto normativo.

45. En una posición intermedia se coloca, por último, el Gobierno de los Países Bajos. Según este Gobierno, en particular, si bien la adquisición de la obra por la administración pública no es necesaria, tampoco a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es no obstante necesario, para determinar la existencia de un contrato público de obras, que exista un interés económico directo de la administración pública. En particular, tal interés económico directo de la administración pública puede consistir, en función de los casos, en una ventaja económica para la administración pública o en aquello que el Gobierno de los Países Bajos define como un «riesgo de pérdidas» soportado por la administración pública. En el asunto sometido al examen del órgano jurisdiccional remitente, a juicio del Gobierno de los Países Bajos, tal interés económico no existe, o cuando menos no se percibe sobre la base de los elementos facilitados por el órgano jurisdiccional nacional.

2. Apreciación

46. A mi modo de ver, la correcta interpretación de la Directiva 2004/18 se halla a medio camino entre las dos posiciones «extremas» del Gobierno alemán y de la Comisión. Por otra parte, tampoco comparto plenamente la posición del Gobierno de los Países Bajos, que me parece que hace excesiva incidencia, al objeto de definir el concepto de contrato público de obras, en un elemento de carácter económico.

47. Para poder dar una respuesta a la cuestión planteada al Tribunal de Justicia, considero importante partir de la interpretación que debe darse a la ya citada sentencia Auroux y otros. [27] En el asunto que se halla en el origen del procedimiento que dio lugar a esta sentencia, como es sabido, una administración municipal había adjudicado sin licitación a una segunda administración adjudicadora la realización de una obra de ordenación urbanística. En tal contexto, la segunda administración adjudicadora, utilizando en parte los fondos desembolsados por el municipio, debía realizar diversas obras de construcción, destinadas en parte a ser vendidas a terceros y en parte a ser entregadas a la administración municipal. El Tribunal de Justicia consideró tal situación como un contrato público de obras, y declaró a tal respecto que carecía de pertinencia el hecho de que se previera o no que el primer poder adjudicador, es decir, el municipio, pasase a ser en todo o en parte propietario de la obra a realizar. [28]

48. Es cierto que, como observa el Gobierno alemán, en las circunstancias de tal asunto no existían dudas sobre el hecho de que, al menos en parte, algunas de las obras a realizar redundarían directamente en beneficio de la administración municipal. Ahora bien, es igualmente cierto que la formulación tan amplia elegida por el Tribunal de Justicia excluye, a mi juicio, la necesidad de considerar la adquisición directa a favor de una administración pública como un requisito del contrato público de obras.

49. Por otro lado, debe subrayarse no obstante otra característica de los hechos examinados en la sentencia antes citada: en tal ocasión, la administración municipal había abonado una suma importante de dinero, y se había puesto en contacto directamente con la segunda administración adjudicadora para obtener la realización de las obras pretendidas.

50. Como ya he observado, el concepto de contrato público de obras, aunque debe interpretarse de forma amplia para evitar posibles abusos, no puede extenderse de forma indefinida. [29] Tal lectura «funcionalista» no puede soslayar por completo los límites del ámbito de aplicación de la Directiva. En efecto, si bien es cierto que el objetivo principal de las directivas en materia de contratos públicos es el de favorecer la competencia entre las empresas y abrir los mercados, es igualmente cierto que, fuera del ámbito de aplicación de la directiva,

27 — Citada en la nota 6.
28 — *Ibidem,* apartado 47.
29 — Véanse los puntos 35 y ss. *supra.*

tal objetivo deberá ser perseguido utilizando los oportunos y diversos instrumentos legislativos, sin ampliar de forma desmedida el ámbito de aplicación de las disposiciones en materia de contratos públicos.

51. Es pues necesario determinar con cierta precisión los límites de tal ámbito de aplicación, los cuales deben constituir límites insuperables para la aplicabilidad de las normas de la Directiva.

52. Pues bien, me parece que a partir de una toma en consideración global del texto normativo, teniendo igualmente presente la interpretación que hasta ahora ha hecho de él el Tribunal de Justicia, es posible inferir el principio básico según el cual, para poder incluir una determinada actividad en el ámbito de la normativa en materia de contratos públicos de obras, es necesario que exista un sólido *vínculo directo* entre la administración pública y los trabajos o las obras que deban realizarse. Tal vínculo se deriva, por regla general, del hecho de que los trabajos o las obras se realizan a raíz de una iniciativa de la administración pública.

53. Así pues, no es suficiente, como sostiene el órgano jurisdiccional remitente, un beneficio de tipo meramente inmaterial e indirecto. Ni puede bastar el mero hecho de que la actividad que deba valorarse responda, en general, al interés público. En efecto, ha de observarse que, en los casos en que la actividad exija una autorización por parte de una administración pública (como suele suceder normalmente con las actividades urbanísticas), para poder ser autorizada tal actividad debe, evidentemente, ajustarse al interés público, que constituye el parámetro de referencia de la actividad de autorización desarrollada por los poderes públicos. La existencia genérica de un interés público, que justifica la autorización para el desarrollo de la actividad, no puede pues, so pena de una incontrolada extensión del ámbito de aplicación de la Directiva, constituir el criterio decisivo para determinar los supuestos comprendidos en dicho ámbito. En particular, ha de tenerse presente que una licencia de obra, esto es, la expresión típica de las facultades de la administración en el ámbito *objetivamente urbanístico,* se limita por regla general a eliminar un obstáculo para el desarrollo de una iniciativa que parte de un sujeto privado, y no de la administración pública.

54. A mi juicio, exigir la existencia de un vínculo directo entre la administración pública y las obras o los trabajos que deban realizarse permite conciliar las necesidades, tendencialmente contrapuestas, de prevenir abusos, por un lado, y de evitar una extensión incontrolada del ámbito de aplicación de la Directiva,

por otro. En particular, tal formulación permite respetar plenamente lo afirmado por el Tribunal de Justicia en las varias veces citada sentencia Auroux y otros, según la cual la adquisición en propiedad de las obras por parte de la administración no es condición necesaria para aplicar la normativa en materia de contratos públicos. Ahora bien, esta sentencia no puede ser utilizada para justificar un planteamiento que prescinda por completo de un vínculo sólido entre los poderes públicos y las obras a realizar: precisamente el criterio del vínculo directo puede constituir, en mi opinión, una formulación adecuada de esta necesaria conexión.

55. Este vínculo directo se aprecia manifiestamente, en primer lugar, en las situaciones en que la administración pública obtiene directamente la propiedad del bien a realizar. Se trata, como es evidente, del caso más típico, y en este modelo de referencia queda comprendida la mayoría de los casos a los que debe aplicarse la Directiva. A esta situación típica se le añaden además las situaciones en que, aun no siendo adquiridos en propiedad por la administración pública, los bienes a realizar suponen en todo caso, para la propia administración, una *ventaja económica directa.* Se puede tratar, por ejemplo, de los casos en los que los poderes públicos adquieren sobre los bienes construidos un derecho que, aun siendo distinto del derecho de propiedad, permite, cuando menos en una cierta medida, el disfrute del bien.

56. Un segundo supuesto de vínculo directo entre la administración pública y las obras o los trabajos a realizar puede identificarse, a mi juicio, en los casos en que la administración pública utiliza recursos públicos para la realización de los trabajos y/o de las obras. Se trata, evidentemente, en la mayor parte de los casos, de situaciones que quedan igualmente comprendidas en el primer supuesto indicado en el punto anterior, puesto que, en el modelo más clásico de utilización de recursos públicos para la realización de trabajos u obras, es decir, el del contrato público, los poderes públicos pagan para obtener la propiedad de los bienes que serán realizados. Por otro lado, como se ha señalado, en el modelo de la concesión también puede darse una utilización de recursos públicos, si bien éstos no pueden cubrir la totalidad del valor de las obras o de los trabajos a realizar.

57. No obstante, este segundo supuesto comprende también situaciones en las que, frente a un desembolso de dinero o de otros recursos públicos, la administración pública no adquiere la propiedad de los bienes a realizar. Como ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia Auroux y otros, la adquisición en propiedad no es, en efecto, un elemento indispensable. Por lo demás, parece perfectamente conforme con razones de equidad y de respeto de los principios básicos de la Directiva el hecho de que, en el momento en que los poderes públicos pretenden utilizar recursos públicos, la selección de las personas que

recibirán tales recursos sea efectuada con las garantías ofrecidas por la Directiva.

58. Es evidente que quedan igualmente comprendidas en tales supuestos las situaciones en las que los recursos públicos utilizados no tienen naturaleza pecuniaria: piénsese por ejemplo en el caso en que, para realizar las obras o los trabajos, se ponen a disposición del adjudicatario o del concesionario terrenos públicos a título gratuito o bien a un precio inferior al de mercado.

59. Un tercer supuesto de vínculo directo entre la administración pública y los trabajos u obras a realizar reviste carácter residual, y versa sobre los casos en que tales obras y/o tales trabajos, más allá de la existencia del primer o del segundo supuesto, son en cualquier caso el resultado de una iniciativa de la propia administración pública. En particular, este supuesto se da cuando los poderes públicos inician, por propia iniciativa, un procedimiento que conduce a la realización de las obras o los trabajos. Una situación de este tipo es la que fue examinada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Auroux y otros, anteriormente citada. [30]

60. El tercer y último supuesto requiere no obstante una importante precisión. La actividad desarrollada en tal contexto por la administración pública debe ir más allá del simple ejercicio de las facultades que se reconocen a tal administración, en general, en el ámbito urbanístico. En efecto, sólo de este modo es posible trazar una clara línea de separación entre la actividad que queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y la actividad «normal» de regulación urbanística, que de suyo queda en cambio sustraída a tal aplicación. En concreto, la apreciación relativa al tipo de actividad desarrollada por la administración pública en cada uno de los casos concretos deberá ser efectuada por el juez nacional, caso por caso.

61. En tal marco, no cabe excluir que la consecución de cierta ordenación urbanística del territorio también pueda ser objeto de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ello, no obstante, con la condición de que exista entre la administración pública y los trabajos y obras a realizar un vínculo directo en el sentido indicado en los puntos anteriores. La simple persecución del interés público realizada a través del recurso a las facultades ordinarias en materia urbanística no basta para dar lugar a la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratos públicos y concesiones.

62. En el caso de autos, corresponde naturalmente al órgano jurisdiccional remitente apreciar la existencia o no de tal vínculo directo. Ahora bien, ha de observarse que, sobre la base de los datos que el órgano jurisdiccional nacional ha facilitado al Tribunal de Justicia, me parece difícil que pueda afirmarse la existencia de tal vínculo directo. En

30 — Citada en la nota 6, apartado 42.

efecto, por un lado, como parece no discutirse, la administración pública no adquirirá en el caso de autos bien alguno ni obtendrá ventaja económica directa alguna. Tampoco parecen darse las otras posibles situaciones en las que pueda apreciarse un vínculo directo, puesto que el municipio de Wildeshausen no ha adoptado una iniciativa específica para la realización de las obras, limitándose en cambio a valorar los diversos proyectos que le fueron presentados, ni tampoco ha tenido que hacerse cargo de gasto de construcción alguno. Del mismo modo, estos elementos de vinculación tampoco parecen darse respecto a la Bundesanstalt.

C. *Las cuestiones quinta y sexta*

1. Alegaciones de las partes

63. Las cuestiones prejudiciales quinta y sexta versan únicamente sobre la tercera «variante» del concepto de contrato público de obras, [31] y constituyen en cierta medida un replanteamiento, con referencia a tales presupuestos, de los problemas suscitados en el marco de las dos primeras cuestiones, y de la segunda en particular.

64. Más en concreto, mediante la quinta cuestión el órgano jurisdiccional remitente pretende saber si las «necesidades especificadas por el poder adjudicador» mencionadas en la citada variante pueden consistir simplemente en el hecho de que la administración pública tenga la facultad de garantizar que las obras que deban realizarse respondan a un interés público.

65. En cambio, mediante la sexta cuestión, se solicita al Tribunal de Justicia que aclare si las citadas «necesidades especificadas por el poder adjudicador» pueden consistir de hecho en la facultad reconocida a la administración pública de examinar y aprobar los proyectos de construcción.

66. Todas las partes que han presentado observaciones, con la única y obvia excepción de Helmut Müller, coinciden en principio en que, en una situación como la del litigio principal, no se dan las condiciones para que exista un contrato público de obras en el sentido de la tercera variante.

67. Más en concreto, la Comisión, los Gobiernos de los Países Bajos y francés insisten en la necesidad de distinguir entre un papel «activo» de la administración pública, en

31 — Véase el punto 20 *supra*.

el que esta última toma la iniciativa para la ejecución de las obras, o bien ejercita una influencia determinante, y un papel meramente «pasivo», en el cual los poderes públicos se limitan a ejercer funciones de aprobación y control de proyectos que proceden de sujetos privados. En este segundo caso no se estaría en presencia de un contrato público, sino, todo lo más, del desarrollo, por las administraciones públicas, de sus funciones ordinarias de planificación, aprobación, control, etc.

68. Por su parte, el Gobierno alemán basa su posición en la consideración de que para la tercera variante del concepto de contrato público de obras también es necesario que concurran las condiciones que tal Gobierno considera necesarias para la existencia de una de las dos primeras variantes, entre las cuales, en particular, se halla la de un beneficio económico directo para la administración pública.

2. Apreciación

69. La decisión del órgano jurisdiccional remitente de separar, al formular sus cuestiones al Tribunal de Justicia, la problemática relativa a las dos primeras variantes del concepto de contrato público de obras, objeto en particular de la segunda cuestión, de la relativa a la tercera variante, que se halla en la esencia de las cuestiones quinta y sexta, se basa, a mi juicio, en la voluntad de extraer del tenor literal de la tercera variante una considerable ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva.

70. Pues bien, es indudable, como por lo demás ha puesto claramente de manifiesto la Comisión en sus observaciones, que la tercera variante del concepto de contrato público de obras fue concebida efectivamente para evitar elusiones de la norma, permitiendo la inclusión en la misma de supuestos de diversa clase que habría sido imposible determinar previamente de forma exhaustiva.

71. No obstante, como ya he señalado, no es posible utilizar el tenor del texto normativo para extender su alcance de un modo por completo incontrolado. En particular, si las «necesidades especificadas por el poder adjudicador» pudieran englobar todas las funciones de aprobación y de planificación urbanística de que disfrutan los poderes públicos, el ámbito de aplicación de la Directiva se expandiría sin medida.

72. En realidad, también deben aplicarse respecto a la tercera variante las consideraciones que he formulado en relación con las dos primeras cuestiones prejudiciales. No existe razón alguna para sostener que, con referencia a la tercera variante, se pueda prescindir

de la necesidad, para poder aplicar la Directiva 2004/18, de un vínculo directo entre la administración pública y las obras a realizar.

D. *Conclusión parcial*

73. En consecuencia, concluyendo mi análisis de las cuestiones prejudiciales primera, segunda, quinta y sexta, propongo al Tribunal de Justicia que las responda declarando que, para que exista un contrato público de obras o una concesión de obras públicas a efectos de la Directiva 2004/18, es necesario que exista un vínculo directo entre el poder adjudicador y los trabajos u obras a realizar. Este vínculo directo puede consistir, en particular, en que la obra esté destinada a ser adquirida por la administración pública, en que proporcione a ésta una ventaja económica directa, o incluso en que el poder adjudicador haya asumido la iniciativa de la realización o corra al menos con una parte de los costes de la misma.

E. *Las cuestiones tercera y cuarta*

74. Mediante las cuestiones tercera y cuarta el Oberlandesgericht Düsseldorf pregunta básicamente si es esencial, en el concepto de contrato público de obras, el hecho de que el adjudicatario esté obligado a realizar la obra o los trabajos. Las cuestiones, aparentemente singulares, se explican si se tiene en cuenta que, en el asunto objeto de examen ante el órgano jurisdiccional nacional, no se discute que el adquirente de los terrenos no ha asumido, mediante la adquisición de los mismos, obligación alguna de construir.

75. Casi todas las personas que han presentado observaciones coinciden en general en la necesidad de responder afirmativamente a las cuestiones, sin que entre sus posiciones se den diferencias sustanciales. Únicamente la sociedad Helmut Müller, demandante en el asunto principal, propone por obvias razones al Tribunal de Justicia que acoja en cambio el planteamiento del órgano jurisdiccional remitente, según el cual esta obligación no es necesaria.

76. No obstante, me parece claro que ha de darse a las cuestiones una respuesta afirmativa, y que la obligación de realizar los trabajos y/o las obras constituye un elemento irrenunciable para que pueda existir un contrato público de obras o una concesión de obras públicas.

77. Ello se desprende, en primer y fundamental lugar, de las disposiciones de la propia Directiva 2004/18, la cual, como ya se

ha visto, define el contrato público de obras como un contrato oneroso. Se halla pues en la base misma de este concepto la idea de un intercambio de prestaciones entre el poder adjudicador, que paga un precio (o, alternativamente, concede un derecho de uso), y el adjudicatario, llamado a realizar los trabajos u obras. Es por tanto evidente la naturaleza sinalagmática del contrato público. Sería claramente contrario a tal naturaleza admitir que, después de haber obtenido la adjudicación del contrato público, un adjudicatario pueda simplemente decidir, de forma unilateral y sin consecuencia alguna, no ejecutar lo previsto. En caso contrario, se acabaría por reconocer al adjudicatario una facultad discrecional respecto a las exigencias y a las necesidades del poder adjudicador.

78. Una cuestión distinta y conceptualmente separada, que es igualmente formulada por el órgano jurisdiccional remitente, versa sobre la necesidad o no de que, para que exista un contrato público de obras, la eventual obligación asumida por el empresario respecto a la administración pública deba ser exigible judicialmente. Es decir, el órgano jurisdiccional pregunta si debe preverse la posibilidad de que el poder adjudicador, en el caso de falta de realización, pueda ejercitar acciones judiciales para obligar al empresario a tal ejecución.

79. Si con esta formulación el órgano jurisdiccional remitente pretende preguntar al Tribunal de Justicia sobre la necesidad de que, en materia de contratos públicos de obras a efectos de la Directiva 2004/18, el ordenamiento jurídico nacional deba prever necesariamente mecanismos mediante los cuales un adjudicatario pueda ser obligado a realizar la obra o los trabajos previstos en el contrato, la respuesta debe ser, a mi juicio, negativa, puesto que no cabe encontrar en la Directiva indicación alguna en tal sentido.

80. Ahora bien, ello no significa que el eventual incumplimiento del empresario pueda ser irrelevante. En efecto, no debe olvidarse que, como ya he señalado, un contrato público de obras es a todos los efectos un contrato, es decir, un acto jurídico que, en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, se caracteriza siempre y en cualquier caso por su naturaleza vinculante. Como señala acertadamente el Gobierno alemán en sus observaciones, para que se pueda hablar de un contrato público de obras es necesario que el adjudicatario esté contractualmente obligado a efectuar la prestación prevista. Las consecuencias del eventual incumplimiento estén sujetas, en cambio, al Derecho nacional: nada impide que, por ejemplo, en el caso de incumplimiento de un adjudicatario el Derecho nacional de un Estado prevea la resolución del contrato, la adjudicación a otro adjudicatario y el derecho de la administración pública a reclamar al primer adjudicatario simplemente el resarcimiento de los daños.

81. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta declarando que los

conceptos de contrato público de obras y de concesión de obras públicas a efectos de la Directiva 2004/18 presuponen que el adjudicatario esté contractualmente obligado frente a la administración pública a la prestación convenida. Corresponde al Derecho nacional determinar las consecuencias de un eventual incumplimiento del adjudicatario.

1. Posiciones de las partes

83. La posición más clara sobre el problema es la del Gobierno alemán, que excluye en general la compatibilidad de la institución de la concesión con la existencia de un derecho de propiedad. Y ello en la medida en que, por definición, la concesión presupone la titularidad del concedente de los derechos que son transferidos al concesionario.

F. *La séptima cuestión*

82. Mediante la séptima cuestión el órgano jurisdiccional remitente pregunta si puede existir una concesión de obras públicas en el sentido de la Directiva 2004/18 cuando el «concesionario» sea titular de un derecho de propiedad que ya por sí mismo le confiere el derecho a explotar el bien objeto de la concesión. [32] Más en general, la cuestión versa sobre la admisibilidad, sobre la base del Derecho comunitario, de una concesión de duración ilimitada.

84. Por su parte, los Gobiernos de los Países Bajos y austriaco, aunque no excluyen en absoluto la compatibilidad de la concesión con el derecho de propiedad, sostienen que en el caso de autos el papel de la administración pública ha sido demasiado limitado para poder estar en presencia de una concesión. A tal fin, en efecto, sería necesario, según los citados Gobiernos, que los poderes públicos impartieran al concesionario, como mínimo, instrucciones precisas sobre los trabajos y/u obras a realizar.

85. Sólo la Comisión adopta en cambio una posición más abierta. En particular, apoyándose sobre el hecho de que el elemento característico de la concesión de obras es la circunstancia de que el concesionario soporta el riesgo económico vinculado a la realización de los trabajos o de las obras, la Comisión sostiene que, en el caso de autos, puede apreciarse tal riesgo económico en la incertidumbre del «concesionario» sobre la aceptación por la administración pública de sus proyectos de construcción, para cuya realización ha sido

32 — En la formulación de la cuestión, para ser precisos, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia a la propiedad *del terreno* sobre el cual deben realizarse los trabajos u obras. No obstante, como dicho órgano jurisdiccional observa en la motivación de su resolución, sobre la base del Derecho alemán el derecho de disfrute de un edificio es la consecuencia directa del derecho de propiedad relativo al terreno sobre el cual está construido el edificio. En consecuencia, el verdadero problema que se halla en la base de la cuestión es precisamente el de la relación entre concesión y derecho de propiedad.

necesario proceder previamente a la onerosa adquisición del terreno.

2. Apreciación

86. La séptima cuestión es, desde un cierto punto de vista, la más problemática, cuando menos en principio. El problema de la compatibilidad entre la concesión de obras públicas y el derecho de propiedad, en efecto, reviste significativas implicaciones tanto desde un punto de vista tanto teórico como práctico.

87. La decisión de una administración pública de recurrir a una concesión de obras públicas puede deberse a diversas razones. En algunos casos puede haber la voluntad de aprovechar específicas experiencias existentes en el sector privado, o incluso la de construir edificios con mayor eficiencia. Ahora bien, no existe duda alguna acerca de que, en la mayor parte de los casos, optar por la concesión responde a exigencias de tipo económico. En efecto, al recurrir a esta institución, es posible realizar obras de interés público sin gravar los presupuestos públicos. [33]

33 — Véase, en relación a esta *ratio legis*, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (DO 2000, C 121, p. 2), punto 1.2, y la más reciente Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 15 de noviembre de 2005 [COM(2005) 569 final] punto 1.

88. Sobre la base de la propia etimología del término, una concesión es la posibilidad, reconocida a una persona, de disfrutar de un bien sobre el cual, de otro modo, no podría invocar derecho alguno.

89. Por su parte, la Directiva 2004/18 habla simplemente, al definir la concesión de obras públicas, de un «derecho a explotar la obra» reconocido como compensación a la persona que la construye.

90. Pues bien, aunque tal «derecho a explotar» puede interpretarse de forma amplia, lo que a mi juicio ha de excluirse, habida cuenta del sentido y de la sistemática general de la normativa controvertida, es la posibilidad de que exista una concesión de obras públicas en la que al concesionario se le reconozca el derecho de propiedad sobre las obras realizadas.

91. En efecto, en primer lugar, como ha observado en particular el Gobierno alemán, el hecho de que la Directiva hable de un derecho de explotación reconocido al concesionario parece implicar lógicamente que el

concesionario no puede tener sobre el bien un derecho más amplio, como el de propiedad.

92. Asimismo, tal situación, además de cohonestarse con dificultad con el tenor literal de la norma, privaría a los poderes públicos de aquello que, a mi juicio, es una de las características esenciales de la concesión de obras públicas: la posibilidad de que la administración pública entre un día en posesión de las obras realizadas, eventualmente aunque sólo sea para conferir de nuevo el derecho a explotarlas.

93. En otras palabras, el problema se plantea, más que por las características objetivas del derecho de propiedad relativas a la posibilidad de disfrutar del bien, como consecuencia de la naturaleza tendencialmente ilimitada en el tiempo de tal derecho. Por tanto, la explotación confiada al concesionario no podrá ser nunca reconocida por un período de tiempo ilimitado, con independencia del título jurídico en virtud del cual pueda ser ejercitada.

94. Por otro lado, tampoco se debe olvidar que, en el modelo típico de concesión sobre la base del Derecho comunitario, el elemento distintivo crucial, que sirve en particular para distinguir la concesión del contrato público, es la existencia en la concesión de un riesgo económico a cargo del concesionario, un riesgo en cambio inexistente en el caso de los contrato públicos. [34] En el caso examinado aquí, para reconocer la existencia de un riesgo de este tipo, la Comisión debe atribuirlo al hecho de que, en el ejercicio de sus funciones en materia urbanística, los poderes públicos podrían denegar los permisos de construcción relativos a las obras proyectadas tras la adquisición del terreno por la persona interesada. Sin embargo, más que un riesgo vinculado a la gestión económica de las obras, tal «factor aleatorio» parece constituir la incertidumbre normal en la que se encuentra cualquier particular que necesite una decisión discrecional de la administración pública.

95. Por lo demás, el riesgo económico que caracteriza la concesión de obras públicas prevista en la Directiva es también, bien visto, una consecuencia directa del carácter temporal de la propia concesión. En cambio, un derecho de duración ilimitada sobre los bienes a construir permite en principio excluir siempre la existencia de un riesgo económico,

34 — Véanse las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 40, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia (C-437/07), apartados 29 a 31. Tal riesgo no tiene que ser necesariamente elevado, puesto que existen actividades en las que dicho riesgo es intrínsecamente reducido: ahora bien, debe ser la totalidad, o cuando menos una parte significativa, del riesgo que afrontaría la administración pública si desarrollase directamente tal actividad (sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, C-206/08, Rec. p. I-8377), apartados 69 a 77.

pues en el curso del tiempo siempre es posible hacer frente a eventuales fases de dificultades que surgen en la explotación del bien.

96. Por último, existe un elemento adicional que aboga a favor de una limitación temporal, con carácter general, de las concesiones en el ámbito del Derecho comunitario. Se ha observado ya varias veces en las presentes conclusiones que el objetivo básico de la normativa comunitaria en materia de contratos público consiste, en general, en fomentar al máximo la competencia, eliminando todas las restricciones a las libertades fundamentales. Desde tal perspectiva, reconocer la posibilidad de concesiones ilimitadas en el tiempo significaría excluir, en perjuicio de la competencia y de la eficiencia, la posibilidad de que en el futuro la explotación de las obras se garantice, eventualmente por otras personas, mediante modalidades y conforme a criterios más eficaces.

97. Las consecuencias de cuanto precede son dos. Por un lado, en general, no pueden adjudicarse concesiones ilimitadas en el tiempo. [35] Por otro lado, no puede atribuirse a una persona una concesión sobre un bien del cual ya es propietario, a menos que, sobre la base del Derecho nacional, tras un determinado período la administración pública adquiera sobre el bien un derecho de propiedad o un derecho análogo.

98. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la séptima cuestión prejudicial declarando que una concesión de obras públicas a efectos de la Directiva 2004/18 no puede prever nunca el reconocimiento al concesionario de un derecho temporalmente ilimitado sobre el bien objeto de concesión.

G. Cuestiones octava y novena

99. Las cuestiones prejudiciales octava y novena también pueden ser examinadas de forma conjunta, habida cuenta de su objeto. Mediante la octava cuestión el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el régimen de la Directiva 2004/18 debe aplicarse ya a partir del momento en que una administración pública, aunque no haya decidido todavía formalmente proceder a la adjudicación de un contrato público, cede un terreno con la intención de adjudicar después un contrato relativo al mismo. En cambio, por su parte, la

35 — Me parece, pues, correcta y conforme al Derecho comunitario la nueva ley alemana, citada en la nota 7, que, entre otras cosas, ha introducido una definición de la concesión de obras públicas que indica explícitamente el carácter temporalmente limitado del derecho reconocido al concesionario.

cuestión novena versa sobre la posibilidad de considerar como una totalidad, desde el punto de vista jurídico, la cesión del terreno y su posterior adjudicación.

100. Como se puede apreciar, ambas cuestiones versan sobre la posibilidad de hacer frente a eventuales abusos del Derecho, dirigidos a evitar la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos, mediante una aplicación de tales normas que prescinda de la típica secuencia cronológica igualmente establecida en la Directiva.

101. Ha de observarse que, habida cuenta de las respuestas que propongo dar a las anteriores cuestiones prejudiciales, y en particular a la séptima, proporcionar al órgano jurisdiccional remitente respuesta a las cuestiones octava y novena es probablemente superfluo, pues debe excluirse la posibilidad de que un contrato o una concesión de obras públicas a efectos del Derecho comunitario sean compatibles con un derecho de propiedad del supuesto adjudicatario/concesionario sobre los correspondientes bienes. No obstante, en aras de la exhaustividad y para el caso de que el Tribunal de Justicia no compartiera mi planteamiento sobre las cuestiones anteriores, formularé varias consideraciones sobre este aspecto.

102. Entre quienes han presentado observaciones en el marco del presente asunto, sólo la Comisión se muestra receptiva al planteamiento por el que se decanta el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, aun observando que corresponde a los tribunales nacionales apreciar cada uno de los casos específicos, la Comisión admite que en principio, en una situación como la que se da en el procedimiento principal, pueda procederse a la aplicación de la Directiva 2004/18 desde el momento en que la administración decide ceder el terreno. En cambio, las demás partes, si bien con matices distintos, sostienen que la mera intención de la administración pública carece de pertinencia.

103. No existen dudas sobre el hecho de que, como observa el propio órgano jurisdiccional remitente, la respuesta a las cuestiones octava y novena no puede prescindir de lo afirmado por el Tribunal de Justicia en la sentencia «Mödling». [36] En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia abordó una situación en que un municipio austriaco adjudicó directamente el servicio de recogida de residuos a una sociedad íntegramente controlada por el propio municipio, para a continuación, pocos días después, ceder a un particular el 49 % de dicha sociedad. El Tribunal de Justicia afirmó en consecuencia que, frente a una clara «construcción artificial», [37] cuyo resultado es en esencia el de eliminar el efecto útil de las Directivas en materia de contratos públicos, la apreciación jurídica de los hechos puede

36 — Citada en la nota 10.
37 — *Ibidem,* apartado 40.

realizarse «a la luz del conjunto de tales fases y la finalidad de las mismas, y no en función del orden estrictamente cronológico en que éstas se produjeron». [38]

104. Me parece evidente que el razonamiento formulado por el Tribunal de Justicia en su sentencia Mödling se basa en dos pilares. El primero, indicado explícitamente, es la necesidad de preservar el efecto útil de la Directiva. [39] El segundo, implícito, pero que constituye en el fondo la otra cara de la misma moneda, es la voluntad de luchar contra los abusos del Derecho.

105. Las afirmaciones del Tribunal de Justicia en la sentencia Mödling pueden ser ciertamente generalizadas y permiten afirmar que, para evitar abusos del Derecho y garantizar el efecto útil de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos, dos actos formalmente separados, incluso desde un punto de vista cronológico, pueden ser considerados simultáneos o constitutivos de un único acto jurídico.

106. La apreciación corresponde naturalmente al órgano jurisdiccional nacional, que es el único que dispone de todos los elementos fácticos y de Derecho necesarios a tal fin. No obstante, es necesario que, por obvias razones vinculadas a la necesidad de garantizar la seguridad del Derecho, concurran algunos requisitos estrictos. En particular, entre la cesión del terreno y la adjudicación del contrato público debe transcurrir un lapso de tiempo no excesivo, y deben darse elementos convincentes para demostrar que la intención de la administración relativa al contrato público existía ya en el momento de la cesión del terreno. Salvo en casos de abuso manifiesto, en los que la voluntad de eludir las normas se hace evidente desde el principio, únicamente una apreciación *ex post* podrá tener en cuenta adecuadamente todos los elementos indicados.

107. Así pues, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales octava y novena, si fuera necesario, declarando que, en presencia de claros elementos indicativos de la voluntad de eludir las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos y de concesiones, la apreciación jurídica de un supuesto puede considerar que constituyen un único acto jurídico los dos actos formalmente separados, incluso desde el punto de vista cronológico, de la cesión de un terreno y de la adjudicación de un contrato público o de una concesión sobre el mismo. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, sobre la base de todas las circunstancias del asunto, comprobar la existencia de tal intención elusiva.

38 — *Ibidem*, apartado 41.
39 — *Ibidem*, apartado 42.

V. Conclusiones

108. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones del Oberlandesgericht Düsseldorf en los términos siguientes:

«Para que exista un contrato público de obras o una concesión de obras públicas en el sentido de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, es necesario que exista un vínculo directo entre el poder adjudicador y los trabajos u obras a realizar. Este vínculo directo puede consistir, en particular, en que la obra esté destinada a ser adquirida por la administración pública, en que proporcione a ésta una ventaja económica directa, o incluso en que el poder adjudicador haya asumido la iniciativa de la realización o corra al menos con una parte de los costes de la misma.

Los conceptos de contrato público de obras y de concesión de obras públicas a efectos de la Directiva 2004/18 presuponen que el adjudicatario esté contractualmente obligado frente a la administración pública a la prestación convenida. Corresponde al Derecho nacional determinar las consecuencias de un eventual incumplimiento del adjudicatario.

Una concesión de obras públicas a efectos de la Directiva 2004/18 no puede prever nunca el reconocimiento al concesionario de un derecho temporalmente ilimitado sobre el bien objeto de concesión.

En presencia de claros elementos indicativos de la voluntad de eludir las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos y de concesiones, la apreciación jurídica de un supuesto puede considerar que constituyen un único acto jurídico los dos actos formalmente separados, incluso desde el punto de vista cronológico, de la cesión de un terreno y de la adjudicación de un contrato público o de una concesión sobre el mismo. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, sobre la base de todas las circunstancias del asunto, comprobar la existencia de tal intención elusiva.»