

El Tribunal recuerda que:

“(…) una medida de injerencia en el derecho al respeto de los bienes debe mantener un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo (véase, entre otras, Sentencia Sporrong y Lönnroth contra Suecia, 23 septiembre 1982, ap. 69, serie A núm. 52) y que ha de existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida por toda medida que prive a una persona de su propiedad (Sentencia Pressos Compania Naviera, SA y otros, previamente citada, ap. 38).

“(…) que en varios asuntos ha constatado la falta de proporcionalidad de una injerencia legislativa con efecto retroactivo cuando ésta tenía por consecuencia reducir a la nada la causa principal de las partes demandantes y solucionar así el núcleo del litigio sometido a los tribunales internos, dejando sin efecto la continuación del procedimiento (Sentencias, previamente citadas, Lecarpentier, Aubert y otros y De Franchis).”

Ahora bien, el Tribunal estima que no sucede así en el presente caso.

Concluye que:

“(…) la injerencia denunciada sólo afectaba a una parte de los intereses de demora adeudados a la demandante, puesto que se refería a la fijación del tipo de dichos intereses. Aunque el dispositivo legislativo en cuestión reguló la cuestión del monto de los intereses de demora que la demandante ha podido recuperar, cabe constatar que no impidió la ejecución de la Sentencia de 3 junio 1997, en la medida en que la demandante obtuvo una sentencia

favorable, en lo principal, ante los tribunales internos. En lo que respecta a los intereses de demora adeudados, el artículo 50 de la Ley de 30 de diciembre de 1996 no conculcó el derecho de la demandante a obtener reparación por el perjuicio sufrido por razón de la mora en el pago, sino que corrigió, en relación razonable a la inflación, la diferencia resultante de la modificación de las condiciones monetarias producida desde entonces. El Tribunal señala, más concretamente, que la aplicación del artículo 50 de la referida Ley de 30 de diciembre de 1996 (apartado 20 supra) tuvo por único efecto, para la demandante, fijar a su favor unos intereses de demora –es decir, unos intereses destinados a compensar al acreedor la mora en el pago del deudor– a un tipo adaptado al coste real soportado por ella por razón de dicha mora, sin que se beneficiara indebidamente de la fuerte inflación existente en el momento en el que debería haber recibido el pago principal, inflación que se atenuó mucho entre dicha fecha y aquella en la que percibió el importe principal acompañado de los intereses de demora.

“En estas condiciones, el Tribunal estima que la medida en litigio no produjo lesión de la sustancia del derecho de propiedad de la demandante. Tampoco hizo recaer en la demandante una ‘carga anormal y exorbitante’, y la injerencia en sus bienes fue proporcionada, sin romper el equilibrio justo entre las exigencias del interés general y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales de los individuos.”

En consecuencia, no ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

C) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Vulnera la Directiva 93/37 adjudicar sin transparencia alguna un contrato de concesión de obras públicas que incluye trabajos denominados complementarios, que por sí solos constituyen contratos públicos de obras, en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor supera el umbral que allí se establece

Órgano: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta). Caso Comisión Europea contra España

Fecha: Sentencia de 22 de abril de 2010

Disposiciones analizadas: Artículo 8 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. Artículos 3 y 11 de la Directiva 93/37/CEE

Doctrina: La obligación de publicidad, conlleva la posibilidad de comparar las ofertas y garantiza un nivel de concurrencia que el legislador de la Unión Europea considera satisfactorio en el ámbito de las concesiones de obras públicas. En este ámbito, dicha obligación expresa los principios de igualdad de trato y transparencia, que se imponen en cualquier circunstancia a los poderes adjudicadores. Mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular consecuentemente su oferta.

La posibilidad de remisión del anuncio o el pliego de cláusulas administrativas particulares, no permite que el órgano de contratación eluda las obligaciones de publicidad impuestas por la Directiva 93/37. No es aceptable la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de la normativa nacional, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión, puesto que se trata de una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores, al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva 93/37.

El órgano de contratación puede, teniendo en cuenta las posibles particularidades de los trabajos objeto de concesión, dejar cierto margen a la iniciativa de los licitadores para la formulación de sus ofertas.

El artículo 3 de la Directiva 93/37 impone claramente, tanto al órgano de contratación como al concesionario, obligaciones de publicidad acumulativas y no alternativas, que deben ser cumplidas por ambos, en todas las fases del procedimiento, con objeto de preservar el efecto útil de esta disposición.

Corresponde a la Comisión apreciar la oportunidad de actuar contra un Estado miembro, especificar las disposiciones que este haya podido infringir y elegir el momento en que inicia en su contra el procedimiento por incumplimiento, sin que puedan afectar a la admisibilidad del recurso las consideraciones que determinen dicha decisión. El hecho de que otros licitadores no hayan impugnado el procedimiento de adjudicación de la concesión litigiosa no influye en el examen de la legalidad de dicho procedimiento y de los fundamentos jurídicos del presente recurso.

Que el Tribunal Supremo, que conoció de los recursos interpuestos contra la resolución del órgano de contratación, haya declarado en dos sentencias que no se habían infringido las disposiciones de la Directiva 93/37 ni el principio de igualdad de trato, no puede incidir sobre la admisibilidad o sobre el fondo del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión. La existencia de vías de impugnación ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede obstaculizar la interposición del recurso contemplado en el artículo 226 CE, ya que las dos acciones tienen objetivos y efectos diferentes.

Supuesto de hecho

La Comisión de la Unión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3 de la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y, por lo tanto, de su artículo 11, apartados 3, 6, 7, 11 y 12, y que ha vulnerado los principios del Tratado CE, en particular los de igualdad de trato y no discriminación.

El incumplimiento deriva del hecho de no haber incluido entre las obras objeto de la concesión, en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, otras concretas obras que fueron posteriormente adjudicadas en un procedimiento de licitación, entre ellas las del tramo gratuito de la autopista A-6.

La Comisión alega, en esencia, que el objeto de la concesión, tal como se describe en el anuncio y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y las obras efectivamente adjudicadas deben coincidir. Sin embargo, el objeto de la concesión en cuestión se define de manera precisa en la cláusula 2 del segundo pliego y se refiere a obras determinadas, concretamente, a las conexiones del tramo de peaje de la autopista A-6 con Segovia y Ávila, y a la conservación y explotación de dicho tramo a partir del 30 de enero de 2018. Por el contrario las obras complementarias no se mencionan ni en el segundo anuncio, ni en el segundo pliego. El incumplimiento que se reprocha al Reino de España consiste, por lo tanto, en que las autoridades españolas ampliaron *a posteriori* el objeto de la concesión, al adjudicar a Iberpistas obras que no habían sido objeto de publicación y que se situaban fuera del ámbito geográfico comprendido en el objeto de la concesión, de acuerdo con lo publicado.

El Reino de España sostiene:

a) Que, como resulta del segundo pliego, el concurso se regía no solo por dicho pliego, sino también por el conjunto de la normativa aplicable a los procedimientos de licitación, a saber, por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, y por el pliego de cláusulas generales aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 de enero. El objetivo de esta normativa es, en consonancia con el desarrollo del Plan de autopistas, permitir una gran libertad a las iniciativas de las empresas privadas, tanto en el momento de presentación de sus ofertas como al realizar sus actividades después de adjudicarse la concesión.

b) Este enfoque se ha seguido sin problemas para adjudicar la concesión de construcción de otras autopistas en España y, además, está confirmado por el artículo 8 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que prevé la posibilidad de que los licitadores propongan obras complementarias, ya sea en el área de influencia de las autopistas, de conformidad con la definición de este término en la normativa nacional, ya sea fuera de dicha área.

c) Que, en todo caso, no puede mantenerse que se hayan incumplido las obligaciones de publicidad en lo que respecta a la adjudicación de las obras complementarias, dado que la adjudicataria no ejecutó por sí misma las obras complementarias, sino que las anunció y las adjudicó a terceras empresas, de conformidad con las exigencias de publicidad y concurrencia establecidas por la Directiva 93/37 y por la legislación española. Estas obras complementarias, por lo tanto, se realizaron por terceras empresas independientes de la concesionaria Iberpistas.

d) Las denuncias ante la Comisión no fueron presentadas por licitadores no seleccionados, ni por terceros

real o potencialmente interesados en la adjudicación de la concesión controvertida, sino por personas y entidades que carecían de cualquier tipo de relación profesional con la citada concesión. Estos denunciados no tenían interés alguno en la aplicación correcta de las normas de concurrencia, sino que estaban guiados por otras motivaciones.

e) Todas las empresas que deseaban participar en el procedimiento dispusieron de la misma información y ningún licitador, ni otro interesado real o potencial impugnó, mediante queja, reclamación o acción judicial, el resultado del procedimiento. Por consiguiente, se respetó la igualdad de trato.

f) Los denunciados, antes de dirigirse a la Comisión, habían interpuesto dos recursos contencioso-administrativos contra el procedimiento controvertido ante el Tribunal Supremo, que desestimó los recursos mediante dos sentencias de 11 de febrero y de 4 de octubre de 2003, en las que también examinó la adjudicación de la concesión controvertida a la luz del Derecho comunitario, y declaró que se habían respetado los principios de igualdad de trato y no discriminación.

El TJUE declara que el Estado español ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 3 y 11 de la Directiva 93/37/CEE.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal de Justicia explicita que, de acuerdo con los autos, la actuación aquí controvertida es una "concesión de obras públicas", y que, en el presente asunto, las obras complementarias sobre las que versan las imputaciones de la Comisión, cuyo valor sobrepasa considerablemente el umbral establecido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/37, no se mencionaban en el objeto de la concesión controvertida, definido en el segundo anuncio y en el segundo pliego.

El TJUE indica asimismo que de conformidad con el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 93/37/CEE, los poderes adjudicadores que deseen recurrir a la concesión de obras públicas deben dar a conocer su intención por medio de un anuncio, que debe contener el objeto principal y los objetos adicionales del contrato, la descripción y el lugar de las obras de la concesión, y la cantidad o extensión global de estas.

Debe advertirse que el artículo 11, apartado 11, de la Directiva establece que la publicación de anuncios en el ámbito nacional no debe incluir más información que la publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, y que la información referente a la concesión puede hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que debe aprobar el órgano de contratación, y que constituye el complemento natural del anuncio.

El Tribunal destaca la funcionalidad de esta información al establecer que:

"(...) la obligación de publicidad, (...) conlleva la posibilidad de comparar las ofertas, (y) garantiza un nivel de concurrencia que el legislador de la Unión Europea considera satisfactorio en el ámbito de las concesiones de obras públicas. En este ámbito, dicha obligación expresa los principios de igualdad de trato y transparencia, que se imponen en cualquier circunstancia a los poderes adjudicadores.

"Mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular consecuentemente su oferta."

El TJUE sintetiza la primera de las alegaciones del Reino de España del siguiente modo:

"(...) el Reino de España sostiene que el segundo pliego debería haberse entendido en el sentido de que remitía a la normativa básica de aplicación general a los procedimientos de licitación, en particular a la Ley de autopistas, y haberse interpretado a la luz de esta normativa, cuyo objetivo es conceder una gran libertad a la iniciativa de los licitadores. Por lo tanto, los licitadores deberían haber comprendido, a la luz del artículo 8 de esta Ley, que el órgano de contratación estaba en realidad apelando a su iniciativa y a su creatividad para resolver el principal problema planteado, es decir, la intensidad de tráfico en la Autopista A-6. Este problema es notorio y se desprende inequívocamente de las estadísticas de las autoridades nacionales competentes. Por lo tanto, es de sentido común que el órgano de contratación esperase recibir proposiciones en tal sentido. Esta expectativa, por otra parte, está confirmada por el hecho de que algunas obras ya no se mencionaban en el segundo pliego, con objeto de dejar un mayor margen a la iniciativa de los licitadores, y por el tenor de las cláusulas 5, apartados 13 y 16, y 29 del segundo pliego."

El TJUE rechaza la anterior alegación por los motivos siguientes:

"(...) La posibilidad de remisión (*del anuncio o el pliego de cláusulas administrativas particulares*) no permite que el órgano de contratación eluda las obligaciones de publicidad impuestas por la Directiva 93/37 (*ni es aceptable*) la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de la normativa nacional, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión. (...) (véase la sentencia de 16 de octubre de 2003, Traunfellner, C-421/01, Rec. p. I-11941, apartados 27 a 29). Puesto que se trata de una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva 93/37 (...)

"(...) el órgano de contratación puede, teniendo en cuenta las posibles particularidades de los trabajos objeto de concesión, dejar cierto margen a la iniciativa de los licitadores para la formulación de sus ofertas. No obstante,

(...) la iniciativa y las ofertas alternativas de los licitadores, que al parecer esperaba el Gobierno español por el hecho de que el segundo pliego sustituyó al primero ‘por razones de índole técnica’ y ‘para redefinir el objeto de este concurso’, además de que no podrían ser comprendidas por un licitador normalmente informado y diligente, en el sentido alegado por el Reino de España, no se refieren al objeto de la concesión litigiosa, sino que responden más bien a razones de la política general de transportes en el Estado miembro interesado. Basándose pues en tal concepción, como acertadamente pone de relieve la Comisión, los licitadores habrían sido libres de proponer sin limitación alguna la realización de obras en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid y de las provincias de Ávila y Segovia.

“Del mismo modo, el posible carácter notorio de un problema de ámbito nacional, que no cabe presumir que se perciba como tal por los potenciales licitadores establecidos en otros Estados miembros, no puede tenerse en cuenta por los licitadores como criterio implícito de definición del objeto de una concesión y afectar de este modo a la importancia concedida por la normativa de la Unión al anuncio y al pliego de condiciones.” (La cursiva es nuestra.)

El TJUE rechaza también un segundo argumento del Reino de España, fundamentado en el artículo 61 de la Directiva 2004/18, con la indicación de que: “(...) además de que esta Directiva no es aplicable *ratione temporis* al presente asunto, es preciso señalar que las obras complementarias controvertidas no constituyen, en el sentido del mencionado precepto, ‘obras complementarias [...] que no figuren en el proyecto de concesión previsto inicialmente’ y que hayan pasado a ser necesarias, debido a una circunstancia imprevista, para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita.”

Tampoco acepta la tercera argumentación relativa a que Iberpistas no ejecutó por sí misma las obras complementarias, sino que las adjudicó a terceras empresas, de conformidad con las exigencias de publicidad establecidas en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva 93/37. El argumento en este caso es: “En efecto, como ha señalado correctamente la Comisión, el artículo 3 de esta Directiva impone claramente, tanto al órgano de contratación como al concesionario, obligaciones de publicidad acumulativas y no alternativas, que deben ser cumplidas por ambos, en todas las fases del procedimiento, con objeto de preservar el efecto útil de esta disposición.”

Los dos últimos argumentos de defensa se resuelven con la argumentación siguiente:

– “(...) es ineficaz la alegación del Reino de España basada en que la Comisión ha decidido iniciar el presente procedimiento por incumplimiento a raíz de demandas presentadas por personas que no están relacionadas con el procedimiento controvertido, y no por otros licitadores, real o potencialmente interesados en obtener la concesión controvertida. Se desprende en efecto, de reiterada juris-

prudencia, que corresponde a la Comisión apreciar la oportunidad de actuar contra un Estado miembro, especificar las disposiciones que éste haya podido infringir y elegir el momento en que inicia en su contra el procedimiento por incumplimiento, sin que puedan afectar a la admisibilidad del recurso las consideraciones que determinen dicha decisión. En este sentido, mientras que la Comisión es la única a la que corresponde apreciar la oportunidad de la interposición y del mantenimiento de un recurso por incumplimiento, el Tribunal de Justicia debe examinar si existe o no el incumplimiento imputado, sin que le incumba pronunciarse sobre el ejercicio por la Comisión de su facultad de apreciación (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de diciembre de 2005, Comisión/Luxemburgo, C-33/04, Rec. p. I-10629, apartados 65 a 67 y jurisprudencia citada). Por otra parte, el hecho de que otros licitadores no hayan impugnado el procedimiento de adjudicación de la concesión litigiosa no influye en el examen de la legalidad de dicho procedimiento y de los fundamentos jurídicos del presente recurso.”

– “(...) tampoco es pertinente, para resolver el presente asunto, la alegación basada en que el Tribunal Supremo, que conoció de los recursos interpuestos contra la resolución del órgano de contratación, haya declarado en dos sentencias que no se habían infringido las disposiciones de la Directiva 93/37 ni el principio de igualdad de trato y en que haya procedido, a estos efectos, a una apreciación de los hechos en relación con las cláusulas del segundo pliego, lo que, según el Estado miembro demandado, es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales.

“En efecto, es preciso recordar que la interposición de un recurso, ante un órgano jurisdiccional nacional, contra una decisión de una autoridad nacional objeto de un recurso por incumplimiento y la decisión de dicho órgano jurisdiccional no pueden incidir sobre la admisibilidad o sobre el fondo del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión. En efecto, la existencia de vías de impugnación ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede obstaculizar la interposición del recurso contemplado en el artículo 226 CE, ya que las dos acciones tienen objetivos y efectos diferentes (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de febrero de 1970, Comisión/Italia, 31/69, Rec. p. 25, apartado 9; de 18 de marzo de 1986, Comisión/Bélgica, 85/85, Rec. p. 1149, apartado 24; de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, C-87/02, Rec. p. I-5975, apartado 39, y de 4 de mayo de 2006, Comisión/Reino Unido, C-508/03, Rec. p. I-3969, apartado 71).”

Por todo ello el TJUE declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 3, apartado 1, y 11, apartados 3 y 6, de la Directiva 93/37.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión de servicios

Órgano: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala).
Caso Wall AG contra Municipio de Fráncfort del Meno y otros.
Cuestión prejudicial

Fecha: Sentencia de 13 de abril de 2010

Disposiciones analizadas: Artículo 12 TCE (18 TFUE), 43 TCE (49 TFUE) y 49 TCE (56 TFUE)

Doctrina: En el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos. No obstante, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva. Dicha obligación de transparencia se aplica al supuesto en que la concesión de servicios de que se trate pueda interesar a una empresa establecida en un Estado miembro que no sea aquel en el que se adjudique esa concesión. La obligación de transparencia que recae en las autoridades públicas que celebran un contrato de concesión de servicios implica que se garantice, a favor de todo licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, y corresponde al órgano judicial nacional determinar si se dan las situaciones que permiten calificar el cambio como una modificación sustancial.

Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate, y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que esta sea adjudicada

Supuesto de hecho

La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, y sobre la obligación de transparencia que de ellos se deriva, en relación con la adjudicación de concesiones de servicios.

Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Wall AG (en lo sucesivo, "Wall") y el municipio de Fráncfort del Meno (en lo sucesivo, "municipio de Fráncfort"), en relación con la adjudicación de una concesión de servicios relativa a la explotación y al mantenimiento de algunos aseos públicos en el territorio de dicha ciudad.

El 18 de diciembre de 2002, el municipio de Fráncfort formuló una convocatoria para participar en una licitación sobre un contrato de concesión de servicios relativo a la explotación, el mantenimiento y la limpieza de once aseos públicos urbanos, por una duración de dieciséis años. De estos once aseos públicos debían reconstruirse dos de ellos. La contrapartida de tales prestaciones se limitaba al derecho a percibir un canon por la utilización de las instalaciones, así como a explotar, durante el plazo contractual, espacios publicitarios situados en los aseos y en otros lugares públicos del territorio de la ciudad de Fráncfort.

El 4 de julio de 2003, el municipio de Fráncfort invitó a las empresas interesadas a que presentaran ofertas.

Wall, Frankfurter Entsorgungs-und Service GmbH (en lo sucesivo, "FES") y otras tres empresas, asimismo establecidas en Alemania, presentaron ofertas.

FES es una sociedad de responsabilidad limitada, persona jurídica de Derecho privado, cuyo objeto social es la eliminación y la gestión de residuos y la limpieza urbana, así como la seguridad de la circulación por cuenta de las autoridades públicas y de las personas privadas. El municipio de Fráncfort ostenta una participación del 51% en FES, siendo una empresa privada la titular del 49% restante.

Wall es titular de varias patentes relativas al funcionamiento de los "City-WC". El 18 de marzo de 2004, Wall fue excluida del procedimiento de adjudicación y su oferta fue rechazada.

El 9 de junio de 2004 se adjudicó la concesión a FES.

El artículo 18, apartado 2, del contrato de concesión establece que FES debe efectuar las obras de construcción de los aseos públicos por sus propios medios y/o a través de subcontratistas, entre los que figura Wall. Dicha disposición estipula que únicamente se permitirá un cambio de subcontratista si cuenta con la autorización escrita del municipio de Fráncfort.

El artículo 30, apartado 4, del mismo contrato establece que Wall es el subcontratista de FES respecto a las prestaciones publicitarias a que se refiere la concesión de que se trata. A tenor de dicha disposición, solo se permitirá un cambio de subcontratista con la autorización escrita de la ciudad de Fráncfort.

FES solicitó al municipio de Fráncfort que aprobara un cambio de subcontratista tanto para las prestaciones publicitarias, como para la construcción de aseos públicos. El municipio aprobó el cambio de subcontratista en relación a las prestaciones publicitarias y contestó que no debía examinar la cuestión relativa al cambio de subcontratista respecto a los aseos públicos, por cuanto consideraba que FES, de acuerdo con el contrato, podía realizar las obras por sus propios medios y bajo su responsabilidad exclusiva.

Wall interpuso un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente, solicitando a este que condenara a FES a abstenerse, por una parte, de ejecutar el contrato relativo a las prestaciones publicitarias otorgado con un tercero y, por otra, de celebrar con un tercero y/o de ejecutar un contrato sobre la construcción de los dos aseos públicos que debían ser reconstruidos. Wall solicitó igualmente que se condenara al municipio de Fráncfort a abstenerse de aprobar la celebración de un contrato entre FES y otra parte que no fuera ella misma, sobre la construcción de los dos aseos públicos referidos. Con carácter subsidiario, Wall solicitó que se condenara a la ciudad de Fráncfort y a FES a que, con carácter solidario, le pagaran la cantidad de 1.038.682,18 euros, más intereses.

En estas circunstancias, el Landgericht Frankfurt am Main acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales que se centran en las normas comunitarias aplicables al contrato de concesión de servicios, si estas se aplican a una empresa de capital mixto (público y privado) como FES, y si la sustitución de subcontratistas tiene el carácter o no de modificación esencial que exige una nueva licitación.

Fundamentos de Derecho

Observación preliminar

El TJUE sintetiza el objeto del procedimiento principal en el que se plantean las cuestiones prejudiciales:

– La decisión por la cual FES cambió de subcontratista respecto a las prestaciones publicitarias que fueron objeto de la concesión que le fue adjudicada por el municipio de Fráncfort, habiéndose celebrado el contrato en el que se estipula dicho cambio, con el beneplácito del referido municipio, el 21 de junio de 2005, y

– La intención de FES de atribuir a un operador que no sea Wall la reconstrucción de dos aseos públicos, que, comunicada al municipio, este respondió a FES que no debía examinar la cuestión relativa al cambio de subcontratista respecto a los aseos públicos, ya que consideraba que FES deseaba desde un momento anteriormente señalado realizar las obras por sus propios medios y bajo su exclusiva responsabilidad. Se interpreta esta respuesta en la resolución de remisión en el sentido de que el municipio de Fráncfort dio su consentimiento para que se cambiara el subcontratista respecto al suministro de dos aseos públicos.

Sobre la tercera cuestión

El TJUE señala que en la tercera cuestión prejudicial se le pide que dilucide: “(...) si los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva, obligan, cuando se prevé modificar un contrato de concesión de servicios –incluso cuando el objeto de tal modificación es sustituir a un subcontratista concreto, sobre el que se haya hecho hincapié en la licitación–, a convocar una nueva licitación en relación con las negociaciones relativas a tal modificación, garantizando un grado de publicidad adecuada y, en su caso, de acuerdo con qué criterios debería realizarse tal licitación.”

El TJUE reitera las normas aplicables a los contratos de concesión de servicios:

“En el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos (véanse las sentencias Coname, antes citada, apartado 16, y de 17 de julio de 2008, ASM Brescia, C-347/06, Rec. p. I-5641, apartado 57). No obstante, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva (véanse, en este sentido, las citadas sentencias Telaustria y Telefonadress, apartados 60 a 62; Coname, apartados 16 a 19, y Parking Brixen, apartados 46 a 49).

“Dicha obligación de transparencia se aplica al supuesto en que la concesión de servicios de que se trate pueda interesar a una empresa establecida en un Estado miembro que no sea aquel en el que se adjudique esa concesión (véase, en este sentido, la sentencia Coname, antes citada, apartado 17; véanse asimismo, por analogía, las sentencias de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03, Rec. p. I-9777, apartado 29, y de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 66).

“La obligación de transparencia que recae en las autoridades públicas que celebran un contrato de concesión de servicios implica que se garantice, a favor de todo licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse las sentencias Telaustria y Telefonadress., antes citada, apartados 60 a 62; Parking Brixen, antes citada, apartados 46 a 49, y de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21).”

El TJUE reitera un principio asentado, respecto de las modificaciones contractuales, en el Derecho comunitario de la contratación:

“(...) las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de ser-

vicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato (véanse, por analogía con los contratos públicos, las sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46, y de 19 de junio de 2008 *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34)."

Y a su vez define cuándo la modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial: "(...) cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. (Véase, por analogía, la sentencia *pressetext Nachrichtenagentur*), antes citada, apartado 35)."

Para el caso concreto, señala que un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, pero que corresponde al órgano judicial nacional determinar si se dan las situaciones que permiten calificar el cambio como una modificación sustancial. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional infiriera que se da una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, "(...) debería adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta fuera adjudicada."

De todo ello resulta la siguiente respuesta a la cuestión prejudicial planteada:

"(...) cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de

servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada."

Sobre la quinta cuestión

El TJUE señala que en la tercera cuestión prejudicial se le pide que dilucide: "(...) si, a la luz del artículo 86 CE, apartado 1, en relación, en su caso, con los artículos 2, apartados 1, letra b), y 2, de la Directiva 80/723) y 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18, una empresa concesionaria que tenga las características de FES está vinculada por la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad, cuando celebra un contrato de servicios comprendidos en el objeto de la concesión que le ha sido adjudicada por la autoridad pública. Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si el artículo 86 CE (RCL 1999, 1205 ter), apartado 1, es pertinente para definir el ámbito de aplicación de la referida obligación de transparencia."

Para determinar si una entidad cuyas características son idénticas a las de FES puede asimilarse a una autoridad pública vinculada por la obligación de transparencia, el TJUE afirma que: "(...) procede inspirarse en algunos aspectos de la definición del concepto de 'entidad adjudicadora' que figuran en el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios, en la medida en que tales aspectos responden a las exigencias impuestas por la aplicación a las concesiones de servicios de la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE."

Por ello, debe comprobarse si concurren dos requisitos: "(...) por una parte, que la empresa afectada se halla bajo el control efectivo del Estado o de una autoridad pública y, por otra, que no realiza su actividad en situación de competencia en el mercado."

En el supuesto examinado, no concurre el requisito relativo al control efectivo por el Estado o por otra autoridad pública por los motivos siguientes:

"(...) Aunque el municipio de Fráncfort es titular del 51% del capital de FES, ello no le permite controlar efectivamente la gestión de dicha empresa. En efecto, se requiere una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general para adoptar los acuerdos de ésta. Además, el 49% restante del capital de FES lo posee no una o varias autoridades públicas distintas, sino una empresa privada que, como tal, obedece a consideraciones propias de los intereses privados y persigue objetivos distintos del interés público [véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005 (TJCE 2005, 1), *Stadt Halle y RPL Lochau*, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 50]. Además, al municipio de Fráncfort le corresponde únicamente un cuarto de los votos que se emiten en el consejo de vigilancia de FES. El hecho de que el

referido municipio tenga derecho a proponer un candidato para el puesto de presidente del consejo de vigilancia de la referida empresa, cuyo voto tiene carácter dirimente en caso de empate, no basta para permitirle ejercer una influencia determinante sobre FES.”

Tampoco concurre el segundo requisito necesario (que no realiza su actividad en situación de competencia en el mercado) para la asimilación de una empresa a una autoridad pública. La argumentación es como sigue:

“(…) Puede deducirse de la resolución de remisión que FES desarrolla sus actividades en situación de competencia en el mercado, como resulta, por una parte, del hecho de que obtiene una parte importante de sus ingresos mediante actividades con autoridades públicas que no son el municipio de Fráncfort y con empresas privadas activas en el mercado y, por otra, de la circunstancia de que tuvo que participar en una licitación con otras empresas para obtener la concesión de que se trata en el procedimiento principal.”

Por ello el TJUE responde a esta cuestión prejudicial de la manera siguiente:

“Cuando una empresa concesionaria celebra un contrato de servicios que está incluido en el objeto de la concesión que le ha atribuido un ente territorial, la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad no se aplica si la empresa:

“—ha sido constituida por dicho ente territorial para desarrollar actividades de eliminación de residuos y limpieza urbana, pero que igualmente desarrolla su actividad en el mercado;

“—pertenece en un 51% a dicho ente territorial, pero que, no obstante, los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general de esa empresa;

“—únicamente una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia, incluido el presidente de éste es nombrado por dicho ente territorial, y

“—obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y limpieza urbana en el territorio del citado ente territorial, de tal forma que éste los financia mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados.”

Sobre la cuestión primera, la segunda y la cuarta

El TJUE señala que en las cuestiones primera, segunda y cuarta, se le pide que dilucide: “(…) si los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva, obligan, por una parte, a las autoridades nacionales a resolver un contrato celebrado en infracción de dicha obligación de transparencia y, por otra, a los tribunales nacionales a reconocer al licitador cuya oferta no hubiera

sido seleccionada el derecho a obtener una orden conminatoria al objeto de evitar un incumplimiento inminente o de hacer cesar un incumplimiento ya cometido de dicha obligación. El tribunal nacional pregunta asimismo si puede considerarse que tal obligación está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho consuetudinario de la Unión Europea.”

El TJUE, en primer lugar reitera que los contratos de concesión de servicios no se rigen, en el estado actual del Derecho de la Unión, por ninguna de las directivas que regulan el ámbito de los contratos públicos, y que según la jurisprudencia del Tribunal, ante la inexistencia de una normativa de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro regular los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión concede a los justiciables (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 39 y la jurisprudencia citada).

A renglón seguido, que: “(…) la obligación de transparencia se deriva del Derecho de la Unión y, en particular, de los artículos 43 CE y 49 CE (véase, en este sentido, la sentencia Coname, antes citada, apartados 17 a 19). Tales disposiciones, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, son de efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición contraria del Derecho nacional. En virtud, en particular, del artículo 4 TUE, apartado 3, corresponde a todas las autoridades de los Estados miembros garantizar el respeto de las normas jurídicas de la Unión en el ejercicio de sus competencias (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de febrero de 2008, Kempster, C-2/06, Rec. p. I-411, apartado 34 y la jurisprudencia allí citada). Corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la Ley interna que debe aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión que permita, en particular, garantizar la observancia de la obligación de transparencia (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Santex, C-327/00, Rec. p. I-1877, apartado 63 y la jurisprudencia allí citada).”

La respuesta a las cuestiones preliminares planteadas es la siguiente:

“(…) Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva no obligan a las autoridades nacionales a resolver un contrato ni a los tribunales nacionales a conceder una orden conminatoria cada vez que tenga lugar un supuesto incumplimiento de dicha obligación en la adjudicación de concesiones de servicios. Corresponde al ordenamiento jurídico interno regular los recursos que tienen por objeto garantizar la salvaguardia de los derechos que se derivan para los justiciables de dicha obligación, de tal manera que tales recursos no resulten menos favorables que los recursos semejantes de orden interno ni hagan

imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos. La obligación de transparencia se deriva directamente de los artículos 43 CE y 49 CE, los cuales tie-

nen efecto directo en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición en contrario de los Derechos nacionales.”

Tribunal de Justicia de de la Unión Europea. No constituye un contrato de concesión de obra pública, la venta por un ente público de un inmueble que había sido un cuartel militar, a un tercero que, para que se le adjudicara el contrato de compraventa, con carácter previo, ha tenido que formular iniciativas de desarrollo urbanístico con el Ayuntamiento, que ha aceptado estudiarlas e iniciar el procedimiento de aprobación del correspondiente Plan urbanístico

Órgano: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera). Caso Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben. Cuestión prejudicial

Fecha: Sentencia de 25 de marzo de 2010

Disposiciones analizadas: Artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

Doctrina: En los estados miembros de la Unión Europea, la ejecución de obras de construcción, al menos cuando estas son de una cierta envergadura, exige normalmente la autorización previa por parte del poder público competente en materia de urbanismo. Este poder está llamado a valorar, en ejercicio de sus competencias normativas, si la ejecución de las obras se adecua al interés público. Pues bien, el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE.

El concepto de “contrato público de obras”, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18/CE, no exige que las obras objeto del contrato se realicen material o físicamente por el poder adjudicador, siempre que dichas obras le reporten un beneficio económico directo. El ejercicio por este último de competencias normativas en materia urbanística no basta para cumplir este último requisito.

Para que un poder adjudicador pueda transferir a su cocontratante el derecho a explotar una obra en el sentido establecido por la Directiva 2004/18/CE para la concesión de obra pública, es preciso que este poder adjudicador pueda disponer de su explotación. Normalmente, esto no ocurre cuando el derecho de explotación deriva únicamente del derecho de propiedad del operador afectado. El propietario de un terreno tiene derecho a explotarlo respetando la normativa aplicable. Mientras un operador disfrute del derecho a explotar el terreno del que es propietario, queda excluida, en principio, cualquier posible concesión de dicha explotación por parte de los poderes públicos.

El concepto de contratos públicos descansa en la idea de que el adjudicatario se compromete a realizar la prestación objeto del contrato a cambio de una contrapartida. Al celebrar un contrato público de obras, el adjudicatario se obliga, pues, a ejecutar, o hacer ejecutar, las obras que constituyen su objeto.

Al ser las obligaciones dimanantes del contrato jurídicamente vinculantes, su ejecución debe ser exigible judicialmente.

El concepto de “contrato público de obras”, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, requiere que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato, y que se trate de una obligación exigible judicialmente de conformidad con las modalidades previstas por el Derecho interno.

Conviene no excluir de entrada la aplicación de la Directiva 2004/18, a un procedimiento de adjudicación en dos fases, caracterizado por la venta de un terreno sobre el que recaerá posteriormente un contrato de obras, considerando estas operaciones como una unidad

Supuesto de hecho

La Bundesanstalt era propietaria de un inmueble denominado “cuartel Wittekind”, de una superficie de casi 24 hectáreas, sito en Wildeshausen (Alemania), y, en enero de 2007, abrió una licitación para ceder lo antes posible el citado inmueble en el estado en que se hallaba. Hay que advertir que los proyectos de los licitadores debían presentarse, en presencia de la Bundesanstalt, al Ayuntamiento de Wildeshausen, que los discutió con aquellos.

El 9 de enero de 2007, Helmut Müller presentó una oferta por 400.000 euros, que elevó hasta el millón de euros el 15 de enero de 2007. Otra empresa inmobiliaria, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (en lo sucesivo, “GSSI”), por aquel entonces en proceso de constitución, presentó una oferta por 2,5 millones de euros.

La Bundesanstalt valoró el proyecto de Helmut Müller así como el de GSSI y prefirió el proyecto de esta última por motivos urbanísticos, al considerar que potenciaba el atractivo del municipio de Wildeshausen, y así se lo hizo saber a esta. Se acordó entonces ceder únicamente el bien una vez que el Pleno municipal de Wildeshausen hubiese aprobado el proyecto. La Bundesanstalt afirmó que se remitía a la decisión del Ayuntamiento de Wildeshausen.

El Pleno municipal de Wildeshausen se pronunció en favor del proyecto de GSSI y el 24 de mayo de 2007 decidió, en particular, lo siguiente:

“El Pleno municipal de Wildeshausen está dispuesto a estudiar el proyecto presentado por el Sr. R. [gerente de GSSI] y a iniciar el procedimiento para aprobar el correspondiente plan urbanístico [...].

“La Ley no otorga derecho alguno a que se obtenga la aprobación de un plan urbanístico (vinculado, en su caso, a un proyecto).

“La Ley prohíbe que [el Ayuntamiento de Wildeshausen] asuma compromisos vinculantes sobre edificabilidad o que comprometa su facultad de apreciación (delimitada, por otra parte, jurídicamente) antes de que concluya el procedimiento ordinario de planeamiento urbanístico.

“Así pues, las decisiones precedentes no vinculan de ningún modo la planificación urbanística del [municipio de Wildeshausen].

“El promotor y las demás personas interesadas en el proyecto asumirán, entre otros riesgos, los relativos a los gastos de planificación.”

Mediante contrato celebrado el 6 de junio de 2007 ante notario, la Bundesanstalt, de acuerdo con el Ayuntamiento de Wildeshausen, vendió el cuartel Wittekind a GSSI. El 7 de junio de 2007 informó de ello a Helmut Müller. En enero de 2008, se inscribió a GSSI en el Registro de la Propiedad como propietaria de dicho inmueble. Mediante contrato celebrado el 15 de mayo de 2008 ante notario, la Bundesanstalt y GSSI ratificaron el contrato de compraventa de 6 de junio de 2007.

Helmut Müller presentó un recurso ante la Vergabekammer (órgano competente en primera instancia en materia de contratación pública), en el que afirmaba que no había tenido lugar el procedimiento de adjudicación legalmente previsto, pese a que la venta de dicho cuartel estaba sujeta a la normativa sobre contratación pública.

Helmut Müller apeló frente a una primera resolución de inadmisión del recurso, presentado en vía administrativa ante el Oberlandesgericht Düsseldorf, alegando que, a la vista de las circunstancias, procedía considerar que GSSI iba a obtener un contrato de obras en forma de concesión de obras. A juicio de Helmut Müller, se habían tomado las decisiones pertinentes concertadamente entre la Bundesanstalt y el Ayuntamiento de Wildeshausen.

El Oberlandesgericht Düsseldorf es favorable a la estimación de dicha alegación y manifiesta que ya se ha pronunciado en este mismo sentido en otros litigios de que ha conocido y, en particular, en su sentencia de 13 de junio de 2007, relativa al terreno de aviación de Ahlhorn (Alemania). Sin embargo, no existe unanimidad respecto a su interpretación, pues la postura dominante en la justicia alemana va en otro sentido. Además, de conformidad con la resolución de remisión, el Gobierno federal alemán estaba a punto de modificar la legislación alemana en materia de contratación pública en el sentido opuesto a la postura preconizada por dicho órgano judicial.

En estas circunstancias, el Oberlandesgericht Düsseldorf decidió suspender el procedimiento, y plantear al Tribunal de

Justicia cuestiones prejudiciales relativas a si la venta producida en las indicadas condiciones podía calificarse como un contrato de concesión de obra pública.

Fundamentos de Derecho

Sobre las cuestiones primera y segunda

El TJUE sintetiza las dos primeras cuestiones prejudiciales del siguiente modo: “(...) si el concepto de ‘contrato público de obras’, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, exige que las obras objeto del contrato se ejecuten material o físicamente por el poder adjudicador y le reporten un beneficio económico directo o si basta con que tales obras satisfagan un determinado fin público, como el desarrollo urbanístico de una zona municipal.”

La cuestión formulada por el órgano jurisdiccional remitente no contempla la relación de vendedor a comprador, sino más bien las relaciones entre el Ayuntamiento de Wildeshausen y GSSI, a saber, entre el poder público urbanísticamente competente y el comprador del cuartel Wittekind. Dicho órgano jurisdiccional desea saber si estas relaciones pueden constituir un contrato público de obras en el sentido de la Directiva.

Para responder a estos extremos el TJUE establece el carácter necesariamente oneroso de los contratos públicos: el poder adjudicador debe recibir una prestación que debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador, a cambio de una contraprestación, aunque esa prestación no revista necesariamente la forma de adquisición de un objeto material o físico.

A partir de esta premisa concluye lo siguiente:

“La cuestión que se plantea es si se cumplen tales requisitos cuando las obras previstas pretenden satisfacer un fin público de interés general cuyo respeto le corresponde garantizar al poder adjudicador, como el desarrollo o la coherencia urbanística de una zona municipal.

“En los Estados miembros de la Unión Europea, la ejecución de obras de construcción, al menos cuando éstas son de una cierta envergadura, exige normalmente la autorización previa por parte del poder público competente en materia de urbanismo. Este poder está llamado a valorar, en ejercicio de sus competencias normativas, si la ejecución de las obras se adecua al interés público.

“Pues bien, el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18.

“En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que el concepto de ‘contrato público de obras’, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, no exige que las obras objeto del contrato

se realicen material o físicamente por el poder adjudicador, siempre que dichas obras le reporten un beneficio económico directo. El ejercicio por este último de competencias normativas en materia urbanística no basta para cumplir este último requisito.”

Sobre las cuestiones tercera y cuarta

El TJUE sintetiza las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta del siguiente modo: “(...) si el concepto de ‘contrato público de obras’, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, exige que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente.”

El TJUE reitera que los contratos públicos son contratos onerosos, y este concepto “(...) descansa en la idea de que el adjudicatario se compromete a realizar la prestación objeto del contrato a cambio de una contrapartida. Al celebrar un contrato público de obras, el adjudicatario se obliga, pues, a ejecutar, o hacer ejecutar, las obras que constituyen su objeto” y “(...) Al ser las obligaciones dimanantes del contrato jurídicamente vinculantes, su ejecución debe ser exigible judicialmente.”

En consecuencia, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales planteadas en el sentido de que: “(...) el concepto de ‘contrato público de obras’, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, requiere que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente de conformidad con las modalidades previstas por el Derecho interno.”

Sobre las cuestiones quinta y sexta

El TJUE sintetiza las cuestiones prejudiciales quinta y sexta del siguiente modo: “(...) si ‘las necesidades especificadas por el poder adjudicador’, en el sentido de la tercera modalidad enunciada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, pueden consistir, bien en que el poder adjudicador ejerza la competencia de garantizar que la obra que haya de realizarse responda a un interés público, bien en el ejercicio de la competencia atribuida al poder adjudicador de comprobar y aprobar planes de construcción.”

EL TJUE señala que estas cuestiones tienen su origen en el hecho de que, en el asunto principal, el poder adjudicador presunto, a saber, el Ayuntamiento de Wildeshausen, no aprobó una relación de las necesidades que justificaban la realización de una obra en los terrenos del cuartel Wittekind; se limitó a decidir que estaba dispuesto a estudiar el proyecto presentado por GSSI y a iniciar un procedimiento de aprobación del correspondiente Plan urbanístico.

La respuesta del TJUE señala que, en la tercera modalidad enunciada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, se establece que los contratos públicos de obras tienen por objeto la realización de una “obra que

responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador”. Y el Tribunal concluye que: “(...) para que se pueda admitir que el poder adjudicador ha especificado sus necesidades en el sentido de dicha disposición, es preciso que este último haya adoptado medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto. El mero hecho de que un poder público, en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística, estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o adopte una decisión en el ejercicio de competencias en esta materia no cumple con la exigencia relativa a las ‘necesidades especificadas por el poder adjudicador’, en el sentido de dicha disposición.”

Por tanto, procede a responder a las cuestiones quinta y sexta en el sentido de que: “(...) las ‘necesidades especificadas por el poder adjudicador’, en el sentido de la tercera modalidad enunciada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, no pueden consistir en el mero hecho de que un poder público estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o en que adopte una decisión en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística.”

Sobre la cuestión séptima

El TJUE sintetiza la cuestión prejudicial séptima del siguiente modo: “(...) si debe entenderse que no existe una concesión de obras públicas, en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18, cuando el único operador al que puede atribuirse la concesión ya es propietario del solar en el que se va a edificar o cuando la concesión se otorgue sin limitación de plazos.”

En este punto el tribunal plantea una cuestión clave: que las facultades inherentes a la propiedad de un inmueble son incompatibles con el hecho que un poder adjudicador atribuya al propietario mediante un contrato de concesión de obra pública la explotación del inmueble de su propiedad. Señala en este sentido lo siguiente:

“Para que un poder adjudicador pueda transferir a su cocontratante el derecho a explotar una obra en el sentido de dicha disposición, es preciso que este poder adjudicador pueda disponer de su explotación. Normalmente, esto no ocurre cuando el derecho de explotación deriva únicamente del derecho de propiedad del operador afectado.

“En efecto, el propietario de un terreno tiene derecho a explotarlo respetando la normativa aplicable. Mientras un operador disfrute del derecho a explotar el terreno del que es propietario, queda excluida, en principio, cualquier posible concesión de dicha explotación por parte de los poderes públicos.”

De manera inmediata se plantea la alegación de la Comisión Europea que indica que puede existir el riesgo propio de una concesión, y que dicho riesgo puede residir en la incertidumbre del empresario acerca de si el servicio urbanístico del correspondiente ente aprobará o no sus planes.

El TJUE rebate ese argumento y establece que:

“(…) la esencia de la concesión reside en el hecho de que el propio concesionario soporta el riesgo económico principal o, cuando menos, sustancial, de explotación (véase, en este sentido, en relación con las concesiones de servicios públicos, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, C-206/08, Rec. p-I 0000, apartados 59 y 77). En una situación como la aludida por la Comisión, el riesgo está relacionado con las competencias normativas del poder adjudicador en materia urbanística y no con la relación contractual dimanante de la concesión. En consecuencia, el riesgo no está relacionado con la explotación.”

El TJUE niega la posibilidad de concesiones ilimitadas en el tiempo: “(…) En cualquier caso, en cuanto a la duración de las concesiones, motivos serios, entre los cuales figura, en particular, el mantenimiento de la competencia, llevan a considerar que el otorgamiento de concesiones ilimitadas en el tiempo es contrario al orden jurídico de la Unión, como ha señalado el Sr. Abogado General en los puntos 96 y 97 de sus conclusiones [véase, en el mismo sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008 (TJCE 2008, 132), pres-text Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 73].”

En consecuencia, el TJUE responde a la séptima cuestión que, en las circunstancias del asunto principal, “(…) no puede existir una concesión de obras públicas, en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18, cuando el único operador al que puede atribuirse la concesión ya es propietario del solar en el que se va a edificar o cuando la concesión se otorga sin limitación de plazos.”

Sobre las cuestiones octava y novena

El TJUE sintetiza las cuestiones prejudiciales octava y novena del siguiente modo: “(…) si las disposiciones de la Directiva 2004/18, son aplicables cuando un poder público vende un terreno a una empresa al tiempo que otro poder público pretende adjudicar un contrato de obras en ese terreno pese a

no haber decidido aún formalmente otorgar dicho contrato. La novena cuestión versa sobre la posibilidad de considerar como una unidad, desde el punto de vista jurídico, la venta del terreno y la posterior adjudicación en éste de un contrato de obras.”

Es importante la advertencia que realiza el TJUE: “(…) A este respecto, conviene no excluir de entrada la aplicación de la Directiva 2004/18, a un procedimiento de adjudicación en dos fases, caracterizado por la venta de un terreno sobre el que recaerá posteriormente un contrato de obras, considerando estas operaciones como una unidad.”

Sin embargo, en el caso planteado el TJUE es taxativo: “(…) las circunstancias del asunto principal no confirman la existencia de los presupuestos de semejante aplicación de la citada Directiva.”

El razonamiento es:

“(…) las partes en el asunto principal no han contraído obligaciones jurídicamente vinculantes. En primer lugar, el Ayuntamiento de Wildeshausen y GSSI no han suscrito obligaciones de dicha naturaleza. GSSI no se ha comprometido tampoco a realizar el proyecto de valorización del terreno comprado. Por último, los contratos de compraventa ante notario no contienen indicio alguno de una próxima adjudicación de un contrato público de obras.

“Las intenciones que los documentos obrantes en autos ponen de manifiesto no constituyen obligaciones vinculantes ni pueden cumplir en ningún caso el requisito de contrato escrito exigido por el propio concepto de contrato público previsto en el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18.”

El TJUE responde a las cuestiones octava y novena que: “(…) en circunstancias como las del asunto principal, no son aplicables las disposiciones de la Directiva 2004/18 cuando un poder público vende un terreno a una empresa al tiempo que otro poder público pretende adjudicar un contrato de obras en ese terreno pese a no haber decidido aún formalmente otorgar dicho contrato.”

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Régimen jurídico y procedimiento administrativo común

Tribunal Supremo. La fecha en que se dicta el acto de iniciación de un expediente sancionador, inicia el cómputo del plazo de caducidad del expediente sancionador, porque su contenido no exige la demora de su eficacia, ni está supeditado a la notificación

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación núm. 4709/2005

Fecha: Sentencia de 3 de febrero de 2010

Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

Demandante: Compañía mercantil