

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 15 de junio de 2006¹

I. Introducción

enajenadas y asumiría en general el riesgo de pérdida.

1. En el presente asunto, un órgano jurisdiccional francés, el tribunal administratif de Lyon,² plantea al Tribunal de Justicia varias cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario en materia de contratos públicos. Estas cuestiones se plantean con motivo de un litigio sobre un centro de ocio en la ciudad francesa de Roanne, cuyo proyecto y realización fueron encargados a una sociedad de capital mixto de ordenación urbana, sin haber mediado al efecto un procedimiento previo de adjudicación. Este proyecto se caracteriza en particular por el hecho de que sólo algunas partes del centro de ocio proyectado, tras su conclusión, estaban destinadas a la propia ciudad, mientras que otras partes debían ser enajenadas por la sociedad de ordenación urbana directamente a terceros, si bien la Ciudad contribuiría a su financiación, adquiriría la propiedad de las partes de la obra que al término del proyecto no hubieran sido

2. Ante esta situación, el órgano jurisdiccional remitente solicita, en primer lugar, información sobre cuáles son los preceptos del Derecho comunitario en materia de contratos públicos que pueden aplicarse a un proyecto de esta naturaleza y cómo debe interpretarse en particular el concepto de contrato público de obras. Al mismo tiempo se suscita la pregunta de si para determinar la cuantía del contrato debe considerarse el volumen total del proyecto o si en su cálculo únicamente es relevante el precio que el poder adjudicador habrá de satisfacer por las partes de la obra a él destinadas, incrementado, en su caso, por un importe global de financiación por él asumido. Finalmente, deberá esclarecerse si se puede prescindir de un procedimiento de adjudicación cuando, según el Derecho nacional, el convenio en cuestión sólo puede ser celebrado con determinadas personas jurídicas, las cuales, por su parte, en caso de adjudicación de posibles subcontratas estarían obligadas a llevar a cabo procedimientos de adjudicación.

1 — Lengua original: alemán.

2 — Órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo de Lyon (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente»).

II. Marco jurídico

A. Derecho comunitario

3. El artículo 1 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 obras³ (en lo sucesivo, «Directiva 93/37») dispone lo siguiente:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) *contratos públicos de obras*: los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador;

3 — DO L 199, p. 54. Esta Directiva quedó derogada y se sustituyó por la Directiva 2004/18/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114; en lo sucesivo, «Directiva 2004/18»). No obstante, esta modificación del Derecho rige a partir del 31 de enero de 2006, por lo que no es relevante para los hechos del procedimiento principal.

b) *poderes adjudicadores*: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público.

Organismo de derecho público: cualquier organismo:

- creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- dotado de personalidad jurídica, y
- cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o

bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público.

añadido (IVA), sea igual o superior al equivalente en ecus de 5 millones de derechos especiales de giro (DEG);

[...]

[...]

- c) *obra*: el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por sí misma una función económica o técnica;

[...]»

4. El artículo 6 de la Directiva 93/37, en su versión resultante de la Directiva 97/52/CE,⁴ establece lo siguiente:

«1. La presente Directiva se aplicará:

- a) a los contratos públicos de obras cuyo valor sin el impuesto sobre el valor

3. Cuando una obra esté dividida en varios lotes, cada uno de los cuales sea objeto de un contrato, el valor de cada lote se tomará en cuenta para evaluar el importe indicado en el apartado 1. Cuando el valor acumulado de los lotes sea igual o superior al importe fijado en el apartado 1, las disposiciones de dicho apartado se aplicarán a todos los lotes. No obstante, los poderes adjudicadores podrán introducir excepciones en la aplicación del apartado 1 para aquellos lotes cuyo valor, sin IVA, sea inferior a 1.000.000 ecus, siempre que el importe acumulado de los mismos no sea superior al 20 % del valor acumulado de todos los lotes.

4. No se podrá fraccionar ninguna obra o contrato con objeto de sustraerse a la aplicación de la presente Directiva.

5. Para el cálculo del importe contemplado en el apartado 1, así como en el artículo 7, se tomará en consideración, además del importe de los contratos públicos de obras, el valor estimado de los suministros neces-

4 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente (DO L 328, p. 1).

rios para la ejecución de las obras puestas a disposición del contratista por los poderes adjudicadores.

6. Los poderes adjudicadores velarán por que no exista discriminación entre los distintos contratistas.»

5. En la fecha de los hechos de este asunto, al umbral de 5 millones de derechos especiales de giro le correspondía un contravalor de 6.242.028 euros.⁵

B. Derecho nacional

6. En la fecha de los hechos del procedimiento principal, la redacción vigente⁶ del artículo L. 300-4 del Code de l'urbanisme francés⁷ (en lo sucesivo, «artículo L. 300-4 del Code de l'urbanisme, redacción anterior»), establecía lo siguiente:

5 — Véase la publicación del contravalor de los umbrales previstos por las directivas comunitarias en materia de contratación pública aplicables a los contratos públicos a partir del 1 de enero de 2002 (Comunicación de la Comisión, DO 2001, C 332, p. 21, punto 2, tercera columna).

6 — Esta redacción procede de la Ley n° 2000-1208, de 13 de diciembre de 2000, JORF de 14 de diciembre de 2000.

7 — Código de urbanismo.

«El Estado, las entidades locales y sus organismos públicos pueden confiar el estudio y la ejecución de medidas de ordenación previstas en el presente Libro a todo sujeto de Derecho público o privado que reúna las condiciones para ello.

En caso de celebrarse un acuerdo con un organismo público, una sociedad local de capital mixto en el sentido de la Ley n° 83-597, de 7 de julio de 1983, o una sociedad de capital mixto participada con más de la mitad del capital, por uno o varios de los sujetos de Derecho público siguientes: Estado, Regiones, Provincias, Municipios o agrupaciones de los mismos, este acuerdo puede adoptar la forma de un convenio público de ordenación. En este caso, al organismo contratante puede serle encomendada la adquisición por vía de expropiación y de retracto, así como la ejecución de todo tipo de medidas y actos de ordenación y de urbanización, que apoyen la medida global objeto del convenio público de ordenación.

A los organismos mencionados en el apartado anterior les puede ser encomendado en el marco de un contrato de mandato la realización de estudios preliminares necesarios para la determinación de las características de las medidas, quedando autorizados para celebrar en nombre y por cuenta de la entidad o la agrupación de entidades contratos sobre estudios.

[...]

7. Tras la incoación por parte de la Comisión de un procedimiento por incumplimiento contra Francia, el artículo L. 300-4 del Code de l'urbanisme fue modificado por la Ley n° 2005-809⁸ y su versión actual es la siguiente (en lo sucesivo, «artículo L. 300-4 del Code de l'urbanisme, versión actual»):

«El Estado, los entes territoriales y sus organismos públicos pueden encomendar a todo sujeto de Derecho que reúna las condiciones para ello la realización de las medidas de ordenación urbana previstas en el presente Libro.

La adjudicación de concesiones urbanísticas se llevará a cabo por el concedente en el marco de un procedimiento público de licitación que permita la presentación de diferentes ofertas con los requisitos establecidos por decreto del Conseil d'État.

El concesionario asume el deber de inspección de las obras y de los actos de urbanización que contribuyen a la medida previstos en la concesión y vela por la realización de los estudios y de todas las tareas necesarios para su ejecución. El concesionario puede recibir del concedente el encargo de adquirir los bienes necesarios para la ejecución de la medida, también, en su caso, por vía de expropiación o de retracto. El concesionario lleva a cabo la venta, el alquiler o la concesión de los inmuebles sitios en el interior del perímetro de la concesión.»

8. Además el artículo 11 de la Ley n° 2005-809 establece:

«Sin perjuicio de decisiones judiciales firmes, se declaran válidas, en la medida en que su conformidad con el Derecho se discuta basándose en que la designación del sujeto encargado de llevar a cabo la ordenación tuvo lugar sin un previo procedimiento público de licitación que hubiera hecho posible la presentación de diferentes ofertas:

1. las concesiones en materia de ordenación, los convenios públicos de ordenación y los acuerdos de ordenación que hayan sido suscritos antes de la publicación de esta ley;

[...]»

III. Hechos y procedimiento principal

9. En enero de 2002, la ciudad francesa de Roanne planificó, como medida de ordenación urbana, la creación de un centro de ocio. La operación debía comprender en un primer tramo de obras un centro multicines;

8 — Ley de 20 de julio de 2005, JORF de 21 de julio de 2005.

además estaba prevista la construcción de locales comerciales, un aparcamiento público dotado de 320 plazas, así como vías de acceso y espacios públicos. Para un tramo posterior de las obras se proyectó la construcción de más locales comerciales y de un hotel.

10. La ejecución del proyecto se confió a una sociedad de capital mixto de ordenación, la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL). Para ello, la Ciudad de Roanne celebró el 25 de noviembre de 2002 un convenio público de ordenación⁹ con la SEDL, para cuya firma el pleno del Ayuntamiento de Roanne había autorizado previamente a su alcalde por medio de acuerdo de 28 de octubre de 2002.

11. En este convenio se atribuyó a la SEDL, entre otras cosas, la función de proceder a adquisiciones inmobiliarias y procurar la obtención de fondos, presentar determinados documentos contables, encargar la realización de estudios, convocar un concurso de ingeniería, encargar las obras de construcción así como garantizar la coordinación de la operación y la información a la Ciudad.

12. Según las estipulaciones del convenio celebrado, el aparcamiento público del centro de ocio urbano a construir, las vías de acceso y los espacios públicos debían pasar a

integrar el patrimonio de la Ciudad. Por el contrario, el destino del resto de las obras proyectadas era su enajenación a terceros, estimándose al respecto que la SEDL, en su calidad de titular del proyecto, podría obtener por medio de estas enajenaciones ingresos por importe de 8.099.000 euros.

13. Respecto al aparcamiento público, en el convenio estaba previsto como contrapartida el pago a la SEDL por la Ciudad de un importe de 2.925.000 euros. Al mismo tiempo, la Ciudad debía contribuir a la financiación de la totalidad de las obras a realizar con una participación en el capital de la sociedad, que para el primer tramo se fijó en 2.443.103 euros y en 3.034.341 euros para la totalidad de las obras.¹⁰ Además se estipuló que los terrenos y las obras que a la terminación del proyecto aún no hubieran sido enajenados a terceros por la SEDL pasarían a ser automáticamente propiedad de la Ciudad de Roanne, comprometiéndose ésta a continuar con la ejecución de los contratos en curso y a ser la única obligada por las deudas contraídas por la SEDL hasta la fecha. En suma, la Ciudad de Roanne asumió expresamente también el riesgo de pérdida.¹¹

14. La celebración del convenio público de ordenación con la SEDL no fue precedida de ninguna medida de publicidad ni de convocatoria de licitación.

9 — Convention publique d'aménagement.

10 — En un anexo del convenio público de ordenación, que le fue presentado al Tribunal de Justicia por el Gobierno francés, se fija además un importe de 210.000 euros, que debe ser aportado por otros participantes (los denominados «partenaires du pôle d'échanges»).

11 — Así lo establece, por ejemplo, el artículo 25-1 del convenio público de ordenación: «[...] le risque financier de l'opération est à la charge de la Collectivité Publique Cocontractante [...]».

15. Los demandantes en el procedimiento principal son miembros de la oposición en el Ayuntamiento de la Ciudad de Roanne. Éstos solicitan ante el tribunal administratif de Lyon la anulación del acuerdo del pleno del Ayuntamiento de 28 de octubre de 2002 y mantienen que se ha producido una infracción de las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos. En su opinión, debería haber tenido lugar un procedimiento de adjudicación en los términos de la Directiva 93/37.

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

16. Mediante resolución de 7 de abril de 2005 el tribunal administratif de Lyon ha suspendido el procedimiento y ha planteado al Tribunal de Justicia las siguientes tres cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1 de la Directiva [...] un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización, con un fin de interés general, de un proyecto de ordenación, en el marco del cual la segunda entidad adjudicadora entrega a la primera obras destinadas a satisfacer sus necesidades, cuando, al expirar dicho convenio, la primera entidad adjudicadora pase automáticamente a ser propietaria de los terrenos y las obras que no hayan sido enajenados a terceros?»
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, a los efectos de apreciar el umbral ya mencionado de 5 millones de [DEG] fijado por el artículo 6 de la misma Directiva, ¿procede tener en cuenta únicamente el precio pagado por la transmisión de las obras a la entidad adjudicadora, o bien la suma de dicho precio y de las participaciones satisfechas, aun si las mismas sólo se afectan parcialmente a la realización de las referidas obras, o bien, por último, la totalidad del importe de las obras, cuando los bienes no enajenados a la expiración del contrato pasen automáticamente a ser propiedad de la primera entidad adjudicadora, que continúa en tal supuesto la ejecución de los contratos vigentes y asume las deudas contraídas por la segunda entidad adjudicadora?
- 3) En caso de respuesta afirmativa a las dos primeras cuestiones, ¿está exenta la primera entidad adjudicadora, al celebrar dicho convenio, de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos previstos por la misma Directiva, en razón de que el citado convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas y de que esos mismos procedimientos serán aplicados por la segunda entidad adjudicadora para la celebración de sus contratos de obras?»

17. Ante el Tribunal de Justicia, además de la Ciudad de Roanne como parte demandada en el procedimiento principal, han presentado también observaciones orales y escritas el Gobierno francés y la Comisión de las Comunidades Europeas. También presentaron observaciones orales y escritas el Gobierno lituano, el Gobierno austriaco y el Gobierno polaco. Los demandantes del procedimiento principal no presentaron dentro de plazo su escrito, pero han prestado observaciones orales ante el Tribunal de Justicia.

V. Apreciación

A. Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

18. La Ciudad de Roanne y el Gobierno francés ponen en duda la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

19. En primer lugar, la Ciudad de Roanne considera que las cuestiones prejudiciales no son relevantes para la decisión del litigio principal ya que el legislador francés, posteriormente y de manera expresa, ha declarado válidos los convenios públicos de ordenación como el convenio controvertido en el presente asunto (a través de la denominada «validation législative»). Esto implica, mantiene, que ya no puede dudarse de su

conformidad con el Derecho basándose en la falta de un procedimiento previo de adjudicación.

20. Según jurisprudencia reiterada, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Éste sólo puede declarar la inadmisibilidad de una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando *resulta evidente* que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando la cuestión es general o hipotética y el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones que le han sido planteadas.¹² Salvo en estos casos, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de las normas de Derecho comunitario.¹³

21. En el presente asunto no resulta de ninguna manera *evidente* que las cuestiones planteadas por el tribunal administratif de

12 — Véanse, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman y otros* (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartados 59 a 61; de 18 de noviembre de 2003, *Budějovický Budvar* (C-216/01, Rec. p. I-13617), apartado 47; de 7 de junio de 2005, *VEMW y otros* (C-17/03, Rec. p. I-4983), apartado 34, y de 10 de enero de 2006, *IATA y ELFAA* (C-344/04, Rec. p. I-403), apartado 24.

13 — Sentencias *Bosman y otros*, apartado 59, *Budějovický Budvar*, apartado 47, e *IATA y ELFAA*, apartado 24, citadas en la nota 12 *supra*.

Lyon relativas a la interpretación de la Directiva 93/37 carezcan de relevancia de cara a resolver el conflicto jurídico debatido en el procedimiento principal.

22. Cierto es que el artículo 11 de la Ley n° 2005-809 ha declarado la validez ulterior de determinados convenios públicos de ordenación, incluso cuando éstos fueron celebrados sin haber mediado un procedimiento de adjudicación que tal vez hubiera sido un requisito indispensable.

23. No obstante, el objeto del procedimiento principal no es la validez del *convenio* celebrado entre la Ciudad de Roanne y la SEDL, sino la validez del *acuerdo del pleno del Ayuntamiento* en virtud del cual se autorizó al alcalde de Roanne para su firma antes de la celebración misma del convenio. Se trata, pues, en esencia, de un litigio interno del Ayuntamiento, en el cual se debate en primer lugar sobre las facultades de los órganos de la Ciudad de Roanne.¹⁴ Para la resolución de este litigio pueden ser, en efecto, relevantes los preceptos del Derecho comunitario en materia de procedimientos de adjudicación que deberían haber sido aplicados, aunque llegara a confirmarse, a efectos externos, que el convenio celebrado

14 — Dado que, por consiguiente, la validez del convenio público de ordenación no es objeto de examen en el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional remitente tampoco se encuentra ante la necesidad de dejar de aplicar el artículo 11 de la Ley n° 2005-809 en el caso de ser contrario al Derecho comunitario (sobre el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de dejar de aplicar por su propia autoridad disposiciones contrarias al Derecho comunitario, véase la jurisprudencia reiterada desde la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), apartados 21 y 24, recientemente confirmada por la sentencia de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros (C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565), apartado 72, y jurisprudencia que allí se cita.

con la SEDL es válido. En todo caso, no parece poder descartarse de antemano la posibilidad de anulación de un acuerdo del pleno del Ayuntamiento incluso en el supuesto de que el convenio público de ordenación celebrado con una sociedad de capital mixto basado en él no pueda ser impugnado como tal judicialmente. Por lo demás corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales analizar las consecuencias de una eventual invalidez del acuerdo del pleno del Ayuntamiento sobre la eficacia del convenio entre la Ciudad de Roanne y la SEDL.

24. Por consiguiente, no procede la objeción de inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial alegada por la Ciudad de Roanne.

25. En opinión del Gobierno francés, las cuestiones prejudiciales carecen asimismo de relevancia para la resolución del litigio principal porque se refieren al supuesto de un convenio público de ordenación. En realidad, mantiene el Gobierno francés, un centro de ocio urbano como el controvertido en el procedimiento principal no es una medida de ordenación. En consecuencia, las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia son cuestiones meramente hipotéticas.

26. Tampoco esta objeción es convincente. La calificación que según el Derecho nacio-

nal deba hacerse del acuerdo celebrado con la SEDL y si tanto la Ciudad de Roanne como el órgano jurisdiccional remitente, acertada o equivocadamente, consideran que se trata de un convenio público de ordenación son aspectos irrelevantes.¹⁵ Pues en el procedimiento del artículo 234 CE, al Tribunal de Justicia sólo le compete interpretar el Derecho comunitario, no los preceptos del Derecho nacional, y tampoco debe decidir si éstos han sido correctamente interpretados por el órgano jurisdiccional remitente.¹⁶ Al Tribunal de Justicia le incumbe tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en el que se insertan las cuestiones prejudiciales, tal como lo define la resolución de remisión.¹⁷

Como se ha indicado anteriormente, estas preguntas se suscitan con motivo de un litigio concreto sobre la validez de un acuerdo del pleno del Ayuntamiento de la Ciudad de Roanne, de manera que las cuestiones no pueden ser consideradas de ningún modo como hipotéticas.

28. La petición de decisión prejudicial es por tanto admisible.

B. Apreciación material de las cuestiones prejudiciales

27. Incluso en el supuesto de que el acuerdo celebrado entre la Ciudad de Roanne y la SEDL efectivamente no pudiese clasificarse en la categoría de convenio público de ordenación, el Tribunal de Justicia dispondría en el presente asunto de suficientes datos relativos al marco fáctico y normativo del procedimiento principal para poder ofrecer al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil a las cuestiones planteadas sobre la interpretación de la Directiva 93/37.

1. Sobre la primera cuestión: concepto de contrato público de obras

29. Con su primera cuestión el órgano jurisdiccional remitente quisiera saber, en esencia, si se está ante un contrato público de obras en el sentido del artículo 1 de la Directiva 93/37 cuando un primer poder adjudicador encarga a un segundo poder adjudicador, como medida de ordenación urbana, el proyecto y la realización de un centro de ocio, del cual sólo algunas partes, una vez construidas, están destinadas al primer poder adjudicador, mientras que otras partes deberán ser enajenadas a terceros directamente por el segundo poder adjudicador, previéndose por lo demás que el primer poder adjudicador adquiere las partes que al final del proyecto no hayan sido enajenadas y corre en definitiva con el riesgo de pérdida.

15 — En este sentido véase la sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia (C-264/03, Rec. p. I-8831), apartado 36. Según esta sentencia no procede examinar cómo califica el Derecho nacional un contrato concreto si lo que debe dilucidarse es si ese contrato es o no un contrato público de obras según los términos de las directivas comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación.

16 — Sentencias de 12 de enero de 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Rec. p. I-589), apartado 20, y de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros (C-222/04, Rec. p. I-289), apartado 63.

17 — Sentencias Turn- und Sportunion Waldburg, citada en la nota 16 *supra*, apartado 21, y de 30 de junio de 2005, Tod's y Tod's Francia (C-28/04, Rec. p. I-5781), apartado 14, y jurisprudencia que allí se cita.

30. De la definición del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 se deduce que un contrato público de obras se refiere a determinadas prestaciones recogidas en esta Directiva en las que un poder adjudicador celebra un contrato oneroso por escrito con un contratista.

a) Objeto del contrato: delimitación respecto al contrato público de servicios y a otros contratos públicos

31. Según el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, pueden ser objeto de un contrato público de obras las tres siguientes clases de prestaciones:¹⁸

— bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II de la Directiva 93/37,¹⁹

18 — Véase también la sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi y otros, «Scala de Milán» (C-399/98, Rec. p. I-5409), apartado 58.

19 — El anexo II de la Directiva 93/37 contiene una lista de actividades profesionales en el ramo de la construcción correspondiente a la nomenclatura general de actividades económicas en las Comunidades Europeas (NACE). En ella se encuentra, entre otras, la posición 501.1 de la NACE «Empresa general de construcción», dentro del grupo 501 de la NACE «Construcción de inmuebles (viviendas y otros)».

— bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de una obra; entendiéndose aquí por obra el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por sí misma una función económica o técnica [artículo 1, letra c), de la Directiva 93/37]; o

— la realización, por cualquier medio, de una obra [a través de terceros]²⁰ que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

32. Según indica el órgano jurisdiccional remitente, el centro de ocio urbano a construir en la Ciudad de Roanne debía incluir especialmente un centro multicines y locales comerciales, más un aparcamiento público, vías de acceso y espacios públicos; para un tramo posterior de las obras estaba previsto construir más locales comerciales y un hotel.

33. La realización de un centro de ocio de estas características exige que se lleven a cabo obras en el sentido de las tres variantes del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37: en primer lugar, se trata de una operación cuya ejecución requiere numerosas de las

20 — La expresión «durch Dritte» [a través de terceros] no se encuentra en otras versiones de la Directiva distintas del alemán.

actividades contenidas en el anexo II de la Directiva 93/37²¹ En segundo lugar, la SEDL, en el presente caso, construye el centro de ocio según las necesidades detalladas por la Ciudad de Roanne²² y bajo su control²³ recurriendo para ello a terceros contratistas. En tercer lugar, por último, un centro de ocio como el aquí controvertido también es el resultado de un conjunto de obras de construcción, que atendiendo a la mejoría de la infraestructura urbana perseguida,²⁴ cumple una función económica;²⁵ por consiguiente se trata de una obra en el sentido del artículo 1, letra a), en relación con letra c), de la Directiva 93/37.²⁶ Cada uno de estos tres aspectos evidencia que la realización de un centro de ocio como el proyectado por la Ciudad de Roanne está comprendido en el ámbito de aplicación material de la Directiva 93/37.

34. No obstante, en el presente caso, el objeto del convenio público de ordenación celebrado entre la Ciudad de Roanne y la SEDL fue mucho más allá de la mera *construcción* del centro de ocio urbano. Así,

21 — A tal respecto, véase el punto 31 de las presentes conclusiones, primer guión.

22 — A tal respecto, véase el punto 31 de las presentes conclusiones, tercer guión. Véanse también los puntos 52 y 53 de las presentes conclusiones.

23 — Respecto a este punto, de la resolución de remisión se desprende en particular que tendrán que presentarse los anteproyectos y los proyectos de ejecución de la SEDL a la Ciudad de Roanne para su aceptación y que la Ciudad de Roanne puede exigir a la SEDL la presentación de cualquier documento, llevar a cabo el seguimiento de las obras, acceder a las mismas y formular observaciones a la SEDL.

24 — En la resolución de remisión la operación se denomina expresamente medida de ordenación urbana.

25 — En este sentido —referido a la construcción de tramos de autopista— véanse las sentencias de 12 de septiembre de 2000, Comisión/Francia (C-276/97, Rec. p. I-6251), apartado 32, y de 27 de octubre de 2005, Comisión/Italia (C-187/04 y C-188/04, no publicada en la Recopilación), apartado 28.

26 — A tal respecto, véase el punto 31 de las presentes conclusiones, segundo guión.

a la SEDL le fue encomendada, entre otras cosas, la función de proceder a adquisiciones inmobiliarias y procurar la obtención de fondos, presentar determinados documentos contables, encargar la realización de estudios, convocar un concurso de ingeniería, encargar las obras de construcción así como garantizar la coordinación de la operación y la información a la Ciudad. Además a la SEDL le correspondía la venta de gran parte de las obras que debían realizarse.

35. Con estas tareas adicionales también han encontrado cabida en el contrato entre la Ciudad de Roanne y la SEDL elementos de la prestación de servicios. Ante esto, se suscita la cuestión de la delimitación entre los contratos públicos de obras, por una parte, y los contratos públicos de servicios en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50/CEE,²⁷ por otra. Varias partes intervinientes en el procedimiento han hecho alusión a este punto ante el Tribunal de Justicia.

36. De entre los mencionados elementos de la prestación de servicios sólo el *proyecto* de la obra puede incardinarse claramente en el ámbito de aplicación material de la Directiva 93/37, siempre que el contrato se refiera *conjuntamente* al proyecto y la ejecución de las obras [véase el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37]. Éste es el caso de un

27 — Directiva del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1). Esta Directiva fue derogada y sustituida por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, si bien con efectos a partir del 31 de enero de 2006, de manera que esta modificación legislativa no es relevante para los hechos del procedimiento principal.

convenio público de ordenación como el celebrado entre la Ciudad de Roanne y la SEDL, ya que en virtud de este convenio a la SEDL le fueron encomendados expresamente tanto el proyecto como la ejecución de las obras.

37. Habida cuenta de los demás elementos de la prestación de servicios, debe considerarse que existe un *contrato mixto*, cuya calificación jurídica depende de cuál sea su elemento esencial. Únicamente si el proyecto y la ejecución de las obras constituyen el objeto principal del contrato en comparación con el resto de las tareas del contratista, puede considerarse el contrato como un contrato público de obras; el proyecto y la ejecución de las obras no pueden tener un carácter meramente accesorio.²⁸

38. Compete al órgano jurisdiccional remitente llevar a cabo esta valoración.²⁹ No obstante, el Tribunal de Justicia puede ofrecer criterios orientativos de interpretación, que le facilitan la toma de su decisión y en los cuales debe basarse.³⁰

28 — En este sentido, véase el decimosexto considerando de la Directiva 92/50, cuyo contenido corrobora el décimo considerando de la Directiva 2004/18. Sobre la necesidad de determinar el elemento esencial a fin de delimitar el ámbito de aplicación material de la Directiva 93/37 con respecto a otras directivas comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación, véase también la sentencia de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Rec. p. I-1329), apartados 26 a 29.

29 — Sentencia Gestión Hotelera Internacional, citada en la nota 28 *supra*, apartado 28. Véase también la sentencia de 19 de enero de 2006, Bouanich (C-265/04, Rec. p. I-923), apartado 54.

30 — Jurisprudencia reiterada; véase, por ejemplo, la sentencia Scala de Milán, citada en la nota 18 *supra*, apartado 48.

39. En principio, el valor de las prestaciones acordadas puede constituir un punto de referencia a la hora de determinar el objeto principal de un contrato mixto y de valorar la importancia de cada uno de sus elementos integrantes. Siempre que se pueda determinar el precio individual de cada una de las prestaciones que deben realizarse habrá de compararse el valor de los trabajos de proyección y construcción, por un lado, con el valor del resto de las prestaciones a realizar, por otro. En todo caso, también tendrá que examinarse objetivamente el contrato en su totalidad, ya que sólo así puede determinarse si las obras constituyen el objeto principal del contrato no sólo cuantitativa sino también cualitativamente.³¹

40. En el presente asunto se desconoce el precio fijado para cada una de las prestaciones que debe cumplir la SEDL.³² Por consiguiente, lo determinante es el análisis objetivo del contrato en su conjunto: a la SEDL se le encomendó la realización de un

31 — Mientras que, según el artículo 2 de la Directiva 92/50, la delimitación entre contratos públicos de servicios y contratos públicos de suministro se rige exclusivamente por el valor de los servicios y productos de los que se trate [véase al respecto la reciente sentencia de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y otros (C-340/04, Rec. p. I-4137), apartado 31], para la delimitación entre contratos públicos de servicios y contratos públicos de obras no existe ningún precepto semejante. Para este último caso, el decimosexto considerando de la Directiva 92/50 se basa en *criterios cualitativos* (las obras tienen que constituir el «objeto del contrato»); este criterio cualitativo resulta aún más evidente en el décimo considerando de la Directiva 2004/18, donde se habla de «[...] obras [...] accesorias al objeto principal del contrato», que son «consecuencia o complemento del mismo».

32 — Únicamente para el aparcamiento público, destinado a la Ciudad de Roanne, existe un precio unitario. Por lo demás sólo está prevista una aportación financiera global de la Ciudad de Roanne para la totalidad de las obras. Asimismo la Ciudad de Roanne se ha declarado dispuesta a asumir las partes del centro de ocio que al término del proyecto no hayan sido enajenadas a terceros y a subrogarse en las obligaciones contractuales existentes que vencieran después de esa fecha.

centro de ocio urbano, concebido como medida de ordenación urbana. La tarea de llevar a cabo adquisiciones inmobiliarias y procurar la obtención de fondos tenía como única finalidad la preparación de este proyecto. Cabe afirmar lo mismo de la tarea de la SEDL de convocar un concurso de ingeniería. Más allá de estas tareas, las relativas a la obligación de coordinar la operación, de informar a la Ciudad y de presentar determinados documentos contables constituyen meras obligaciones accesorias, que sólo acompañan al propio proyecto y realización del centro de ocio por parte de la SEDL. También la tarea de venta de partes significativas del centro de ocio puede considerarse más bien de carácter accesorio en comparación con su proyecto y realización.

41. Por este motivo, el órgano jurisdiccional remitente considera, fundadamente, que, teniendo en cuenta la naturaleza y la importancia del resto de los trabajos que deben llevarse a cabo, la realización de obras como las aquí controvertidas no puede considerarse meramente secundaria. Al contrario, según la información sobre los hechos del procedimiento principal de que dispone el Tribunal de Justicia, el proyecto y la construcción del centro urbano de ocio constituyen el núcleo del encargo que la Ciudad de Roanne ha encomendado a la SEDL.

42. No puede argumentarse contra la calificación como contrato de obras de un convenio como el aquí controvertido que el centro de ocio que debía construirse fue concebido como una medida de ordenación urbana, ni tampoco el hecho de que esté

previsto que sólo una parte relativamente insignificante de ese centro de ocio —un aparcamiento público, vías de acceso y espacios públicos— pase a ser propiedad de la Ciudad tras la conclusión de las obras, mientras que el resto de las obras se destina a su enajenación a terceros, porque el concepto de contrato público de obras no depende del destino de la obra a realizar. En este sentido ya se ha pronunciado el Tribunal de Justicia, estableciendo que un contrato público de obras no sólo alude a contratos que tienen como finalidad el cumplimiento de funciones de interés general.³³ Igual de irrelevante es si el poder adjudicador pretende hacer uso de las obras o si su intención es ponerlas a disposición del público o de terceros determinados.

43. El artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 debe interpretarse a la luz de los objetivos perseguidos por este instrumento legal,³⁴ según el cual en el sector de los contratos públicos de obras deben eliminarse las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios y debe abrirse tales mercados a una competencia efectiva.³⁵ La consecución de estos objetivos también puede ponerse en peligro

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

34 — Sentencia Scala de Milán, citada en la nota 18 *supra*, apartados 52, 54 y 75.

35 — Véanse, en particular, el segundo y el décimo considerando de la Directiva 93/37, así como las sentencias Scala de Milán, citada en la nota 18 *supra*, apartados 18, 52 y 57; de 27 de noviembre de 2001, Impresa Lombardini (C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233), apartados 34 y 35; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros (C-470/99, Rec. p. I-11617), apartados 51 y 89, y de 7 de octubre de 2004, Sintesi (C-247/02, Rec. p. I-9215), apartado 35; en términos semejantes, la sentencia Carbotermo y otros, citada *supra* en nota 31, apartado 58.

cuando el poder adjudicador encarga una obra que –concebida, por ejemplo, como una medida de ordenación y de desarrollo urbanos o por motivos de política social–, total o parcialmente, de interés general o repercute en beneficio de terceros privados. El riesgo de distorsión de la competencia como consecuencia del favorecimiento de determinados operadores económicos frente a otros ya existe cuando un poder adjudicador decide encargar las obras a un contratista, con independencia de los motivos y del contexto en el que las obras deben realizarse o con qué finalidad.

44. El hecho de que a la SEDL se le haya encomendado adquirir los terrenos, y que la Ciudad de Roanne sólo adquiera de la SEDL las partes del centro de ocio a ella destinadas –aparcamiento público, vías de acceso y espacios públicos– cuando las obras *estén concluidas*,³⁶ no sustrae a un convenio público de ordenación como el presente del ámbito de aplicación material de la Directiva 93/37. El objeto del convenio entre la Ciudad de Roanne y la SEDL no es, según la información de la que se dispone, en absoluto solamente la entrega de un centro de ocio acabado, sino expresamente también el previo proyecto y la realización de las obras siguiendo las directrices marcadas por la Ciudad, a lo que la SEDL se ha comprometido contractualmente de manera expresa. Desde la perspectiva contraria, la Ciudad de Roanne, por su parte, no ha decidido sólo comprar unas obras ya acabadas, sino que ha encargado la realización de las mismas.

36 – Según el Derecho nacional francés, se trata de una figura conocida como «vente en l'état futur d'achèvement».

45. Por este mismo motivo, el convenio controvertido tampoco puede, por lo demás, ser calificado de *contrato público de suministro* en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36/CEE.³⁷ Como ya se ha indicado, el proyecto y la realización de las obras necesarios en este caso no tienen en absoluto el carácter de accesorios, sino que constituyen el núcleo del convenio controvertido. En tal caso, las normas sobre contratos públicos de obras constituyen el régimen más especial.³⁸

46. Por lo demás, de la facultad de la SEDL para enajenar directamente a terceros partes significativas del centro de ocio tampoco puede deducirse que se trate de una *concesión de obras públicas* en el sentido del artículo 1, letra d), de la Directiva 93/37. Es cierto que la relación triangular existente entre la Ciudad de Roanne, la SEDL y los terceros adquirentes, cuyos pagos constituyen gran parte de la retribución de la SEDL, evoca la figura de la concesión. Una concesión pública, sin embargo, presenta el rasgo adicional de que la parte contratante distinta del poder adjudicador es quien asume el riesgo económico del negocio.³⁹ Éste no es el caso en este asunto, en el que la Ciudad de Roanne se ha comprometido contractual-

37 – Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1). Esta Directiva fue derogada y sustituida por la Directiva 2004/18, si bien con efectos a partir del 31 de enero de 2006, de manera que esta modificación legislativa no es relevante para los hechos del procedimiento principal.

38 – Artículo 1, letra a), segunda frase, de la Directiva 93/36; véase también la sentencia *Gestión Hotelera Internacional*, citada en la nota 28 *supra*, apartados 25 y 26.

39 – En este sentido –sobre la diferencia entre contratos públicos de servicios y concesiones de servicios públicos– véase la sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 40.

mente a asumir las partes del centro de ocio que al término del proyecto no hayan sido enajenadas a terceros y también a asumir en definitiva el riesgo de pérdida del proyecto.

47. Considerando lo anteriormente expuesto, el convenio celebrado entre la Ciudad de Roanne y la SEDL es, por su objeto, un contrato público de obras y está comprendido en el ámbito de aplicación material de la Directiva 93/37.

b) Contrato oneroso celebrado por escrito entre un contratista y un poder adjudicador

48. Según lo dispuesto en el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, para admitir la existencia de un contrato público de obras es necesario además que la realización de las obras haya sido acordada por medio de un contrato oneroso por escrito celebrado entre un poder adjudicador y un contratista.

49. En su calidad de ente territorial, la Ciudad de Roanne es un *poder adjudicador* [véase el artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37]. El hecho de que posiblemente la realización de las obras del centro de ocio en un primer momento se lleve a cabo por la

SEDL en nombre propio y después —en parte— se transmita a la Ciudad de Roanne, no contradice la posición de la Ciudad como poder adjudicador.⁴⁰

50. El concepto de *contratista* no se define en la Directiva 93/37. En el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación, constituyendo una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado.⁴¹ Esta determinación del concepto puede extrapolarse al contexto de la contratación pública. Conforme a los objetivos perseguidos por la Directiva 93/37, a saber, contribuir a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios y permitir el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos,⁴² el concepto de contratista allí contenido debe ser interpretado también ampliamente. Esto viene confirmado asimismo por la definición legal, recogida para los casos futuros en el artículo 1, apartado 8, de la Directiva 2004/18. De conformidad con esta norma, es contratista en el sentido del Derecho comunitario en materia de procedimientos de adjudicación toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrezca en el mercado la realización de las prestaciones correspondientes.

40 — Sentencia Scala de Milán, citada en la nota 18 *supra*, apartado 95.

41 — Jurisprudencia reiterada; véanse como las más recientes la sentencia Cassa di Risparmio di Firenze y otros, citada en la nota 16 *supra*, apartados 107 y 108, y la sentencia de 23 de marzo de 2006, Enirisorse (C-237/04, Rec. p. I-2843), apartados 28 y 29, y jurisprudencia que allí se cita.

42 — Segundo considerando y décimo considerando, primera frase, de la Directiva 93/37. Véase también el punto 43 de las presentes conclusiones.

51. Para prestaciones relacionadas con el proyecto y la realización de obras, como las que necesitaba la Ciudad de Roanne en el presente asunto, existe un mercado. En este mercado pueden intervenir con sus ofertas tanto contratistas privados como también sociedades mixtas de ordenación. Una sociedad de este tipo puede ser, por tanto, contratista en el sentido de la Directiva 93/37.

52. La calidad de contratista de una sociedad mixta de ordenación como la SEDL no se contradice *a priori* con el hecho de que ésta posiblemente no pueda ni vaya a llevar a cabo el proyecto y la realización de las obras por sus propios medios, sino que, por su parte, tenga que contratar los servicios de subcontratistas, y esto para la totalidad de las obras o parte considerable de ellas.⁴³ La realización de las obras puede llevarse a cabo, con arreglo a aquellas disposiciones, «por cualquier medio».⁴⁴ Que esto incluye la intervención de subcontratistas es especialmente inequívoco en la versión alemana de este artículo; en él se menciona el cumplimiento de la prestación «durch Dritte», es decir, a través de terceros.

53. Por lo tanto, si una sociedad mixta de ordenación urbana ofrece el proyecto y la realización de una obra, aunque sea recurriendo a la intervención de subcontratistas, esta sociedad será considerada contratista en

el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37. En este caso, la sociedad de ordenación es más que una mera mandataria (en francés: «mandataire») del poder adjudicador con la única función de asistir al mismo en la búsqueda de contratistas apropiados y de coordinar la operación. Todo aquel que se compromete a llevar a cabo el proyecto y la ejecución de las obras⁴⁵ es contratista en el sentido de la Directiva 93/37.

54. La calidad de contratista en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 no presupone, por lo demás, necesariamente un ánimo de lucro. Esto se deduce ya del hecho de que un contrato público también puede encargarse a un poder adjudicador.⁴⁶ En tiempos de escasez de encargos, incluso empresas privadas pueden estar interesadas en aceptar encargos de los que no esperan obtener ningún beneficio, o, en su caso, sólo un beneficio muy pequeño, para poder al menos así cubrir mejor los costes fijos. En virtud de todo ello, el hecho de que la SEDL se haya comprometido en el convenio público de ordenación a restituir a la Ciudad de Roanne un posible superávit resultante de la construcción y venta del centro de ocio urbano, no contradice *a priori* su condición de contratista.⁴⁷

43 — Sentencia Scala de Milán, citada en la nota 18 *supra*, apartado 90. Sobre el recurso a subcontratistas, véase también —en relación con los contratos públicos de servicios— la sentencia de 2 de diciembre de 1999, Holst Italia (C-176/98, Rec. p. I-8607), apartados 26 y ss., y Comisión/Alemania, citada en la nota 33 *supra*, apartado 18.

44 — Punto 31 de las presentes conclusiones, tercer guión.

45 — En el convenio público de ordenación (véase el artículo 2, apartado 4, del mismo) la SEDL se comprometió expresamente a realizar las obras: «[...] l'Aménageur s'engage, pour sa part, à [...] réaliser la construction des volumes, y compris les parkings, [...]».

46 — Sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartado 50, segunda frase, y de 7 de diciembre de 2000, ARGE (C-94/99, Rec. p. I-11037), apartado 40; en el mismo sentido, véanse las sentencias Comisión/Alemania, citada en la nota 33 *supra*, apartados 18 y 19, y de 13 de enero de 2005, Comisión/España (C-84/03, Rec. p. I-139), apartados 38 a 40.

47 — Artículo 22, apartado 2, del convenio público de ordenación.

55. Con el convenio de ordenación de 25 de noviembre de 2002, se concluyó un *contrato por escrito* entre la Ciudad de Roanne y la SEDL. El hecho de que este convenio tenga carácter público y que, llegado el caso, permita a la SEDL cierto ejercicio de soberanía, a saber, la ejecución de expropiaciones, no obsta a su calificación como *contrato* en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37.⁴⁸

56. Tampoco puede hablarse *a priori* en el presente asunto de una *operación in house en sentido estricto* ni de una *operación in house en sentido amplio*⁴⁹ en los términos de la sentencia Teckal,⁵⁰ puesto que la SEDL es una sociedad de capital mixto y por lo tanto los entes territoriales que participan en ella no pueden ejercer sobre ella un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.⁵¹

57. Un contrato es *oneroso* cuando el poder adjudicador adeuda una contraprestación

por la prestación que debe cumplir el contratista.⁵² De acuerdo con los objetivos perseguidos por la Directiva 93/37, a saber, abrir los mercados para los contratos públicos de obras y contribuir a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en este sector,⁵³ el concepto de onerosidad debe interpretarse ampliamente. Este concepto abarca no sólo las contraprestaciones monetarias, sino también todo tipo de obligación asumida por el poder adjudicador como contrapartida a la ejecución de las obras, como, por ejemplo, el compromiso de aportar determinadas cantidades para la financiación del proyecto o para la cobertura de posibles riesgos en su ejecución.

58. En el presente asunto, la Ciudad de Roanne no sólo se ha comprometido al pago de 2.925.000 euros por la entrega del aparcamiento público. También se ha comprometido a aportar una cantidad para la financiación de todas las obras, cantidad que se fijó en 2.443.103 euros para el primer tramo de las obras y en 3.034.341 euros para la totalidad del proyecto. Al mismo tiempo se ha previsto que los terrenos y las obras que al término del proyecto no hayan sido enajenados a terceros pasen en ese momento automáticamente a ser propiedad de la Ciudad de Roanne, asegurando ésta la continuidad de la ejecución de los contratos en curso y asumiendo el pago de las deudas contraídas hasta esa fecha por la SEDL. Cada

48 — Sentencia Scala de Milán, citada en la nota 18 *supra*, apartado 73.

49 — Véase al respecto el punto 2 de mis conclusiones presentadas el 1 de marzo de 2005 en el asunto Parking Brixen, citado en la nota 39 *supra*.

50 — Sentencias citada en la nota 46 *supra*, apartado 50, segunda frase; de 8 de mayo de 2003, España/Comisión (C-349/97, Rec. p. I-3851), apartado 204, cuarta frase; Stadt Halle y RPL Lochau, citada en la nota 33 *supra*, apartado 49, segunda frase; Comisión/España, citada en la nota 46 *supra*, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (C-29/04, Rec. p. I-9705), apartado 34, y sentencia Carbotermo y otros, citada en la nota 31 *supra*, apartado 33; véase también —para supuestos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación— las sentencias Parking Brixen, citada en la nota 39 *supra*, apartados 58, 59 y 62 y la sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartados 24 y ss.

51 — Sentencias Stadt Halle y RPL Lochau, citada en la nota 33 *supra*, apartado 49; Comisión/Austria, citada en la nota 50 *supra*, apartado 46, y ANAV, citada en la nota 50 *supra*, apartado 31.

52 — En este sentido, la sentencia Scala de Milán, citada en la nota 18 *supra*, apartado 77.

53 — Segundo considerando y décimo considerando, primera frase, de la Directiva 93/37. Véase también el punto 43 de las presentes conclusiones.

una de estas obligaciones tiene el carácter de contraprestación del poder adjudicador por el proyecto y la construcción por parte de la SEDL de un centro de ocio. Por consiguiente, un convenio público de ordenación como el del presente asunto es un contrato oneroso.

2. Sobre la segunda cuestión prejudicial: Cálculo de los umbrales

60. La segunda cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente versa sobre la cuantía del contrato en el sentido del artículo 6 de la Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52.

c) Conclusión provisional

59. En virtud de lo anteriormente expuesto, un convenio público de ordenación como el controvertido en el procedimiento principal reúne todos los presupuestos de un contrato público de obras. Por consiguiente, la respuesta a la primera cuestión prejudicial debe ser la siguiente:

Existe un contrato público de obras, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 93/37, cuando un primer poder adjudicador encarga a un segundo poder adjudicador, como medida de ordenación urbana, el proyecto y la realización de un centro de ocio, del cual sólo algunas partes, una vez concluidas, están destinadas al primer poder adjudicador, mientras que otras partes deben ser enajenadas por el segundo poder adjudicador directamente a terceros, si bien el primer poder adjudicador adquiere la propiedad de las partes que al término del proyecto no hayan sido enajenadas y asume en general el riesgo de pérdida.

61. En el presente asunto, la dificultad a la hora de determinar la cuantía del contrato deriva del hecho de que los ingresos de la SEDL por el proyecto y la construcción de un centro de ocio se componen de varios conceptos: en primer lugar, la SEDL recibe de la Ciudad de Roanne la cantidad de 2.925.000 euros por la construcción del aparcamiento público. En segundo lugar, la Ciudad de Roanne realiza una aportación global a la financiación de todas las obras fijada en 2.443.103 euros para el primer tramo de las obras y en 3.034.341 euros para la totalidad del proyecto. Por último, en tercer lugar, la SEDL percibe ingresos derivados de la enajenación a terceros de las partes del centro de ocio no destinadas a la Ciudad de Roanne; en el convenio público de ordenación se señala que los ingresos que se pretenden obtener con las enajenaciones ascienden a 8.099.000 euros.

62. En esencia, el órgano jurisdiccional remitente quisiera saber cuáles de estos conceptos deben ser tenidos en cuenta a la hora de calcular la cuantía del contrato. De ello depende en el presente asunto si se ha superado o no el umbral de 5 millones de derechos especiales de giro. En este punto, el

tenor del artículo 6 de la Directiva 93/37 no ofrece ninguna respuesta. No obstante, de los objetivos perseguidos por esta Directiva pueden extraerse criterios a tener en cuenta a la hora de determinar la cuantía del contrato.

63. Como ya se ha indicado, el objetivo final de la Directiva 93/37 es contribuir a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios y hacer implantar una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos de obras.⁵⁴ El umbral previsto en el artículo 6 de esta Directiva tiene como finalidad identificar aquellos contratos públicos de obras especialmente atractivos para contratistas de otros Estados miembros.⁵⁵ Concretamente para velar por los intereses de estos contratistas y para garantizar la igualdad de trato con respecto a los nacionales, la Directiva 93/37 preceptúa la observancia de procedimientos especiales de adjudicación.⁵⁶

64. En el marco del artículo 6 de la Directiva 93/37 resulta pues determinante partir de la perspectiva de un potencial licitador. Sólo de

esta manera es posible averiguar si un contrato público de obras puede ofrecer un interés especial para contratistas extranjeros⁵⁷ y, por lo tanto, si, en aras de la apertura de los mercados y de la competencia, debe ser objeto de procedimientos especiales de adjudicación conforme a esta Directiva.

65. En este sentido, desde la perspectiva de potenciales licitadores es determinante sobre todo el *volumen total* del contrato público de obras, es decir, el volumen de negocio total alcanzable por parte del contratista.⁵⁸ En el caso de un contrato público de obras, en el que sólo algunas partes de las obras a realizar están destinadas al propio poder adjudicador, mientras que el resto de la obra debe ser enajenada directamente a terceros, para calcular la cuantía del contrato se tendrán en cuenta también estas últimas partes destinadas a terceros.

66. Por el contrario, es irrelevante en este punto que la totalidad o sólo parte de los ingresos que vaya a obtener el contratista proceda de recursos del poder adjudicador o que parte de los mismos se perciba directa-

54 — Segundo considerando y décimo considerando, primera frase, de la Directiva 93/37. Véase también el punto 43 de las presentes conclusiones.

55 — Véase en este sentido el sexto considerando de la Directiva 93/37.

56 — También por debajo de los umbrales, las libertades fundamentales comunitarias prescriben un mínimo de publicidad [*Deber de transparencia*, véanse al respecto las sentencias de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartados 16 a 22; Parking Brixen, citada en la nota 39 *supra*, apartados 46 a 50, y ANAV, citada en la nota 50 *supra*, apartados 18 a 22], si bien con exigencias menores a las prescritas para los supuestos del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación (véanse al respecto mis conclusiones presentadas en el asunto Parking Brixen, citadas en la nota 49, *supra*, punto 37).

57 — Este aspecto se recalca en la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-16/98, Rec. p. I-8315), apartados 44 y 46, en relación con una problemática pareja en el marco de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84).

58 — Esta idea fundamenta en definitiva asimismo el artículo 6, apartados 3 a 5 de la Directiva 93/37. En su virtud, debe procederse a una apreciación global de las obras o del contrato de obras, debiendo evitarse fragmentaciones que impliquen total o parcialmente la sustracción de las obras o del contrato de obras a la aplicación de los procedimientos de adjudicación.

mente de terceros, ya que sólo con que el poder adjudicador encargue y cofinancie la totalidad de las obras, incluidas las partes que en su caso se destinen a terceros, existe un riesgo, en relación con la totalidad de las obras, de trato menos favorable a los licitadores extranjeros, de modo que se pone en peligro la consecución de los objetivos de apertura del mercado y de competencia.

68. Si junto con las obligaciones de pago en sentido estricto asumidas por la Ciudad de Roanne⁶⁰ no se incluyesen en el cálculo los posibles ingresos derivados de la enajenación a terceros por un importe de 8.099.000 euros, sino sólo las obligaciones de garantía asumidas por la Ciudad,⁶¹ la cuantía del contrato así resultante no reflejaría plenamente los ingresos a obtener y por ende el interés que el contrato de obras pudiera tener para licitadores potenciales.

67. Extrapolado a un asunto como el presente, esto implica que no había de ser tenido en cuenta únicamente el importe de 2.925.000 euros que debía satisfacer la Ciudad de Roanne por el aparcamiento público y la aportación financiera prevista por cuantía de 3.034.341 euros.⁵⁹ Para el cálculo era necesario tener en cuenta asimismo todos los ingresos que preveía obtener el contratista derivados de la enajenación a terceros de partes del centro de ocio, es decir, unos 8.099.000 euros adicionales, máxime cuando en el presente asunto las partes del centro de ocio destinadas a terceros también fueron subvencionadas en cuantía considerable con la aportación financiera global de la Ciudad de Roanne.

69. En virtud de lo expuesto, la respuesta a la segunda cuestión prejudicial es la siguiente:

Para la determinación de la cuantía del contrato en el sentido del artículo 6 de la Directiva 93/37, en su versión resultante de la Directiva 97/52, debe partirse del volumen total del contrato tal como se concibe desde la perspectiva del contratista. No basta con calcular únicamente el precio de las partes de una obra entregadas al poder adjudicador y la aportación financiera junto con las posibles obligaciones de garantía asumidas por éste.

59 — Por lo que se sabe, estaba previsto desde el principio que la ejecución de ambos tramos de las obras se llevase a cabo por la misma empresa contratista. Determinante es, por consiguiente, la aportación financiera asumida por la Ciudad de Roanne para el proyecto global (*argumentum a minore ad maius* del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 93/37, en virtud del cual debe sumarse el valor de varios lotes). Además habría que tener en cuenta los 210.000 euros mencionados en la nota 10 *supra*, que debían aportar otros participantes.

60 — Esto es, 2.925.000 euros por el aparcamiento público y una aportación financiera por importe de 3.034.341 euros para la totalidad del proyecto (véase la nota 59 *supra*).

61 — Es decir, la adquisición automática de la propiedad por la Ciudad de las partes del centro de ocio que al término del proyecto no hayan sido enajenadas a terceros, así como la subrogación en todas las obligaciones pendientes.

3. Sobre la tercera cuestión prejudicial: Renuncia a un procedimiento de adjudicación

70. Con su tercera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente quisiera saber, en esencia, si se puede prescindir de un procedimiento de adjudicación previsto en la Directiva 93/37 cuando, según el Derecho nacional, el convenio del que se trata sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas, que, a su vez, están obligadas a convocar licitaciones en caso de adjudicación de posibles subcontratas.

71. Según jurisprudencia reiterada, las directivas comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación también son aplicables cuando el contratista contratado es también un poder adjudicador.⁶² Por lo tanto, incluso en este caso debe respetarse un procedimiento de adjudicación.

72. Es cierto que el contratista contratado puede estar obligado por su parte, por ejemplo, cuando asume el papel de contratista general, a llevar a cabo procedimientos de adjudicación para la selección posterior de subcontratistas. No obstante, estos procedimientos de adjudicación subsiguientes se refieren por regla general sólo a partes del

contrato global. Además los contratos celebrados con los subcontratistas podrían quedar excluidos del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación al quedar su reducido valor por debajo de los umbrales vigentes. A ello hay que añadir que, de este modo, como mínimo la función de coordinación de un contratista general quedaría siempre sustraída a la convocatoria de un procedimiento de adjudicación. Por consiguiente, el hecho de que puedan convocarse posteriormente procedimientos de adjudicación para elegir a los subcontratistas no puede subsanar la inexistencia inicial de un procedimiento para la adjudicación del contrato al contratista general.

73. Éste es el caso en el presente asunto: si bien está previsto que la SEDL adjudique a subcontratistas determinadas tareas relativas al proyecto y construcción del centro urbano de ocio de la Ciudad de Roanne, y que para ello convoque procedimientos de adjudicación, esto no se extiende en absoluto a todas las funciones asumidas por la SEDL en el convenio público de ordenación, en especial las tareas de coordinación y la responsabilidad general que se le atribuye con la construcción del centro de ocio. El objeto del contrato del convenio público de ordenación entre la Ciudad de Roanne y la SEDL no es el mismo que el objeto de posibles subcontratas entre la SEDL y sus subcontratistas.

62 — Sentencias Teckal, citada en la nota 46 *supra*, apartado 42, segunda frase, y apartado 51; ARGE, citada en la nota 46 *supra*, apartado 40; en el mismo sentido, sentencias Comisión/Alemania, citada en la nota 33 *supra*, apartados 18 y 19 y sentencia Comisión/España, citada en la nota 46 *supra*, apartados 38 a 40.

74. Todo esto hace suponer que un convenio público de ordenación como el del

presente asunto no debería haber sido celebrado sin un procedimiento de adjudicación previo.

75. Esto no se contradice con la sentencia Scala de Milán; en aquel asunto, el Tribunal de Justicia declaró que no era necesario que un municipio llevase a cabo ningún procedimiento de adjudicación según la Directiva 93/37 antes de otorgar un contrato público de obras y expuso que la eficacia práctica de la Directiva 93/37 también quedaba salvaguardada cuando la correspondiente administración municipal, según el Derecho nacional, podía obligar al encargado de la urbanización titular de la licencia a llevar a cabo por su parte estos procedimientos.⁶³

76. Tal como más tarde precisó el Tribunal de Justicia, esta consideración sólo estaba justificada al amparo de las circunstancias especiales concurrentes en el caso Scala de Milán; los hechos de aquel asunto se caracterizaban por la circunstancia de que el adjudicatario del contrato público de obras tenía que ser, por imperativo legal, el propietario de los terrenos y titular de la licencia de obras, de manera que el municipio, en su calidad de poder adjudicador, no tenía ninguna posibilidad de encomendar el contrato público de obras a otro contratista.⁶⁴

77. Nada indica en el presente asunto que la Ciudad de Roanne haya estado sometida a semejantes restricciones de su libertad de elección a la hora de seleccionar a la otra parte del contrato y que por imperativo legal la SEDL fuera la única contratista posible.

78. Es cierto que, según el Derecho francés, en la fecha de los hechos los convenios públicos de ordenación sólo podían celebrarse con un círculo cerrado de personas. Del artículo L. 300-4, apartado 2, del Code de l'urbanisme, versión anterior, se desprende que en aquel entonces sólo entes públicos franceses y ciertas sociedades de capital mixto podían llegar a ser parte del contrato. Sin embargo, esto no implica que —como en el asunto Scala de Milán— por imperativo legal sólo había un contratista posible y que éste ya estaba predeterminado desde el principio.

79. También desde otro punto de vista resulta imposible que una disposición como la del artículo L. 300-4, párrafo 2, del Code de l'urbanisme, versión anterior, justifique una renuncia a un procedimiento de adjudicación conforme a la Directiva 93/37: al limitar el grupo de posibles partes contratantes a unas pocas personas jurídicas caracterizadas por el hecho de ser entes públicos franceses o estar controladas por tales entes, una disposición de esta naturaleza impide de antemano que los poderes adjudicadores consideren a contratistas extranjeros como posible parte contratante de un convenio público de ordenación. De

63 — Sentencia Scala de Milán, citada en la nota 18 *supra*, apartado 100.

64 — Sentencia Comisión/Francia, citada en la nota 15 *supra*, apartado 57.

este modo no se produciría una apertura del mercado respecto a una serie de contratos de obras de considerable entidad. Esto sería contrario al objetivo de la Directiva de eliminar las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras y de permitir una competencia efectiva en los mercados correspondientes.⁶⁵

exclusivo relacionado con el proyecto y la construcción de centros urbanos de ocio en el sentido del mencionado artículo.

80. Únicamente el artículo 6 de la Directiva 92/50 permite la renuncia a un procedimiento de adjudicación cuando un contrato público de servicios sea adjudicado a una entidad, que, a su vez, sea un poder adjudicador, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce. Con todo, debido a su carácter de excepción, esta norma debe interpretarse restrictivamente⁶⁶ y no puede ser aplicada análogamente a otras directivas comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación.⁶⁷ Por lo demás, y según la información de que se dispone, las sociedades mixtas de ordenación urbana como la SEDL no tienen atribuido ningún derecho

81. La cuestión de si a través del artículo 11 de la Directiva 2004/18 puede deducirse algo diferente para el futuro puede quedar en el presente asunto sin respuesta, puesto que los hechos del procedimiento principal no entran dentro del ámbito de aplicación temporal de la mencionada Directiva.

82. Por consiguiente, la respuesta a la tercera cuestión prejudicial planteada debe ser la siguiente:

65 — Véanse en particular el segundo y décimo considerandos de la Directiva 93/37, además de la prohibición de discriminación recogida en su artículo 6, apartado 6. En el mismo sentido, también la sentencia Comisión/Francia, citada en la nota 15 *supra*, apartados 60, 61 y 68.

66 — Sobre el principio de interpretación restrictiva de las excepciones a los principios reguladores de los procedimientos de adjudicación véase la sentencia Comisión/España, citada en la nota 46 *supra*, apartado 48, así como las sentencias Stadt Halle y RPL Lochau, citada en la nota 33 *supra*, apartado 46, y ANAV, citada en la nota 50 *supra*, apartado 26.

67 — En este sentido, véanse las sentencias Teckal, citada en la nota 46 *supra*, apartado 44, y Carbotermo y otros, citada en la nota 31 *supra*, apartado 33.

No se puede prescindir de un procedimiento de adjudicación con arreglo a la Directiva 93/37 basándose únicamente en que, según el Derecho nacional, el convenio de ordenación urbana de que se trata sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas y que éstas, en caso de adjudicación de subcontratas, están obligadas por su parte a convocar procedimientos de adjudicación.

VI. Conclusión

83. En vista de lo anteriormente expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda al tribunal administratif de Lyon lo siguiente:

- «1) Existe un contrato público de obras en el sentido del artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, cuando un primer poder adjudicador encarga a un segundo poder adjudicador, como medida de ordenación urbana, el proyecto y la realización de un centro de ocio, del cual sólo algunas partes, una vez concluidas, están destinadas al primer poder adjudicador, mientras que otras partes deben ser enajenadas por el segundo poder adjudicador directamente a terceros, si bien el primer poder adjudicador adquiere la propiedad de las partes que al término del proyecto no hayan sido enajenadas y asume en general el riesgo de pérdida.

- 2) Para la determinación de la cuantía del contrato en el sentido del artículo 6 de la Directiva 93/37, en su versión resultante de la Directiva 97/52/CE, debe partirse del volumen total del contrato tal como se concibe desde la perspectiva del contratista. No basta con calcular únicamente el precio de las partes de una obra entregadas al poder adjudicador y la aportación financiera junto con las posibles obligaciones de garantía asumidas por éste.

- 3) No se puede prescindir de un procedimiento de adjudicación con arreglo a la Directiva 93/37 basándose únicamente en que, según el Derecho nacional, el convenio de ordenación del que se trata sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas y que éstas, en caso de adjudicación de subcontratas, están obligadas por su parte a convocar procedimientos de adjudicación.»