Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
Presentadas el 11 de abril de 2013 [1]

Asunto C-576/10

Comisión Europea
contra

Reino de los Países Bajos

«Incumplimiento de Estado — Directiva 2004/18/CE — Aplicación en el tiempo — Concesión de obras públicas — Principios de adjudicación de contratos — Contrato oneroso — Beneficio económico directo — Concesión por tiempo indefinido — Propiedad de la obra — Ayuntamiento de Eindhoven»

I. Introducción: marco fáctico y procesal

A. *Breve recordatorio de los hechos*

1. Mediante el presente recurso por incumplimiento, la Comisión Europea reprocha al Reino de los Países Bajos haber infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública al haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2 y del título III 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 [2] al adjudicar una supuesta concesión de obras públicas por parte del Ayuntamiento de Eindhoven.

2. El origen del litigio está en un acuerdo del Ayuntamiento de Eindhoven (en lo sucesivo, «Ayuntamiento») de 7 de agosto de 2001 para realizar en su término municipal un proyecto inmobiliario en un espacio situado entre el prexistente centro de Doornakkers y el nuevo barrio residencial de Tongelresche Akkers. [3] El objetivo del Ayuntamiento era reordenar dicho espacio (en lo sucesivo, «centro Doornakkers»), del que era propietario, en particular, permitiendo a los habitantes de ambos barrios acceder a ciertos servicios sociales y culturales, a saber, un centro médico, un centro lúdico, de integración y estudios (en lo sucesivo, «SPILcentrum»), y un centro comercial con apartamentos y viviendas.

3. El 12 de septiembre de 2001, el consistorio municipal aprobó los planes urbanísticos diseñados por los servicios municipales y referidos al proyecto del centro Doornakkers (anexo 2 al escrito de contestación a la demanda). Estos planes definen en forma de esquema las directrices de la ordenación del barrio y prevén la dotación de infraestructuras y equipamientos con vistas a unir el

1 — Lengua original: francés

2 — DO L 134, p. 114.

3 — Véase la memoria de los servicios internos municipales de 26 de julio de 2001, aprobada por el consistorio municipal el 7 de agosto de 2001 (anexo 1 al escrito de contestación a la demanda).

preexistente centro de Doornakkers con el nuevo barrio residencial de Tongelresche Akkers. El primero iba a incluir un centro de salud, espacios comerciales y apartamentos. El segundo acogería infraestructuras para actividades de ocio y esparcimiento, equipadas, en particular, con instalaciones deportivas.

4. El 11 de abril de 2002, los servicios municipales redactaron una memoria titulada «Elección de un promotor para el centro de proximidad de Doornakkers».[4] En dicha memoria, se informaba al consistorio municipal de los criterios que debían seguirse en la elección del adquirente de los terrenos sobre los cuales se llevaría a cabo el proyecto del centro Doornakkers. En la citada memoria también se precisaba que el contrato de venta de parcelas propuesto al posible contratista debería cumplir «los requisitos-marco y las directrices fijadas por el Ayuntamiento, es decir, el pliego de condiciones», y que debería «ajustarse a los […] deseos de los compradores/usuarios finales».[5]

5. Estos requisitos-marco y directrices precisan, por su parte, en particular, los usos y las alturas de los edificios con arreglo al plan urbanístico. Prevén la construcción de apartamentos y viviendas, la ampliación del centro de salud existente, una zona que enlace los dos barrios principales, una buena accesibilidad, un aparcamiento subterráneo ajustado a las normas municipales en materia de aparcamiento, la conservación de zonas verdes protegidas, y la creación de una plaza y de un nuevo parque para el barrio.

6. Según lo dispuesto en la memoria titulada «Elección de un promotor para el centro de proximidad de Doornakkers», se proponía convocar a una reunión a las sociedades Hurks y Haagdijk BV, posibles promotores del proyecto. Mediante acuerdo de 23 de abril de 2002, el consistorio municipal decidió seguir las recomendaciones de esa memoria.

7. Así fue como, a mediados de mayo de 2002, el Ayuntamiento convocó telefónicamente a Hurks y Haagdijk BV a una reunión fijada para el 11 de junio de 2002.

8. Durante aquella reunión se discutieron principalmente los requisitos-marco y directrices mencionados, así como un documento titulado «Información a la atención de los candidatos-promotores que participen en un proceso de selección».

9. El 15 de julio de 2003, el Ayuntamiento eligió finalmente a Hurks como posible parte contratante del contrato de venta de las parcelas afectadas.[6]

10. De julio de 2003 a octubre de 2005, Hurks definió sus planes de construcción por medio de un plan rector elaborado con la ayuda de un estudio de arquitectura. Dicho plan rector incluía numerosos croquis en los que se detallaban las dimensiones, la implantación y el ámbito de influencia de las construcciones que debían levantarse según los requisitos-marco y las directrices marcados por el Ayuntamiento. Fue terminado el 26 de octubre de 2005 y aprobado por el Ayuntamiento el 14 de febrero de 2006.

11. El Ayuntamiento y Hurks formalizaron un «contrato de cooperación», firmado por Hurks el 12 de junio de 2007 y por el Ayuntamiento el 16 de julio de 2007, con vistas a la realización de este plan.

12. El 13 de febrero de 2007, paralelamente a dichas negociaciones, el Ayuntamiento eligió a Woonbedrijf como propietaria del SPILcentrum. El 15 de abril de 2008, el Ayuntamiento y Woonbedrijf firmaron un contrato de cooperación.

4 — Véase el anexo 3 al escrito de contestación a la demanda.

5 — Véase la memoria de los servicios internos municipales de 11 de abril de 2002, aprobada por el consistorio municipal el 23 de abril de 2002 (anexo 3 al escrito de contestación a la demanda, p. 5).

6 — Véase el anexo 5 al escrito de contestación a la demanda.

B. *Procedimiento administrativo previo*

13. El 2 de julio de 2008, a raíz de una denuncia relativa a una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública supuestamente cometida por el Ayuntamiento con ocasión del proyecto del centro Doornakkers, la Comisión dirigió al Gobierno neerlandés un escrito solicitándole determinada información en relación con dicho centro. El Gobierno neerlandés respondió al mismo mediante escrito de 19 de diciembre de 2008.

14. Al considerar insuficiente la respuesta obtenida, el 24 de febrero de 2009 la Comisión remitió al Gobierno neerlandés, un escrito de requerimiento basado en la infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública y, especialmente, de la Directiva 2004/18. El Gobierno neerlandés dio respuesta al mismo mediante escrito de 30 de junio de 2009. Al no haber satisfecho a la Comisión las respuestas dadas por el Gobierno neerlandés, aquélla emitió un dictamen motivado con fecha 9 de octubre de 2009.

15. Dado que el Gobierno neerlandés no modificó su postura en el plazo conferido al efecto en el dictamen motivado, la Comisión incoó el presente procedimiento.

II. Marco jurídico

16. El artículo 1, apartados 2 y 3, de la Directiva 2004/18 establece lo siguiente:

«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.»

17. El artículo 2 enuncia los principios de adjudicación de contratos, según los cuales, «los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia».

18. El artículo 16 precisa, por su parte, que la Directiva «no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: a) cuyo objeto sea la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes […]».

19. Por último, el título III de la Directiva 2004/18 contiene las normas específicamente aplicables al ámbito de las concesiones de obras públicas.

III. Análisis

A. *Problemas jurídicos que han de examinarse*

20. Antes de examinar el fondo del litigio, el Tribunal de Justicia deberá abordar las tres alegaciones del Gobierno neerlandés en relación con la admisibilidad del recurso:

— la utilización por parte de la Comisión de documentación que recibió o conoció después de la emisión del dictamen motivado;

— la ampliación, en la demanda de la Comisión, del objeto del litigio;

— la aplicación *ratione temporis* de la Directiva 2004/18.

21. Según la Comisión, cuyo análisis comparto, esta última alegación se refiere al fondo y no a la admisibilidad del recurso. Por lo tanto, examinaré, en primer lugar, las dos cuestiones que se refieren a la admisibilidad del litigio para abordar, a continuación, la de la aplicación en el tiempo de la Directiva 2004/18, así como las demás cuestiones de fondo.

22. En cuanto al fondo, las partes discrepan principalmente en relación con el concepto «concesión de obras públicas», en el sentido de la Directiva 2004/18. Para el Gobierno neerlandés, la Comisión no demuestra la existencia de un contrato público de obras ni tampoco, con mayor motivo, la de una concesión de obras públicas.

B. *Sobre la admisibilidad*

23. La regularidad del procedimiento administrativo previo constituye, según una reiterada jurisprudencia, una garantía esencial querida por el Tratado FUE, no sólo para la protección de los derechos del Estado miembro de que se trate, sino también para garantizar que el posible procedimiento contencioso tenga por objeto un litigio claramente definido.[7]

24. A este respecto, procede recordar que, «según jurisprudencia reiterada, el escrito de requerimiento que la Comisión dirige al Estado miembro, y, posteriormente, el dictamen motivado emitido por aquélla delimitan el objeto del litigio que, en consecuencia, ya no puede ser ampliado. En efecto, la posibilidad de que el Estado miembro afectado presente sus observaciones, aun cuando considere que no tiene el deber de hacer uso de ella, constituye una garantía esencial querida por el Tratado y su observancia es un requisito sustancial de forma para la conformidad a Derecho del procedimiento por el que se declara un incumplimiento de un Estado miembro. *Por consiguiente, el dictamen motivado y el recurso de la Comisión deben basarse en las mismas imputaciones que el escrito de requerimiento que inicia el procedimiento administrativo previo*».[8]

1. Documentación controvertida

25. El Gobierno neerlandés estima que la Comisión pretende demostrar el incumplimiento imputado basándose en una documentación que el mismo Gobierno le remitió o que aquélla aportó después de la emisión del dictamen motivado. El Gobierno neerlandés estima que, al no haber tenido la posibilidad de expresarse en relación con dicha documentación durante el procedimiento administrativo previo, la Comisión conculcó su derecho de defensa.

7 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia (C-365/97, Rec. p. I-7773), apartado 35; de 10 de abril de 2003, Comisión/Portugal (C-392/99, Rec. p. I-3373), apartado 133, y de 6 de septiembre de 2012, Comisión/Portugal (C-38/10), apartado 16.

8 — Sentencia de 14 de octubre de 2010, Comisión/Austria (C-535/07, Rec. p. I-9483), apartado 41. El subrayado es mío.

a) ¿Cuáles son los documentos controvertidos?

26. Como ya se ha señalado, el escrito de requerimiento data de 24 de febrero de 2009. El Gobierno neerlandés respondió al mismo el 30 de junio de 2009. El 9 de octubre de 2009, la Comisión notificó su dictamen motivado.

27. No obstante, mediante escrito de 12 de mayo de 2010, la Comisión dirigió una nueva solicitud de información al Reino de los Países Bajos. El Gobierno neerlandés respondió a dicha solicitud remitiendo una serie de documentos el 11 de junio de 2010. En su respuesta, el Ministerio de Asuntos Exteriores puntualizó que la Comisión no podía utilizar tales informaciones en el marco del presente procedimiento.

28. Sin embargo, uno de estos documentos fue utilizado por la Comisión, al igual que otros tres documentos que ésta obtuvo por sus propios medios con posterioridad al envío del dictamen motivado y respecto de los cuales afirma que están disponibles «para el público». Estos cuatro documentos controvertidos son los siguientes, respectivamente:

— el contrato de cooperación entre Woonbedrijf –que llegará a ser propietaria del SPILcentrum– y el Ayuntamiento de 15 de abril de 2008 (anexo 5 al escrito de demanda);

— un escrito informativo de la junta de gobierno municipal de 18 de marzo de 2008 (anexo 18 al escrito de demanda);

— un reglamento del Ministerio de Vivienda, de las Comunidades e Integración, de 6 de octubre de 2009, titulado «Régimen temporal de fomento de proyectos de construcción de viviendas 2009» y publicado en el *Staatscourant* el 12 de octubre de 2009 (anexo 19 al escrito de demanda);

— un comunicado extraído de la página web del Ministerio de Vivienda, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, fechado el 14 de diciembre de 2009 (anexo 20 al escrito de demanda).

b) ¿Cuál es la incidencia de la utilización de esta documentación por parte de Comisión en la validez del procedimiento?

29. Como he recordado en el apartado 24 de las presentes conclusiones, el dictamen motivado y el recurso de la Comisión han de basarse en las mismas imputaciones que las del escrito de requerimiento que da inicio al procedimiento administrativo previo.

30. Así, «la Comisión no puede pretender que se declare un incumplimiento específico […] que se refiera a una situación fáctica determinada que no se haya mencionado en el procedimiento administrativo previo».[9] En efecto, toda imputación específica debe alegarse necesariamente en la fase administrativa previa con objeto de que el Estado miembro afectado pueda subsanar la situación concreta que ha sido denunciada o formular adecuadamente las alegaciones que en su defensa estime pertinentes, dado que una defensa de este tipo puede llevar a que la Comisión retire tal imputación o puede contribuir a delimitar el objeto del litigio del que posteriormente conocerá el Tribunal de Justicia.[10]

9 — Sentencia de 26 de abril de 2005, Comisión/Irlanda (C-494/01, Rec. p. I-3331), apartado 36.

10 — No comparto la opinión del Gobierno neerlandés, según la cual la hipótesis contemplada por el Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Irlanda, antes citado, se circunscribe únicamente al caso de un «incumplimiento de carácter general» que sólo se refiere a una «actitud de tolerancia sistemática y constante». Al contrario, en ese mismo asunto, lo que la Comisión quería demostrar con detalle, presentando datos adicionales, era precisamente «el carácter general y continuado del incumplimiento alegado». Véase la sentencia, antes citada, apartado 37.

31. Sin embargo, hay que señalar que, en el caso de autos, los documentos aportados por la Comisión y cuyo uso pone en tela de juicio el Gobierno neerlandés, se refieren exclusivamente a la situación fáctica que es objeto del procedimiento administrativo previo. No van dirigidos a fundamentar una nueva imputación, sino, únicamente, a ilustrar la imputación formulada en el marco de dicho procedimiento.

32. Más concretamente, he de señalar que los dos primeros documentos datan de los meses de marzo y de abril de 2008 y son, por tanto, anteriores al escrito de requerimiento. Presentan una relación evidente con la situación fáctica descrita en éste y no era posible, por su propia naturaleza, que las autoridades neerlandesas los desconocieran.

33. El primero es el contrato de cooperación firmado entre Woonbedrijf y el Ayuntamiento el 15 de abril de 2008. Pues bien, Woonbedrijf ya había sido elegida por el Ayuntamiento como propietaria del SPILcentrum el 13 de febrero de 2007. Además, cuando el Ayuntamiento decidió, el 14 de febrero de 2006, aprobar el proyecto maestro propuesto por Hurks, aclara en su acuerdo que dicho plan fue preparado por una célula de proyecto en la que estaban representados, entre otros, el Ayuntamiento y Woonbedrijf. El Gobierno neerlandés no podía, por tanto, ignorar que las relaciones establecidas entre Woonbedrijf y el Ayuntamiento formaban parte del litigio.

34. El segundo es un escrito informativo de las autoridades municipales relativo a la construcción de viviendas puesta en marcha por el Ayuntamiento durante el período 2005-2010. En el mismo se menciona expresa y repetidamente el proyecto relativo al barrio de Tongelresche Akkers y al centro Doornakkers. Como ocurre con el contrato de cooperación entre Woonbedrijf y el Ayuntamiento, el Gobierno neerlandés no podía ignorar la posible incidencia de dicho documento en el litigio en la medida en que el Ayuntamiento vinculaba directamente la construcción de viviendas a la obtención de subvenciones estatales y en que el centro Doornakkers estaba implicado en esta dinámica.

35. En cuanto a los dos otros documentos, he de observar que se trata de documentos públicos, uno de los de los cuales es un reglamento administrativo publicado en el *Staatscourant* y el otro una nota informativa publicada en sitio de Internet de una autoridad pública. El primero regula los requisitos de obtención de las ayudas al programa de construcción de viviendas y el segundo es una nota de información general relativa a éste.

36. Por consiguiente, se trata de documentos que simplemente permiten comprender los hechos pero que no fundamentan una nueva imputación. Al contrario, ilustran únicamente la imputación formulada en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado.

37. Por último, debe recordarse que si bien, como es natural, la Comisión ha de respetar el derecho de defensa del Gobierno neerlandés, éste, en virtud del deber de cooperación leal que le corresponde, conforme al artículo 4 TUE, apartado 3, debe facilitar el cumplimiento de la misión de la Comisión. «Por lo que se refiere a la comprobación de la correcta aplicación en la práctica de las disposiciones nacionales destinadas a garantizar la ejecución efectiva de la Directiva, la Comisión, que […] no dispone de facultades propias de investigación en la materia, depende [por consiguiente] en gran medida de los elementos proporcionados por eventuales denunciantes así como por el Estado miembro afectado […]. En estas circunstancias, las comprobaciones necesarias que hayan de realizarse sobre el terreno incumben, en primer lugar, a las autoridades nacionales, y ello con un espíritu de cooperación leal, con arreglo al deber de cada Estado miembro, a que se ha hecho referencia en el apartado 42 de la presente sentencia, de facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión general […]».[11]

11 — Sentencia Comisión/Irlanda, antes citada, apartados 42 a 45.

38. Estimo, por tanto, que no puede declararse inadmisible el recurso de la Comisión por el hecho de que ésta haya utilizado los documentos mencionados.

2. Imputación nueva y ampliación del objeto del litigio

39. Además, el Gobierno neerlandés reprocha a la Comisión haber afirmado por vez primera en su escrito de demanda que el Ayuntamiento recibía una «prestación», con el fin de demostrar que se trataba de un contrato a título oneroso, mientras que, en el procedimiento administrativo previo, la Comisión sólo se atuvo a la existencia de una «contrapartida» proporcionada por el Ayuntamiento a Hurks. Considera que se trata de una nueva imputación, basada en una prestación supuestamente recibida por el Ayuntamiento, que amplía el objeto del litigio.

40. Sobre esta cuestión, el Tribunal de Justicia precisó en su sentencia Comisión/Portugal [12] que el hecho de que «la Comisión haya detallado en su recurso las alegaciones, ya formuladas de manera más general en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado, que justifican su conclusión sobre el incumplimiento imputado, simplemente ahondando en las razones por las que considera que este régimen es incompatible con la libre prestación de servicios, no ha modificado el objeto de dicho incumplimiento ni tiene ninguna influencia en el alcance del litigio».

41. No suscribo la opinión del Gobierno neerlandés, para quien esta enseñanza no es aplicable al caso de autos. Tanto en el escrito de requerimiento como en el dictamen motivado, la Comisión reprocha al Reino de los Países Bajos haber infringido las normas de la Unión relativas a los contratos públicos y, más precisamente, la Directiva 2004/18. De entrada, la Comisión consideró que el contrato celebrado entre el Ayuntamiento y Hurks era una concesión de obras públicas en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18, que requiere un contrato oneroso. La Comisión analizó expresamente este requisito en su dictamen motivado (pp. 7 a 9).

42. En su escrito de demanda, [13] la Comisión no introduce ninguna imputación nueva. Actualiza su argumentación incorporando a la misma los recientes cambios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el concepto de «contrato oneroso», que requiere, según ella, una prestación del adjudicador que suponga un «beneficio económico directo» para el poder adjudicador. [14] Considero que, con ello, la Comisión no hace sino detallar los argumentos que avalan la conclusión a la que llega en relación con el incumplimiento alegado, que ya había dado a conocer, de manera más general, en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado. [15]

43. En consecuencia, estimo que procede declarar la admisibilidad del recurso de la Comisión.

C. *Aplicabilidad ratione temporis de la Directiva 2004/18*

44. Con carácter previo, como ya he señalado, considero que esta cuestión no atañe a la admisibilidad del recurso sino al fondo del litigio. [16]

12 — Sentencia de 18 noviembre de 2010 (C-458/08, Rec. p. I-11599), apartado 47 y jurisprudencia citada.

13 — Véanse los puntos 156 a 160.

14 — Sentencia de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller (C-451/08, Rec. p. I-2673).

15 — A propósito de la invocación por parte de la Comisión, en su escrito de demanda, de una jurisprudencia no citada en el procedimiento administrativo previo a un recurso por incumplimiento, el Tribunal de Justicia consideró que, «al referirse en su recurso a las sentencias sobre Cielos abiertos, antes citadas, la Comisión simplemente pretendió tener en cuenta la jurisprudencia más reciente relativa a los principios por los que se rige la competencia externa exclusiva de la Comunidad, sin ampliar, modificar, ni restringir siquiera el objeto del litigio, tal y como se define en el dictamen motivado». Sentencia de 14 de julio de 2005, Comisión/Alemania (C-433/03, Rec. p. I-6985), apartado 29.

16 — Véase, en ese sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-337/98, Rec. p. I-8377).

45. Según el artículo 80 de la Directiva 2004/18, el Derecho interno debía adaptarse a la misma a más tardar el 31 de enero de 2006.

46. A juicio de la Comisión, las negociaciones no empezaron, en realidad, hasta después de la adopción del proyecto maestro, el 14 de febrero de 2006, esto es, posteriormente a la entrada en vigor de la Directiva 2004/18. El Gobierno neerlandés estima, por el contrario, que lo que determina la Directiva aplicable es el acuerdo del Ayuntamiento de 23 de abril de 2002, pues es en ese momento cuando el Ayuntamiento decide no seguir el procedimiento de licitación europeo, sino elegir únicamente a dos candidatos. En cuanto a la decisión de seguir adelante con Hurks se tomó, de hecho, el 15 de julio de 2003.

47. Éstas son, por lo tanto, las fechas-clave:

— 7 de agosto de 2001: acuerdo del Ayuntamiento de Eindhoven de realizar en su territorio un proyecto inmobiliario en el espacio situado entre el preexistente centro de Doornakkers y el nuevo barrio residencial de Tongelresche Akkers;[17]

— 12 de septiembre de 2001: aprobación por el consistorio municipal de los planes urbanísticos referidos al proyecto del centro Doornakkers y diseñados por el Ayuntamiento.[18] Estos planes definen en forma de esquema las directrices de ordenación del barrio. Prevén asimismo la dotación de infraestructuras y equipamientos con vistas a unir el actual centro de Doornakkers con el nuevo barrio residencial de Tongelresche Akkers. El primero incluiría un centro de salud, espacios comerciales y apartamentos. El segundo acogería infraestructuras para actividades de ocio y esparcimiento, equipadas, en particular, con instalaciones deportivas;

— 11 de abril de 2002: memoria titulada «Elección de un promotor para el centro de proximidad de Doornakkers».[19] En esta memoria, redactada por los servicios internos municipales, se informa al consistorio municipal de los criterios que debían aplicarse en la elección del adquirente de los terrenos sobre los cuales se llevaría a cabo el proyecto del centro Doornakkers. En la citada memoria también se precisa que el contrato de venta de parcelas propuesto al posible contratista deberá cumplir «los requisitos-marco y directrices fijadas por el Ayuntamiento, es decir, el pliego de condiciones», y que debería «ajustarse a los […] deseos de los compradores/usuarios finales».[20] Estos requisitos-marco y directrices precisan, por su parte, en particular, los usos y las alturas de los edificios con arreglo al plan urbanístico. Prevén la construcción de apartamentos y viviendas, la ampliación del centro de salud existente, una zona que enlace los dos barrios principales, una buena accesibilidad, un aparcamiento subterráneo ajustado a las normas municipales en materia de aparcamiento, la conservación de zonas verdes protegidas, y la creación de una plaza y de un nuevo parque para el barrio. Se sugiere seleccionar a dos sociedades, Hurks y Haagdijk;

— 23 de abril de 2002: el consistorio municipal decide seguir las recomendaciones contenidas en la memoria de 11 de abril de 2002;

— 11 de junio de 2002: reunión entre el Ayuntamiento y los dos promotores que podían llevar a cabo el proyecto. Durante esa reunión se discuten los requisitos-marco y directrices mencionados, así como un documento titulado «Información a la atención de los candidatos-promotores que participen en un proceso de selección»;[21]

17 — Véase la memoria de los servicios internos municipales de 26 de julio de 2001, aprobada por el consistorio municipal el 7 de agosto de 2001 (anexo 1 al escrito de contestación a la demanda).

18 — Véase el anexo 2 al escrito de contestación a la demanda.

19 — Véase el anexo 4 al escrito de contestación a la demanda.

20 — Véase la memoria de los servicios internos municipales de 11 de abril de 2002, aprobada por el consistorio municipal el 23 de abril de 2002 (anexo 4 al escrito de contestación a la demanda, p. 5).

21 — Véase el anexo 4 al escrito de contestación a la demanda.

— 15 de julio de 2003: el Ayuntamiento elige a Hurks como contratista para llevar a cabo el proyecto; [22]

— de julio de 2003 a octubre de 2005, elaboración por parte de Hurks (con la ayuda de un estudio de arquitectura) de un plan rector en el que precisa sus planes de construcción. Dicho plan rector incluye numerosos croquis en los que se detallan las dimensiones, la implantación y el área de influencia de las construcciones que debían realizarse según los requisitos-marco y directrices del Ayuntamiento;

— 31 de enero de 2006: fecha límite para la transposición de la Directiva 2004/18;

— 14 de febrero de 2006: el Ayuntamiento aprueba el plan rector trazado por Hurks;

— 12 de junio y 16 de julio de 2007: firmas del «contrato de cooperación».

1. Principio y excepción

48. Cada una de las partes se basa en las sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia en los asuntos Comisión/Francia [23] y pressetext Nachrichtenagentur. [24]

49. En la sentencia Comisión/Francia, antes citada, el Tribunal de Justicia aclara la cuestión de la aplicación en el tiempo de la Directiva 93/38/CE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), sentando a la vez un principio y una excepción.

50. Por lo que se refiere al principio, «la decisión de una entidad adjudicadora en lo que atañe al tipo de procedimiento que ha de seguirse y a si resulta necesario o no proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público constituye una fase del procedimiento distinta, en la que se definen las características esenciales del desarrollo de dicho procedimiento y que, normalmente, *sólo puede tener lugar en el momento de la iniciación del mismo*. Por consiguiente, para apreciar si la Directiva […] es aplicable a una decisión […], *procede, en principio, tomar en consideración el momento en que se haya adoptado la decisión de que se trate*». [25] En efecto, «resultaría contrario al principio de seguridad jurídica determinar el Derecho aplicable con referencia a la fecha de adjudicación del contrato, en la medida en que esa fecha representa el fin del procedimiento, mientras que la decisión de la entidad adjudicadora de realizar o no una convocatoria de licitación previa se adopta normalmente en la fase inicial del procedimiento». [26]

51. No obstante, y ahí radica la excepción, «si [las negociaciones iniciadas posteriormente] revisten características sustancialmente diferentes de las negociaciones anteriormente desarrolladas y si, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato, […] la aplicación [de las disposiciones de una Directiva posterior podría] estar justificada». [27]

22 — Véase el anexo 5 al escrito de contestación a la demanda.

23 — Sentencia antes citada.

24 — Sentencia de 19 de junio de 2008 (C-454/06, Rec. p. I-4401).

25 — Sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartados 36 y 37. El subrayado es mío.

26 — *Ibidem*, apartado 40.

27 — *Ibidem*, apartado 44.

52. En cuanto a los conceptos de «características sustancialmente diferentes» y de «términos esenciales del contrato», éstos han sido desarrollados en la sentencia pressetext Nachrichtenagentur, antes citada. La modificación requerida para que resulte aplicable la excepción debe afectar a un elemento sustancial del contrato, como por ejemplo:

— las 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; [28]

— la ampliación del contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos; [29]

— una modificación que conlleve el cambio del equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial; [30]

— la introducción, no prevista en el contrato inicial, de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato; [31]

— el precio.

2. Aplicación al caso de autos

53. *Prima facie*, la excepción establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/Francia, antes citada, no parece aplicable tal cual al presente litigio. En efecto, dicha excepción contempla situaciones en las que se ha modificado sustancialmente un contrato. Pues bien, parece que el único contrato entre el Ayuntamiento y Hurks data del verano de 2007.

54. Sin embargo, de los autos se desprende, sin ninguna duda, que las partes ya habían acordado todos los puntos esenciales antes de la firma del contrato de cooperación. Es más, la Comisión no invoca la existencia de nuevas negociaciones, propiamente dichas, entre las partes. No obstante, considera que algunos elementos esenciales del contrato no se determinaron hasta después de expirar el plazo de transposición de la Directiva 2004/18. En opinión de la Comisión, se trataría, por lo tanto, de aplicar por analogía las enseñanzas de la sentencia Comisión/Francia, antes citada. [32]

55. Mi conclusión es diferente.

a) El principio

56. Para el Tribunal de Justicia, la directiva aplicable es aquella que está en vigor en el momento en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público. Esta norma se basa en el principio de seguridad jurídica, que no

28 — Sentencia pressetext Nachrichtenagentur, antes citada, apartado 35.

29 — *Ibidem*, apartado 36.

30 — *Ibidem*, apartado 37.

31 — *Ibidem*, apartado 40.

32 — Véase el punto 46 de la réplica de la Comisión: «Debe *deducirse* de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, a tenor de los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos (véase el artículo 2 de la Directiva 2004/18), los contratos públicos han de volver a celebrarse si se modifica alguno de sus elementos esenciales de manera que sea necesaria la firma de un nuevo contrato, *pero ello no excluye que este criterio pueda aplicarse por analogía a otras situaciones*» (el subrayado es mío).

permitiría que se determinara el Derecho aplicable con referencia a la fecha de adjudicación del contrato, en la medida en que esa fecha representa el fin del procedimiento, mientras que la decisión de la entidad adjudicadora de realizar o no una convocatoria de licitación previa se adopta normalmente en la fase inicial del procedimiento. [33]

57. Considero que no hay que aferrarse a la existencia de un contrato en el sentido formal del término sino, al contrario, identificar a lo largo del desarrollo cronológico del expediente cuál es momento en el que la autoridad pública toma «la decisión […] en lo que atañe al tipo de procedimiento que ha de seguirse y a si resulta necesario o no proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público». [34]

58. Esta interpretación se ve corroborada por la sentencia Hochtief y Linde-Kca-Dresden. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia confirmó que toda vez que «la decisión de la entidad adjudicadora de descartar la propuesta del consorcio formado por las recurrentes del litigio principal y de continuar el procedimiento con los dos candidatos que se habían considerado adecuados se adoptó antes de que expirase el plazo para la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2004/18 […] resultaría contrario al principio de seguridad jurídica determinar el Derecho aplicable […] atendiendo a la fecha de adjudicación del contrato, cuando la infracción del Derecho comunitario alegada se achaca a una decisión que ya se había adoptado antes de la fecha [de expiración del plazo de transposición]». [35]

59. En el caso de autos, es indiscutible que el Ayuntamiento tomó la decisión, en el sentido de la jurisprudencia antes citada, el 23 de abril de 2002.

60. El Ayuntamiento ya había aprobado el plan urbanístico relativo al proyecto del centro Doornakkers el 12 de septiembre de 2001. En esa fecha, ya se conocían las directrices del proyecto (infraestructuras y equipamientos necesarios para unir el barrio preexistente al nuevo barrio, tipos de construcciones que debían edificarse, etc.).

61. El 23 de abril de 2002, se definió el método para seleccionar el promotor que habría de llevar a cabo el proyecto. Fue, en efecto, en esa fecha cuando el Ayuntamiento aprobó la memoria de sus servicios titulada «Elección de un promotor para el centro de proximidad de Doornakkers». En dicho documento, se definen expresamente el papel del promotor y el método de selección (véanse los artículos 1.3 y 2). Se menciona a los dos candidatos preseleccionados, rechazándose expresamente la aplicación de las normas relativas a los contratos públicos en los siguientes términos: «al término del proceso de selección, el Ayuntamiento designará a un candidato promotor con el que podrá celebrar el contrato de promoción. Se trata, para el Ayuntamiento, del contratista seleccionado para un contrato de venta de terrenos sujeta a determinadas condiciones. Estas condiciones deben garantizar que el centro de proximidad proyectado se realice con arreglo a las condiciones y requerimientos del Ayuntamiento y al pliego de condiciones y que se ajuste a los deseos de los compradores/consumidores finales. El hecho de que el Ayuntamiento opte por una venta sujeta a condiciones implica que no habrá adjudicación y que las normas sobre contratación pública no son de aplicación». [36]

62. Se trata verdaderamente de «la decisión de [la] entidad adjudicadora en lo que atañe al tipo de procedimiento que ha de seguirse y a si resulta necesario o no proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público». [37]

33 — Sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 40.

34 — *Ibidem*, apartado 36.

35 — Sentencia de 15 de octubre de 2009 (C-138/08, Rec. p. I-9889), apartados 28 y 29.

36 — Artículo 2.5 del anuncio titulado «Selección de un promotor para el centro de proximidad de Doornakkers» (anexo 4 al escrito de demanda).

37 — Fórmula utilizada por el Tribunal de Justicia en el apartado 36 de la sentencia Comisión/Francia, antes citada.

b) La excepción

63. Por lo tanto, subsiste la duda de si nos encontramos ante un caso de aplicación de la excepción mencionada. Sobre esta cuestión, corresponde a la Comisión, en el marco de su recurso por incumplimiento, demostrar que se modificaron elementos esenciales después del 31 de enero de 2006, fecha en la que expiró el plazo de transposición de la Directiva 2004/18 y que las partes consideran el «punto de inflexión».

64. La Comisión invoca dos elementos: el reparto de riesgos financieros con respecto a determinadas partes del proyecto relativas al SPILcentrum y el compromiso de hacerse cargo de la ordenación de los espacios públicos.

i) El SPILcentrum

65. De todo el proyecto, el SPILcentrum era la infraestructura de rentabilidad más incierta. Por este motivo, Hurks no deseaba asumir sola el riesgo financiero. No obstante, el Ayuntamiento se negó sistemáticamente a sufragar una parte del mismo. Por tanto, Hurks aceptó finalmente proceder a la construcción del centro por su cuenta y riesgo. A cambio, el Ayuntamiento eligió a una sociedad constructora de viviendas –Woonbedrijf– como futura propietaria del SPILcentrum. Esta sociedad recibiría, como contrapartida, una subvención única de un importe de 2,41 millones de euros.

66. Según la Comisión, se trata de un elemento esencial de la colaboración entre Hurks y el Ayuntamiento. Sin embargo, no pudo fijarse definitivamente hasta el momento de la designación de Woonbedrijf como propietaria, el 13 de febrero de 2007.

ii) Ordenación de los espacios públicos

67. En la memoria del Ayuntamiento, aprobada el 23 de abril de 2002, se precisa, en su artículo 4.2, que «el promotor se ocupará, además, de la ordenación del espacio público». Sin embargo, según el contrato de cooperación firmado por las partes, el espacio público sigue siendo propiedad del Ayuntamiento y es éste el que se ocupa «por su cuenta y riesgo, de hacer edificable y habitable» la zona de planeamiento (a excepción de la parcela asignada al centro comercial) (cláusulas 8.1 y 8.2 del contrato de cooperación).

68. A tenor de la cláusula 1.1 del contrato de cooperación, el concepto de «hacer habitable» se refiere «en particular, a la ordenación de viales e infraestructuras viarias, de plazas, aceras, zonas verdes y espacios públicos, incluidos los de compensación ambiental, mobiliario urbano y equipamientos urbanos».

69. Para la Comisión, se trata de un elemento esencial de la colaboración convenido entre las partes con posterioridad a la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2004/18.

c) Apreciación

70. El hecho de que el reparto de los riesgos financieros de algunas partes del proyecto relativas al SPILcentrum y el compromiso de hacerse cargo de la ordenación de los espacios públicos hubieran podido decidirse definitivamente después del acuerdo de 23 de abril de 2002 no me parece determinante.

71. Si, por ejemplo, se consideran los elementos enunciados por el Tribunal de Justicia en la sentencia pressetext Nachrichtenagentur, antes citada, resulta que ninguno de los dos puntos señalados por la Comisión habría justificado un nuevo procedimiento de licitación:

— estos dos puntos no habrían sido suficientes, en el conjunto del proyecto, para requerir «la participación de otros licitadores aparte de los [que hubieran podido ser] inicialmente admitidos»; [38]

— en ningún caso se amplía el contrato en gran medida a servicios inicialmente no previstos; [39]

— la modificación relativa a la ordenación de los espacios públicos no implica un cambio significativo en el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estuviera prevista inicialmente; [40]

— no se ha introducido una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato; [41]

— el precio ya había sido fijado, como reconoce la propia Comisión. [42]

72. Al contrario, como señala la Comisión para demostrar la existencia de un contrato público de obras (lo cual es paradójico), «la comparación entre la cláusula 1.1 del contrato de cooperación y el documento informativo comunicado por el Ayuntamiento a los candidatos-promotores en junio de 2002 demuestra que, ya en 2002, el Ayuntamiento definió, *en lo fundamental*, el uso urbanístico a que estaban afectados los edificios que habían de construirse». [43]

73. En el punto 43 de su demanda, la Comisión llega a calificar como «detalles» los elementos que se determinarán a lo largo de negociaciones posteriores al acuerdo de 23 de abril de 2002. En el punto 67 de su demanda, niega asimismo que el objeto del contrato de cooperación sea una mera venta de terrenos, a la vista de las obligaciones impuestas a los promotores durante el proceso de selección «informal». Para la Comisión, «los promotores estaban obligados a diseñar sus planes sobre la base de un concepto determinado, impuesto por el Ayuntamiento, a saber el modelo "haltera", en el que cada una de las dos extremidades constituye un núcleo con dotaciones urbanísticas. Si se tratara de una simple venta de terrenos, no se habría establecido ninguna obligación de esta índole».

74. Llegado a este punto de mi análisis, considero, por lo tanto, que la Comisión no ha proporcionado los elementos necesarios y suficientes que acrediten que la Directiva 2004/18 alegada en apoyo de su recurso sea aplicable. Pues bien, en el marco de un recurso basado en el artículo 258 TFUE, es a ella a quien corresponde acreditar la existencia del incumplimiento. [44]

75. Seguir la tesis de la Comisión conduciría, por otra parte, a una situación privada de sentido y contraria al objetivo perseguido por el legislador. En efecto, de seguirse el razonamiento de la Comisión, la fecha que debería tenerse en cuenta para determinar cuál era la Directiva aplicable sería aquella en la que el Ayuntamiento adoptó el plan rector, esto es, el 14 de febrero de 2006. Pues bien,

38 — Sentencia pressetext Nachrichtenagentur, antes citada, apartado 35.

39 — *Ibidem*, apartado 36.

40 — *Ibidem*, apartado 37.

41 — *Ibidem*, apartado 40.

42 — «En efecto, aunque Hurks y el Ayuntamiento estaban de acuerdo sobre el precio y sobre la venta del terreno por parte de este último […]» (punto 46 del escrito de demanda de la Comisión).

43 — Escrito de demanda de la Comisión, puntos 77 y 78. El subrayado es mío.

44 — En este sentido, véase, en particular, la sentencia de 26 de mayo de 2011, Comisión/España (C-306/08, Rec. p. I-4541), apartado 94.

dicho plan, diseñado por Hurks, se presenta como un verdadero plan de construcción. La cláusula 2 del contrato de cooperación, que determina el objeto de éste, precisa expresamente que pretende regular «el contenido y las condiciones de cooperación exclusivas entre las partes a efectos de ejecutar el proyecto *con arreglo al plan rector* y a los demás documentos del planeamiento». [45]

76. Si la adopción del plan rector fuera la decisión que determinara la Directiva aplicable, ello significaría que la posible convocatoria de candidaturas se basaría en los planes de un contratista elegido fuera del procedimiento de licitación y que podría no resultar escogido al final del proceso de selección. ¿Qué promotor aceptaría realizar tal plan rector sin tener la garantía de ser el ejecutor del proyecto? ¿Qué promotor autorizaría a un competidor a utilizar sus propios planes?

77. No hay duda de que, al igual que la seguridad jurídica impide que se determine el Derecho aplicable con referencia a la fecha de adjudicación del contrato, [46] tampoco permite que se determine con referencia a la fecha en la que la autoridad pública adopta los planes del promotor previamente elegido.

78. Además, la norma establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/Francia, antes citada, también protege los intereses de los competidores. En efecto, determinar la Directiva aplicable en función de la decisión de convocar o no una licitación permite conferir un efecto útil a los recursos que puedan interponer los competidores excluidos *de facto* por la decisión de la autoridad pública de no abrir el mercado a la competencia.

79. Al desestimar la tesis según la cual el derecho aplicable vendría determinado por la decisión del poder adjudicador de adjudicar el contrato, esta norma tiene la feliz consecuencia de proteger una fecha útil para que las partes lesionadas puedan impugnar las decisiones de los poderes adjudicadores.

80. En consecuencia, dado que la Comisión no ha proporcionado elementos susceptibles de acreditar que la Directiva 2004/18 invocada en apoyo de su recurso fuera aplicable y al haber confirmado durante la vista que su acción se fundamentaba únicamente en dicha Directiva (a pesar de que las definiciones y principios aplicables eran, según su criterio, idénticos a los de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras), [47] opino que el recurso ha de ser desestimado.

81. No obstante, para el supuesto de que el Tribunal de Justicia no siga mi razonamiento y considere aplicable la Directiva 2004/18, analizaré, a continuación, las cuestiones de fondo suscitadas en el presente litigio.

D. *Sobre el fondo*

82. Para poder concluir que existe un incumplimiento por parte del Reino de los Países Bajos, procede determinar la naturaleza del contrato celebrado entre el Ayuntamiento, por una parte, y Hurks, por otra parte, con vistas a la reordenación del centro Doornakkers y preguntarse si se trata de una simple venta de terrenos o de una concesión de obras públicas en el sentido de la Directiva 2004/18. [48]

45 — El subrayado es mío.

46 — Sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 40.

47 — DO L 199, p. 54.

48 — No podría tratarse de un contrato público de obras *stricto sensu*, en la medida en que no existe una contrapartida económica por parte del Ayuntamiento (sobre este concepto, véanse las conclusiones del Abogado General Jääskinen en el asunto que dio lugar a la sentencia Comisión/España, antes citada).

1. Apreciación

83. Los tres requisitos necesarios para estar en presencia de una concesión de obras públicas se desprenden de las definiciones de «contratos públicos de obras» y de «concesión de obras públicas» que figuran, respectivamente, en el artículo 1, apartado 2, letras a) y b), y en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18. Se requiere:

— un *contrato escrito* entre un poder adjudicador y un operador económico [artículo 1, apartado 2, letra a)];

— un contrato cuyo objeto sea *bien la ejecución, bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras* relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva 2004/18 o de una obra, *bien la realización*, por cualquier medio, *de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador* [artículo 1, apartado 2, letra b)];

— un contrato oneroso, siendo su contrapartida necesariamente, o bien únicamente el derecho a explotar la obra, o bien dicho derecho acompañado de un precio (artículo 1, apartado 3).

84. Dado que no se ha puesto en duda la existencia de un contrato escrito entre el Ayuntamiento y Hurks, se examinarán únicamente los requisitos segundo y tercero.

a) Un contrato público de obras

85. La existencia de una concesión de obras públicas implica necesariamente, y en primer lugar, la de un contrato público de obras. El artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18 prevé tres supuestos. El contrato debe tener como objeto:

— bien la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva 2004/18 o de una obra (siendo una obra el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica);

— bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva o de una obra;

— bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

86. Según el Gobierno neerlandés, el contrato celebrado entre el Ayuntamiento y Hurks no entraría en ninguna de estas tres categorías en la medida en que, según dicho Gobierno, se trata de una simple venta de terrenos. Pues bien, el artículo 16 de la Directiva 2004/18 excluye expresamente de su ámbito de aplicación este tipo de transacción.

87. Ciertamente, los acuerdos celebrados entre el Ayuntamiento y Hurks se refieren a la venta de varios terrenos de los que el Ayuntamiento era propietario. No obstante, de la lectura del «contrato de cooperación» y del conjunto de relaciones jurídicas y económicas entabladas entre Hurks y el Ayuntamiento se desprende que tal venta no puede ser más que un elemento accesorio del contrato. Además, el Tribunal de Justicia ha considerado que no conviene excluir la aplicación de la Directiva 2004/18 cuando un procedimiento de adjudicación prevea la venta de un terreno sobre el que recaerá posteriormente un contrato de obras. [49] Este razonamiento puede sostenerse con mayor motivo cuando el mismo convenio prevé las dos operaciones, como ocurre en el caso de autos.

49 — Sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 82.

88. Según el expositivo del contrato de cooperación firmado entre el Ayuntamiento y Hurks:

— «las partes desean acondicionar y realizar un nuevo centro en beneficio del nuevo barrio residencial Tongelresche Akkers y del preexistente barrio de Doornakkers […]» (letra B del expositivo);

— «el Ayuntamiento y Hurks han alcanzado un acuerdo sobre el ordenación y la implementación de los usos enumerados en la letra B del expositivo del presente contrato […]» –es decir, un centro de salud, un centro lúdico, de integración y de estudios con apartamentos, una ampliación del centro de salud existente con un aparcamiento subterráneo, un centro comercial con viviendas y un aparcamiento subterráneo, viviendas– (letra F del expositivo).

89. En cuanto al objeto del contrato, viene definido sin referencia alguna a la venta de terrenos. Según la cláusula 2 del contrato de cooperación, éste pretende regular «el contenido y las condiciones de cooperación exclusivas entre las partes a efectos de ejecutar el proyecto con arreglo al plan rector y a los demás documentos del planeamiento». Pues bien, el proyecto en cuestión aparece definido en el contrato como la «reordenación de la zona de planeamiento», lo que significa, entre otras cosas, «hacer edificable y habitable» dicha zona con arreglo a las condiciones del contrato (artículo 1.1 del contrato de cooperación).

90. Dicho contrato establece, además, la creación de un «equipo de proyecto» formado por un «grupo de proyecto» y varios «grupos de trabajo», cuya función es preparar la documentación del planeamiento –es decir, la versión definitiva del plan urbanístico, el plan municipal de ordenación urbana, los pliegos de condiciones, los documentos relativos al derribo útiles, el plan de ordenación del espacio público, etc. (artículo 5 del contrato de cooperación)– y preparar las decisiones de las partes, aclarándose que el grupo de proyecto estará presidido por el jefe de proyectos del Ayuntamiento (artículo 3 del mencionado contrato).

91. Por último, la cláusula 7.5 del contrato, dedicada a la venta de terrenos, supedita expresamente la entrega de los mismos a que Hurks se comprometa a «edificar las construcciones sobre las parcelas con arreglo a la documentación de planeamiento y al calendario», compromiso que se contempla en la cláusula 6.

92. Los documentos que obran en autos muestran, además, que el precio de los terrenos se eleva a 5.616.024 euros,[50] mientras que la construcción del proyecto se valora en 28.186.000 euros (anexo 7 al escrito de demanda).

93. En consecuencia, puede inferirse del contrato de cooperación que su objeto no era, en lo fundamental, la venta de terrenos, sino, sobre todo, la ejecución de obras en relación con una de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva 2004/18, a saber, por citar un solo ejemplo, las obras de construcción o una obra, en el sentido de la Directiva.[51]

50 — Durante la vista, el Gobierno neerlandés confirmó que el precio de los terrenos había sido tasado previamente por un experto independiente, sin tener en cuenta la plusvalía que posteriormente pudiera obtener el promotor. Según dicho Gobierno no se hizo a Hurks ningún descuento como contrapartida de las ventajas que el Ayuntamiento obtendría de la realización del proyecto.

51 — En relación con esta última categoría –una obra– puede ser útil referirse al asunto Auroux y otros, en el que también se trataba de un proyecto de dinamización de un barrio con la creación de un centro de ocio que incluía, entre otros, un centro multicines y varios locales comerciales. Según el Tribunal de Justicia, «del artículo 1, letra c), de la Directiva [2004/18] se desprende que la existencia de una obra debe apreciarse a la luz de la función económica o técnica del resultado de las obras efectuadas (véase la sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/Italia, C-187/04 y C-188/04, apartado 26). Como se deriva claramente de varias disposiciones del convenio, el centro de ocio acogerá actividades comerciales y de servicios, de tal modo que debe considerarse que el convenio cumple una función económica», (sentencia de 18 de enero 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 41). En el caso de autos, no puede negarse que varios de los edificios de que se trata en el presente asunto están destinados a acoger actividades comerciales o de servicios (servicios médicos, SPILcentrum, etc…) y cumplen, en consecuencia, una función económica.

94. Pienso que el proyecto a que se refiere el contrato de cooperación controvertido responde, además, al tercer supuesto contemplado en el artículo 1, apartado 2, letra b) de la Directiva 2004/18, es decir «la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador».

95. En efecto, a tenor de las precisiones aportadas por la sentencia Helmut Müller, antes citada, invocada por la Comisión y el Gobierno neerlandés, «para que se pueda admitir que el poder adjudicador ha especificado sus necesidades en el sentido [del artículo 1, apartado 2, letra b) de la Directiva 2004/18], 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*».[52] Esto significa que «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».[53]

96. A este respecto, comparto el parecer de la Comisión. Del contrato de cooperación firmado por ambas partes, de los demás documentos a los que se hace referencia en dicho contrato (plan rector, documentación del planeamiento, etc.) y del documento informativo editado por el Ayuntamiento en junio de 2002 –esto es, desde el principio del proyecto– a la atención de los dos candidatos promotores, se desprende que quien ha decidido no sólo la ordenación del territorio de que se trata, sino también la afectación de los edificios que deben construirse, es el Ayuntamiento.

97. En particular, en el documento titulado «Centro Doornakkers – Programa»,[54] aparecen claramente indicados, no sólo el número de edificios que han de construirse, sino también el número de habitaciones y el uso que corresponde a cada una, incluso su superficie. También se indica el número de plazas de aparcamiento con que debe contar cada local.[55]

98. Pues bien, el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de precisar que unas instrucciones «que se remiten a un documento con la relación precisa de los edificios que debían construirse, [a] su naturaleza y [a] su equipamiento, van más allá de las exigencias ordinarias del arrendatario de un inmueble nuevo de unas ciertas dimensiones».[56] Según el Tribunal de Justicia, un contrato que contiene semejantes instrucciones tiene, por tanto, como «objetivo fundamental la edificación [de un inmueble] conforme a las necesidades especificadas por [el poder adjudicador]».[57]

99. En tales circunstancias, parecidas a las del caso de autos, el Tribunal de Justicia consideró que, en la medida en que dichas construcciones constituían una «obra» en el sentido de la Directiva aplicable, que estaban destinadas a cumplir por sí mismas una función económica, que su valor superaba el previsto por la Directiva 93/37 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y que el contrato se celebró con carácter oneroso, éste había de calificarse de «contrato público de obras». En el caso de autos se imponen las mismas conclusiones.

100. Finalmente, la composición y las funciones encomendadas al «equipo de proyecto» definido en la cláusula 3 del contrato de cooperación traducen igualmente el deseo del Ayuntamiento de conservar un papel activo en la evolución del proyecto, más allá del simple examen de los planes de construcción que le sean presentados o de adoptar una decisión en uso de sus competencias en

52 — Sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 67. El subrayado es mío.

53 — Sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 68.

54 — Anexo a la nota informativa a la atención de los candidatos-promotores participantes en el proceso de selección preparada por el Ayuntamiento con vistas a la reunión de 11 de junio de 2002.

55 — Véase el anexo 4 al escrito de contestación a la demanda.

56 — Sentencia de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania (C-536/07, Rec. p. I-10355), apartado 58.

57 — *Ibidem*, apartado 59.

materia de regulación urbanística. En efecto, es este «equipo», presidido por el jefe de proyectos del Ayuntamiento, el que debe definir y preparar la documentación del planeamiento, que incluye, entre otros, no sólo el plan urbanístico y el plan municipal de ordenación urbana sino también el proyecto provisional y definitivo de los distintos usos, el pliego de condiciones y los planos de los distintos usos, el programa de construcción y el de comunicación (véanse las cláusulas 5.1 a 5.3 del contrato de cooperación). Además, las posibles excepciones al plan rector observadas por el grupo de proyecto han de someterse a la aprobación del Ayuntamiento (cláusula 5.4 del contrato).

Conclusión intermedia

101. En mi opinión, se cumple el primer requisito fijado por la Directiva 2004/18 para considerar que se está en presencia de una concesión de obras públicas, a saber, la existencia de un contrato público de obras, y la Comisión lo acredita suficientemente. El proyecto en cuestión corresponde, cuando menos, al primer y tercer supuesto contemplados en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18. Se refiere, efectivamente, a la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva 2004/18 y/o de una obra, en el sentido de dicha Directiva, y a la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

102. Debo aclarar también, a los efectos que procedan, que no cabe secundar al Gobierno neerlandés cuando sostiene que las tres situaciones contempladas en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18 se excluyen entre sí.

103. Como señala la Comisión, el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de precisar que «las obras de urbanización como las enumeradas en el artículo 4 de la Ley nº 847/64 constituyen obras de construcción o de ingeniería civil y, por lo tanto, están incluidas en las actividades contempladas en el anexo II de la Directiva [2004/18], y que constituyen obras destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica. De este modo, reúnen, por lo menos, los criterios mencionados en los guiones primero y segundo [del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18]». [58]

104. Por lo tanto, la circunstancia de que las obras previstas por el Ayuntamiento en el presente asunto respondan a varios de los casos contemplados por la Directiva no puede suponer la exclusión de su aplicación.

b) b) Contrato celebrado con carácter oneroso

105. El tercer requisito que debe reunir un contrato para responder a la definición de «concesión de obras públicas» es que ha de celebrarse a título oneroso.

106. Con arreglo a una reiterada jurisprudencia, el carácter oneroso del contrato de concesión implica que el poder adjudicador que ha celebrado un contrato público reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación en beneficio del adjudicatario. [59] Esta prestación en favor del poder adjudicador consiste en la realización de las obras que prevé obtener. [60]

58 — Sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, Rec. p. I-5409), apartado 59.

59 — Para el adjudicatario, la contrapartida reside, o bien en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18). Esta exigencia se examinará posteriormente.

60 — Véase la sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 48.

i) Prestación y beneficio económico directo

107. En el caso de autos, la obligación de llevar a cabo las obras de que se trata viene expresamente prevista en la cláusula 7.5 del contrato de cooperación, a cuyo tenor «Hurks se compromete con respecto al municipio a edificar construcciones en las parcelas con arreglo a los documentos del planeamiento y al calendario».

108. No obstante, el Tribunal de Justicia precisó en su sentencia Helmut Müller, antes citada, que esta prestación debía «conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador». [61]

109. Por su parte, en las conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia Helmut Müller, antes citada, el Abogado General Mengozzi, más que referirse al beneficio económico directo, explicó que es necesario que exista un «vínculo directo entre la administración pública y las obras o los trabajos que deban realizarse» de manera que sea posible «conciliar las necesidades, tendencialmente contrapuestas, de prevenir abusos, por un lado, y de evitar una extensión incontrolada del ámbito de aplicación de la Directiva [2004/18], por otro». [62]

110. Para el Abogado General Mengozzi, la existencia de un vínculo directo se aprecia:

— cuando la administración pública obtiene directamente la propiedad del bien o de las obras a realizar. Se añaden a este supuesto las situaciones en que la administración no adquiere la propiedad del bien, pero disfruta de una ventaja económica directa gracias a éste, como por ejemplo un derecho de disfrute sobre el bien; [63]

— cuando se utilizan fondos públicos o, más en general, recursos públicos (como la puesta a disposición gratuita de terrenos) para la realización de trabajos u obras; [64]

— cuando los trabajos u obras que se han de realizar son el resultado de una iniciativa de la propia administración. [65] No obstante, para que implique la aplicación de la Directiva 2004/18, esta categoría, de carácter residual, debe diferenciarse de la «simple persecución del interés público realizada a través del recurso a las facultades ordinarias en materia urbanística». [66]

111. Como ya he señalado en el punto 108 de las presentes conclusiones, el Tribunal de Justicia no se atuvo al criterio del vínculo directo, en cuanto tal, en la sentencia Helmut Müller, antes citada. Al contrario, prefirió referirse únicamente al concepto de «beneficio económico directo». Creo que, de este modo, el Tribunal de Justicia excluyó la categoría residual antes citada –es decir, el supuesto en el que el poder adjudicador toma la iniciativa– y, en consecuencia, definió el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 de un modo más restrictivo.

61 — *Ibidem*, apartado 49.
62 — Punto 54 de las conclusiones.
63 — *Ibidem*, punto 55.
64 — *Ibidem*, puntos 56 a 58.
65 — *Ibidem*, punto 59.
66 — *Ibidem*, punto 61.

112. Esta interpretación deja, pese a todo, un cierto margen de apreciación a las autoridades públicas. En efecto, en la sentencia Helmut Müller antes citada, el Tribunal de Justicia sólo excluyó del concepto de beneficio económico directo el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística con la finalidad de satisfacer el interés general. Por lo demás, el Tribunal de Justicia se limitó a ilustrar su argumento citando cinco supuestos, a título de ejemplo y sin carácter exhaustivo. Se trata de aquellos supuestos en los que:

— el poder adjudicador asume la propiedad de las obras objeto del contrato; [67]

— el poder adjudicador dispone de un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de las obras objeto del contrato, a los efectos de su afectación pública; [68]

— el poder adjudicador disfruta de ventajas económicas obtenidas del uso o de la cesión de la obra en el futuro; [69]

— el poder adjudicador ha participado económicamente en la realización de la obra; [70]

— el poder adjudicador asume riesgos en el supuesto de revés económico de la obra. [71]

113. El Tribunal de Justicia no cita el supuesto invocado por el Abogado General Mengozzi en el que los trabajos u obras que se han de realizar son el resultado de una iniciativa de la propia administración pública. [72] Sin embargo, excluye, al igual que el Abogado General, el supuesto en el que esta administración se limita a ejercer competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general. [73]

¿Qué ocurre en el caso de autos?

114. En el presente asunto, no existe duda en cuanto a que el Ayuntamiento no se ha convertido en propietario de los bienes edificados y que tampoco era ésa su intención.

115. No obstante, las relaciones entabladas por el Ayuntamiento en relación con el centro Doornakkers, bien con Hurks, o con otros participantes, como Woonbedrijf, [74] vienen a demostrar que ha existido una intervención del Ayuntamiento que va más allá de la mera coherencia urbanística del desarrollo de una parte del municipio. [75]

116. Procede, en efecto, no perder de vista que el Ayuntamiento definió con precisión las funciones del proyecto que se había de realizar y que éstas incluyen un centro de salud, un centro lúdico, de integración y de estudios (SPILcentrum) con apartamentos, una ampliación del centro de salud existente con un aparcamiento subterráneo, un centro comercial con viviendas y un aparcamiento subterráneo y otras viviendas más (letra B del expositivo del contrato de cooperación).

117. Los contratos relativos a la utilización y a la financiación del SPILcentrum demuestran igualmente el beneficio económico directo del Ayuntamiento en el proyecto.

67 — Sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 50.
68 — *Ibidem*, apartado 51.
69 — *Ibidem*, apartado 52.
70 — *Ibidem*, apartado 52.
71 — *Ibidem*, apartado 52.
72 — Punto 59 de las conclusiones del Abogado General Mengozzi en el asunto que dio lugar a la sentencia Helmut Müller, antes citada.
73 — Sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 57.
74 — Véanse las consideraciones realizadas más adelante, en los puntos 118 a 121.
75 — Sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 55.

118. En efecto, como ya he podido explicar anteriormente,[76] Hurks no deseaba soportar ella sola el riesgo económico del SPILcentrum en razón de su imprevisible rentabilidad. Finalmente, accedió a construirlo por su cuenta y riesgo porque, a cambio, el Ayuntamiento designó a la sociedad constructora de viviendas Woonbedrijf como futura propietaria del SPILcentrum, y ello el 13 de febrero de 2007.[77] De esta manera, Hurks podía estar segura de la utilización del edificio menos rentable.

119. En cuanto a Woonbedrijf, recibiría del Ayuntamiento una subvención a tanto alzado de 2,41 millones de euros por las tres funciones no rentables del SPILcentrum: las instalaciones deportivas, el espacio para reuniones y el espacio para jóvenes.[78]

120. El Gobierno neerlandés confirma que la asociación Sportbedrijf De Karpen utiliza las instalaciones deportivas y el espacio para reuniones, aclarando, además, que dicha asociación «pertenece» al municipio.[79]

121. Con la designación de Woonbedrijf como propietaria del SPILcentrum, con el convenio firmado entre dicha sociedad constructora de viviendas y el Ayuntamiento el 15 de abril de 2008 y con el uso de las instalaciones deportivas y del espacio para reuniones por parte de la asociación Sportbedrijf De Karpen, el Ayuntamiento ha garantizado la afectación pública del SPILcentrum.

122. Estamos ante el segundo de los supuestos de beneficio económico directo citados a título ilustrativo por el Tribunal de Justicia en la sentencia Helmut Müller, antes citada. En efecto, el beneficio económico directo puede «constatarse […] si se establece que el poder adjudicador dispondrá de un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de las obras objeto del contrato, a los efectos de su afectación pública».[80]

123. El usuario de los bienes no es, ciertamente, el propio municipio, sino una asociación que le «pertenece» (según la expresión utilizada por el Gobierno neerlandés). Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el Estado puede «materializarse» a través de instancias distintas de sus propias estructuras. De este modo, en materia de ayudas estatales, señaló, «en cuanto al [requisito relacionado con la intervención del Estado o mediante fondos estatales,] [que] se desprende de una reiterada jurisprudencia que no cabe distinguir entre aquellos casos en los que el Estado concede directamente la ayuda y aquellos otros en los que la ayuda se concede a través de un organismo público o privado, que dicho Estado instituye o designa para gestionar la ayuda».[81] Este mismo razonamiento puede aplicarse *mutatis mutandis* al caso de autos.

124. Considero, además, que puede estimarse que el Ayuntamiento ha participado en la financiación del proyecto (cuarto supuesto citado a título de ejemplo por el Tribunal de Justicia en la sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 52) en la medida en que Hurks no aceptó construir a su propio riesgo el SPILcentrum hasta que el Ayuntamiento no le garantizó que Woonbedrijf sería propietaria del mencionado centro. Pues bien, a cambio de ello, Woonbedrijf obtuvo del Ayuntamiento una subvención de explotación de más de dos millones de euros.

76 — Véanse los putos 12, 33 y 66 de las presentes conclusiones.

77 — Véase el expositivo del contrato de cooperación de 15 de abril de 2008 entre la Fundación Woonbedrijf y el Ayuntamiento, p. 2 (anexo 5 al escrito de demanda de la Comisión).

78 — Convenio firmado entre Woonbedrijf y el Ayuntamiento el 15 de abril de 2008.

79 — Puntos 17 a 20 de la dúplica.

80 — Sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 51.

81 — Sentencia de 15 de julio de 2004, Pearle y otros (C-345/02, Rec., p. I-7139), apartado 34 y jurisprudencia citada.

125. También puede apreciarse en la operación una ganancia económica para el Ayuntamiento, en la medida en que hace sufragar al promotor unas infraestructuras que, de no existir el contrato de cooperación, él mismo hubiera debido construir y financiar. Deseo recordar que el centro de salud se valora en 8.400.000 euros y la construcción del SPILcentrum en 7.386.500 euros, de los cuales 3.738.500 euros se asignan a funciones que pueden ser asumidas por el Ayuntamiento (el colegio, el polideportivo y el centro juvenil). [82]

126. Por último, más allá de contribuir al interés general o a una correcta ordenación urbanística, varios de los usos contemplados (en particular, el centro de salud y el centro comercial) se refieren a actividades de carácter económico que pueden generar ingresos para el Ayuntamiento por vía de distintos impuestos y tasas. En otros términos, parafraseando al Tribunal de Justicia, puede decirse que el Ayuntamiento, como poder adjudicador, es el que va a beneficiarse de ventajas económicas obtenidas de la utilización (o de la futura cesión) de la obra (tercer supuesto citado a título de ejemplo por el Tribunal de Justicia en el apartado 52 de la sentencia Helmut Müller, antes citada).

127. En consecuencia, considero que en el presente asunto, a la vista de los datos que obran en autos, ha quedado suficientemente demostrada la existencia de un beneficio económico directo para el municipio: el Ayuntamiento ha ido mucho más allá de garantizar el «respeto […] [del] desarrollo o [de] la coherencia urbanística de una zona municipal». [83]

ii) Contrapartida

128. Como ya he recordado, el carácter oneroso de un contrato de concesión implica que el poder adjudicador que ha celebrado un contrato público reciba, en virtud de éste, una prestación a cambio de una *contrapartida*.

129. Si, para el poder adjudicador, la prestación consiste en la realización de obras, para el adjudicatario, la contrapartida reside, o bien en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18).

130. Habida cuenta de las relaciones jurídicas trabadas entre el Ayuntamiento y Hurks, me pregunto, antes que nada, si ha existido un derecho «de explotación» que haya sido concedido a Hurks cuando éste es propietario de los terrenos y de los bienes que se van a construir. Como explicó el Gobierno neerlandés durante la vista, explotar significa retirar las ventajas y soportar los inconvenientes de la obra de un tercero. No ha ocurrido así en el caso de autos.

131. No obstante, de existir «explotación», en el sentido de la Directiva 2004/18, el presente litigio plantearía otras dos cuestiones. En primer lugar, si la concesión de unas obras públicas –y, por lo tanto, la de explotar la obra– con carácter indefinido resulta compatible con el Derecho de la Unión. En segundo lugar, si existe una contrapartida cuando el concesionario es o se convierte en propietario del terreno y/o de las obras realizadas.

– Concesión de obras públicas y duración indefinida

132. Con carácter preliminar, hago mía la observación de la Comisión según la cual la Directiva 2004/18 no contiene la más mínima indicación en cuanto a si la duración de una concesión debe ser limitada.

82 — Según las cifras proporcionadas por el Gobierno neerlandés en su respuesta a la Comisión de 19 de diciembre de 2008 (anexo 7 al escrito de demanda).

83 — Sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 55.

133. Por su parte, el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de tratar esta cuestión. Me refiero a las sentencias, antes citadas, pressetext Nachrichtenagentur y Helmut Müller. Para el Gobierno neerlandés, del apartado 79 de la sentencia Helmut Müller se desprende que un contrato de concesión por tiempo indefinido sería contrario, *per se*, al Derecho de la Unión.

134. Sin embargo, por mi parte, no puedo dejar de señalar la falta de una afirmación taxativa por parte del Tribunal de Justicia, en la medida en que ha elegido utilizar el condicional al precisar que «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 [sería] contrario al orden jurídico de la Unión». [84]

135. El Tribunal de Justicia se remite, además, al apartado 73 de la sentencia pressetext Nachrichtenagentur, antes citada, en la que afirmaba que «la práctica consistente en formalizar un contrato público de servicios por tiempo indefinido es en sí misma ajena al sistema y a la finalidad de las normas comunitarias en materia de contratos públicos». Sin embargo, este apartado de la sentencia no puede disociarse del apartado siguiente, que contiene la conclusión del razonamiento del Tribunal de Justicia. Pues bien, en el mismo se declara que «no obstante, el Derecho comunitario, en su estado actual, no prohíbe la celebración de contratos públicos de servicios por tiempo indefinido». [85]

136. Pues bien, desde que dicha sentencia fue pronunciada, el Derecho de la Unión no ha cambiado. Contrariamente a lo que ocurre con los acuerdos marco, el legislador europeo aún no ha establecido un límite temporal para los contratos de concesión. [86] Sin embargo, tal limitación sí figura en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, [87] actualmente en discusión. Si se aprueba esta modificación, el Derecho de la Unión impondrá un límite temporal. El propio texto no dejará ya lugar a dudas en cuanto a la interpretación de lo que el Tribunal de Justicia ha llamado el «sistema y [...] la finalidad de las normas comunitarias en materia de contratos públicos». [88]

137. Seguidamente, es cierto que una práctica consistente en formalizar un contrato público por tiempo indefinido podría tener el efecto, a largo plazo, de obstaculizar la libre competencia entre los prestadores de servicios potenciales e impedir la aplicación de las disposiciones de las de directivas de la Unión que garantizan la publicidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. [89] Sin embargo, considero que excluir pura y simplemente los contratos por tiempo indefinido del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 presenta un riesgo todavía mayor, por ser más frecuente, el de poder eludir esas mismas normas.

138. En efecto, como señala la Comisión en su escrito de demanda, si tales contratos de concesión por tiempo indefinido escaparan del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, bastaría con que las partes formalizaran un contrato escrito de carácter oneroso, pero por tiempo indefinido, para soslayar los principios de igualdad, de transparencia y de no discriminación, que informan las normas en materia de contratación pública.

84 — Sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 79.

85 — Sentencia pressetex Nachrichtenagentur, antes citada, apartado 74. Si bien el litigio que dio origen a dicha sentencia se refería a un contrato de servicios, no parece que esta circunstancia impida aplicar el argumento a los contratos públicos de obras. Por otra parte, en la sentencia Helmut Müller, antes mencionada, se trataba de un contrato público de obras.

86 — Véase el artículo 32, apartado 2, párrafo cuarto, de la Directiva 2004/18.

87 — Véase el artículo 16 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a adjudicación de contratos de concesión [COM(2011) 897 final] y la modificación propuesta por el Consejo (18007/12) [011/0437 (COD)].

88 — Sentencia pressetex Nachrichtenagentur, antes citada, apartado 73.

89 — *Ibidem.*

139. Por último, es conveniente ponerse de acuerdo en cuanto al alcance del concepto de «tiempo indefinido». En mi opinión, este concepto debe distinguirse del concepto de «duración infinita» que es la única que no conoce fin. Por el contrario, un contrato por tiempo indefinido es un contrato cuya duración no ha sido fijada *ab initio*, pero al que puede ponerse término por alguna de las causas previstas en el contrato, con o sin preaviso, con o sin indemnización.

140. En consecuencia, por todas estas razones, considero que una concesión por tiempo indefinido, como la que se define en el punto anterior, puede estar cubierta por la Directiva 2004/18.

141. Ahora bien, en el caso de autos, no estamos ante esta situación, dado que no se ha hecho a Hurks una concesión por tiempo indefinido, sino que se le ha transmitido la propiedad de terrenos y de una futura obra. Esto no representa para la sociedad Hurks un derecho de duración indefinida, sino un derecho de «duración infinita». En cambio, para el Ayuntamiento, la duración del contrato está claramente delimitada. Una vez se hayan edificado las construcciones previstas en el contrato de cooperación, el contrato se ejecutará y los derechos y las obligaciones de las partes llegarán a su fin. Antes de este plazo, las únicas causas de ruptura del contrato de cooperación se refieren a los requisitos indispensables para llevar a cabo el proyecto, como la obtención de una licencia de obras válida [90] o la solvencia del contratista. [91]

142. En realidad, la única cuestión que se plantea, en el caso de autos, al examinar cuál es la contrapartida necesaria para que el contrato de concesión sea un contrato oneroso, es la de la propiedad del conjunto del espacio.

– Concesión de obras públicas y propiedad

143. A juicio de la Comisión, la transmisión de la propiedad de los terrenos a Hurks iba acompañada de la transmisión simultánea de un derecho de explotación por tiempo indefinido, dado que la mera venta de terrenos a Hurks no habría permitido, por sí sola, la ejecución de las obras previstas por el contrato de cooperación.

144. Pues bien, según el tenor de la cláusula 7, apartados 2 y 3, del contrato de cooperación, la existencia de una licencia para llevar a cabo las obras constituía una condición resolutoria o suspensiva de la venta de terrenos, según el caso. Por lo tanto, sólo el compromiso asumido por el Ayuntamiento en la cláusula 6 del contrato de cooperación, de prestar su entera colaboración, hacía posible la realización de las obras.

145. Según el Gobierno neerlandés, procede distinguir la explotación en calidad de propietario de la explotación en calidad de concesionario. En el primer caso, se trata de una explotación basada en el derecho de propiedad del dueño. En el segundo, la explotación se fundamenta en una concesión del propietario al concesionario. En el caso de autos, dado que el Ayuntamiento ha cedido la propiedad de los terrenos a Hurks, el Gobierno neerlandés estima que dicha sociedad los explota en calidad de propietario y no en virtud de una concesión. En apoyo de sus alegaciones vuelve a invocar la reiterada sentencia Helmut Müller, antes citada.

90 — Véanse las cláusulas 7.2 y 7.3 del contrato de cooperación firmado por el Ayuntamiento y Hurks.

91 — Véase la cláusula 12.2 del mismo contrato de cooperación.

146. En las conclusiones dictadas en el asunto que dio lugar a la sentencia Helmut Müller, antes citada, el Abogado General Mengozzi estimó que, aunque la expresión «derecho a explotar» utilizada por la Directiva 2004/18 en su definición de la concesión de obras públicas podía ser interpretada de forma amplia, a su juicio, lo que «[había] de excluirse, habida cuenta del sentido y de la sistemática general de la normativa controvertida, [era] 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». [92]

147. El Tribunal de Justicia ha matizado más esta cuestión. Ciertamente, «para que un poder adjudicador pueda transferir a su cocontratante el derecho a explotar una obra en el sentido [del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18], es preciso que este poder adjudicador pueda disponer de su explotación». [93] Pues bien, según el Tribunal de Justicia, «*normalmente*, esto no ocurre cuando el derecho de explotación se deriva únicamente del derecho de propiedad del operador afectado», dado que, «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». [94]

148. En consecuencia, aunque el principio es que se excluye la concesión cuando el «constructor» es propietario de los terrenos, la utilización de los términos «normalmente y «en principio» indican la posibilidad de una excepción.

149. No obstante, el Tribunal de Justicia no ha dado ninguna indicación sobre cuáles son las excepciones que cabe imaginar. El único indicio proporcionado se encuentra en la explicación de la norma: el poder adjudicador no puede disponer de la obra cuando «el derecho de explotación *deriva únicamente* del derecho de propiedad del operador afectado». [95]

150. Debe admitirse que, frente a este enunciado, la doctrina también se ha mostrado dividida.

151. Para un sector, la respuesta estaba clara: si la autoridad pública no sigue siendo o no se convierte en propietaria de la obra objeto del contrato, no hay concesión, en la medida en que la autoridad no puede conceder un bien sobre el que no tiene derecho alguno. [96] Pues bien, como ya he indicado anteriormente, la Directiva 2004/18 impone al poder adjudicador la obligación de dar al concesionario, como contrapartida a la realización de la obra, el derecho a explotar la obra, o bien dicho derecho acompañado de un precio (artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18). El derecho de propiedad incluye el derecho a explotar la obra. Por consiguiente, si se cede el primero, ya no puede cederse el segundo.

92 — Punto 90 de las conclusiones.

93 — Sentencia Helmut Müller, antes citada, apartado 72.

94 — *Ibidem*, apartados 73 y 74. El subrayado es mío.

95 — *Ibidem*, apartado 73. El subrayado es mío.

96 — «La sentencia Helmut Müller[,] antes citada, nos ha enseñado que sólo podía haber concesión si el poder adjudicador conservaba la propiedad de las obras en cuestión, basándose en que no puede concederse aquello que no se tiene o que se ha dejado de tener» (Llorens, F. y Soler-Couteaux, P., «Marchés, DSP, concesión de travaux ou d'aménagement: de quelques problèmes de frontière», *Contrats et marchés publics, Les revues Jurisclasseur*, noviembre 2011, punto 10). Los mismos autores se expresaron en igual sentido en un primer comentario a la sentencia Helmut Müller, antes citada: «Una cosa es cierta: la venta de terrenos no puede asimilarse a una concesión de obras si la obra que va a construirse sigue siendo propiedad (definitiva) del adquirente […]. De esta manera se cierra el debate acerca de si el hecho de que el adquirente de un terreno explote las construcciones que pretende edificar sobre el mismo en calidad de propietario no puede asimilarse con el derecho de explotación, característico de la concesión». No obstante, los autores se interrogan sobre la hipótesis –similar a la del caso de autos– en la que el poder adjudicador participa en la financiación de las construcciones o las ha edificado por su propia iniciativa. Pero consideran que, en tal caso, «el contrato tampoco podrá asimilarse en mayor medida a una concesión si la explotación del adquirente se refiere exclusivamente a las obras de la que es propietario» (Llorens, F. y Soler-Couteaux, P., «La vente de terrains, la concession de travaux publics et le marché public de travaux: la vision de la CJUE (à propos de l'arrêt Helmut Müller)», *Contrats et marchés publics, Les revues Jurisclasseur*, mayo 2010, punto 5). Para una crítica de esta tesis, véase A.-L. DURVIAUX, «Droit européen des marchés publics et autres contrats publics», *RTD eur.*, 2011, p. 423 a 447, sp. nº13. Para una interpretación restrictiva, véase también Fatôme, E. y Richer, L., «Concession de travaux et droit d'exploitation», AJDA, 2012, p. 682: «En consecuencia, dado que el derecho a explotar un bien constituye un atributo del derecho de propiedad de dicho bien, parece lógico considerar que, para que un contrato pueda calificarse de concesión de obras, sea necesario que dicho contrato prevea que, una vez ejecutada por el contratista, la obra pase a ser propiedad del poder adjudicador». Véase también Meister, M., «Champ d'application de la Directive 2004/18 et notion de 'travaux'», *Europe*, mayo 2010, p. 29.

152. Para los partidarios de esta tesis, que puede calificarse de restrictiva, el concesionario deja necesariamente la propiedad en manos del poder adjudicador y conserva la gestión del bien con el fin principal de ponerlo a disposición del público y de percibir un precio por dicha gestión. [97]

153. Sin embargo, para otros, la Directiva 2004/18 preconiza un concepto más amplio de concesión. [98] Según estos autores, la explotación de la obra implica el derecho a beneficiarse de ella sin tener que cobrar necesariamente unos derechos a los usuarios. Según esta interpretación, el promotor puede repercutir en el precio de venta de los terrenos, viviendas u otras obras el derecho a explotarlas. En tal caso, la propiedad del bien no permanece o no vuelve al poder adjudicador pero, no obstante, su contratista ha podido explotar el bien que ha construido vendiéndolo.

154. Esta interpretación sería conforme a las definiciones de la Directiva 2004/18 pues en la misma se define la concesión de obras públicas por remisión a la definición de «obras públicas». Pues bien, es cierto que la definición de contratos públicos de obras no impone que el bien siga siendo o pase a ser propiedad del poder adjudicador. Para los autores que defienden la interpretación amplia de la concesión, no procede, por tanto, hacer una distinción entre los dos tipos de contratos en función del titular del derecho de propiedad. [99]

155. Hay otro sector para el cual la cuestión sigue abierta y que esperan una aclaración sobre la misma. [100]

156. Comparto el punto de vista de estos últimos.

157. Partiendo del marco trazado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Helmut Müller, antes citada, según el cual el poder adjudicador no puede disponer de la obra cuando «el derecho de explotación *deriva únicamente* del derecho de propiedad del operador afectado», [101] procede preguntarse acerca de cuál es la fuente, que no sea el derecho de propiedad, de la que puede derivarse el derecho de explotación.

158. En el caso de autos, ¿cuál sería, entonces, la otra fuente de la que nace el derecho de explotación?

159. Dejando aparte el derecho de propiedad ejercido sobre los terrenos y las construcciones –tanto si dicho derecho ha sido obtenido antes de las operaciones o al mismo tiempo que las mismas, como si el promotor lo ha obtenido de un tercero o de un poder público–, sólo me viene a la mente la obtención de las autorizaciones necesarias para llevar a cabo las obras contempladas en el contrato de cooperación.

160. No obstante, procede recordar que, en la sentencia Helmut Müller, antes citada, el Tribunal de Justicia rechazó la tesis según la cual el riesgo económico inherente a la figura de la concesión reside en la incertidumbre acerca de la obtención de las autorizaciones urbanísticas necesarias. Para el Tribunal de Justicia, en tal hipótesis, el riesgo no está relacionado con la explotación, sino con la competencia del poder adjudicador en materia de urbanismo. [102] Además, en el caso de autos, no existe tal riesgo para el promotor, dado que el contrato de cooperación prevé expresamente que «en los contratos de venta de las parcelas afectadas habrá de indicarse que la entrega [de los terrenos] se

97 — En este sentido, Fatôme, E. y Richer, L., «Concession de travaux et droit d'exploitation», *op. cit.* Por su parte, estos autores se remiten a las conclusiones presentadas por el Abogado General Jääskinen en el asunto que dio lugar a la sentencia Comisión/España, antes citada (sentencia de 16 de septiembre de 2010, asunto C-306/08).

98 — Fatôme, E. y Richer, L., «Concession de travaux et droit d'exploitation», *op. cit.*

99 — Véase, en este sentido, Llorens, F. y Soler-Couteaux, P., «Marchés, DSP, concession de travaux ou d'aménagement: de quelques problèmes de frontière», *Contrats et marchés publics, Les revues Jurisclasseur*, noviembre 2011, punto 10.

100 — Brown, A., «Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt fur Immobilienaufgaben C-451/08): clarification on the application of the EU procurement rules to land sales and development agreements» P.P.L.R., 2010, 4, NA 125-130.

101 — Apartado 73. El subrayado es mío.

102 — Ibídem, apartado 78.

hará bajo la condición resolutoria de haber obtenido, en la fecha de inicio de los trabajos de construcción prevista en la cláusula 9.1, una licencia de obras válida» [103] y que «la entrega de la parcela destinada al centro comercial y la de las viviendas se realice, como muy tarde, cuatro semanas después de que se disponga de una licencia de obras válida para el uso de que se trate». [104]

161. Por consiguiente, considero, por analogía, que no puede deducirse que el derecho a explotar las obras se derive de la condición resolutoria referida a la obtención de los permisos. Si no se concede la licencia, ocurrirá simplemente que las obras no se construirán y podrá resolverse, en su caso, la venta de los terrenos (véase la cláusula 7, apartados 2, 3 y 4 del contrato de cooperación).

162. Ciertamente, Hurks necesita al Ayuntamiento para que le ayude a obtener los permisos y autorizaciones excepcionales necesarias para llevar a cabo las obras. Sin embargo, al parecer, no es el Ayuntamiento quien concede los permisos. Por este motivo, no puede calificársele de fuente de la que «deriva» el derecho de explotación.

163. De manera más general, me pregunto si puede realmente existir algún caso en el que el derecho a explotar no se derive únicamente del derecho de propiedad del poder adjudicador o del operador.

164. En efecto, parece, *a priori*, que las diferentes figuras clásicas del Derecho que permiten el uso de una cosa sin ser titular del dominio siempre tienen su origen en un desmembramiento de la propiedad (como por ejemplo, los casos de servidumbre, enfiteusis o usufructo). Si el concesionario obtiene su derecho a explotar de alguna de esas figuras (servidumbre, enfiteusis, usufructo), no es, por tanto, propietario, de manera que la cuestión de la imposibilidad de una concesión no se plantea.

165. Si es el poder adjudicador quien concede tal derecho, el concesionario no es propietario, sino que se beneficia únicamente de un derecho limitado de explotación y obtiene tal derecho de la autorización de explotación concedida por el poder adjudicador.

166. A la inversa, si es él quien concede una servidumbre, un usufructo o un derecho de enfiteusis, lo hace en calidad de propietario y la explotación que, en su caso, conserve se deriva de su derecho de propiedad.

167. La incertidumbre que generan los términos de la sentencia Helmut Müller, antes citada, en relación con la incidencia de la propiedad de la obra para el operador me parece muy limitada y creo que afecta únicamente a ciertas situaciones que no se dan en el caso de autos.

168. Al igual que los Abogados Generales Mengozzi y Jääskinen, sería partidario, por mi parte, de que el Tribunal de Justicia excluyera pura y simplemente la posibilidad de una concesión de obras públicas cuando se reconoce un derecho de propiedad sobre las obras realizadas al (supuesto) concesionario. [105]

103 — Cláusula 7.2. del contrato de cooperación firmado entre el Ayuntamiento y Hurks.

104 — Cláusula 7.3. del mismo contrato de cooperación.

105 — Véanse las conclusiones del Abogado General Mengozzi en el asunto que dio lugar a la sentencia Helmut Müller, antes citada, punto 90. En cuanto al Sr. Jääskinen, en las conclusiones que dieron lugar a la sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 97, escribió lo siguiente: «Ahora bien, incluso aceptando que pueda entenderse que la propiedad del suelo que recibe el urbanizador comporta un derecho a la explotación, *opinión que no comparto*, tal derecho se concede por un período indefinido de tiempo y contraviene, por lo tanto, la definición de concesión dada por el Tribunal de Justicia en las sentencias Helmut Müller y Pressetext.» (el subrayado es mío). En cambio, como ya he explicado anteriormente, no comparto la opinión del Sr. Jääskinen en relación con la incidencia de la duración indefinida del contrato en la calificación de la operación.

169. En cualquier caso, si el Tribunal de Justicia tuviera que despejar, en un sentido o en otro, la incertidumbre que se desprende de la sentencia Helmut Müller, antes citada, en relación con la incidencia de la propiedad de la obra para el operador, considero que, en las circunstancias del caso de autos, la Comisión no ha demostrado suficientemente que exista realmente una contrapartida ? concretamente, el derecho a explotar o dicho derecho acompañado de un precio– para la sociedad Hurks, propietaria de los terrenos y de las obras que se han de realizar. Por lo tanto, no puede tratarse de un contrato de concesión de obras públicas.

170. A la vista de esta última consideración, sugiero al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de la Comisión.

171. Es cierto que mi conclusión no elimina el riesgo de que, a través de contratos de venta con transmisión de dominio, se eludan las normas sobre contratación pública. Esta situación no es, por lo tanto, satisfactoria. No obstante, ésta es una consideración *de lege ferenda*.

172. En el caso de autos, el Tribunal de Justicia debe limitarse estrictamente a pronunciarse en el marco de un recurso por incumplimiento con arreglo al Derecho existente y en función de los elementos de prueba aportados por la Comisión. Si ésta considera que el riesgo descrito anteriormente es importante y nefasto para la Unión Europea, le corresponde hacer uso de su derecho de iniciativa legislativa para modificar la Directiva 2004/18.

2. Síntesis

173. La Directiva aplicable es la que está en vigor en el momento en que el poder adjudicador elige el tipo de procedimiento que va a seguir y valora si es o no necesario proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público.

174. Considero que, en el caso de autos, el Ayuntamiento adoptó esta decisión el 23 de abril de 2002. Por lo tanto, la Directiva 2004/18 no era, en mi opinión, aplicable. Pues bien, la Comisión fundamenta su recurso en esa Directiva.

175. Los requisitos necesarios para que nos encontremos ante una concesión de obras públicas se desprenden, por su parte, de las definiciones de «contratos públicos de obras» y de «concesión de obras públicas» que figuran en el artículo 1, apartado 2, letras a) y b), y en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18, respectivamente. Son tres. Es necesario:

— un *contrato escrito* entre un poder adjudicador y un operador económico;

— un contrato cuyo objeto sea *bien la ejecución, bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras* relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva o de una obra, *bien la realización*, por cualquier medio, *de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador*;

— *un contrato oneroso*, siendo su contrapartida necesariamente, o bien únicamente el derecho a explotar la obra, o bien dicho derecho acompañado de un precio (artículo 1, apartado 3).

176. A mi juicio, el carácter oneroso del contrato implica, por una parte, la realización por el concesionario de una obra que presente un beneficio económico directo para el poder adjudicador, y, por otra parte, una contrapartida para el concesionario, a saber, el derecho a explotar la obra, o dicho derecho acompañado de un precio para el concesionario. Para cumplir con este este requisito, dada la actual redacción de los textos aplicables, la concesión puede hacerse por tiempo indefinido. Sin embargo, no puede hacerse de manera infinita, en particular, en forma de una cesión del derecho de propiedad al contratista.

177. En consecuencia, dado que Hurks basa su derecho de explotación en la propiedad de los terrenos comprados al Ayuntamiento y que dicha propiedad no se ha obtenido por medio de un contrato de concesión de obras públicas, considero infundado el recurso de la Comisión.

IV. Costas

178. Según el artículo 138 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. En consecuencia, procede condenar a la Comisión a soportar las costas del Reino de los Países Bajos, al haberlo solicitado este último.

179. Con arreglo al artículo 140 del Reglamento de Procedimiento, la República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.

V. Conclusión

180. Conforme a los razonamientos que preceden, propongo al Tribunal de Justicia:

1) con carácter principal, que desestime el recurso de la Comisión Europea, por cuanto 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, no es aplicable *ratione temporis*;

2) con carácter subsidiario, que desestime el recurso de la Comisión Europea, por cuanto la Directiva 2004/18 no es aplicable dado que el contrato de que se trata no es un contrato de concesión de obras públicas;

3) en cualquier caso, que condene a la Comisión al pago de las costas del Reino del Reino de los Países Bajos, debiendo Alemania cargar con sus propias costas.