

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. PAOLO MENGOZZI

presentadas el 20 de octubre de 2009<sup>1</sup>

1. El papel y el significado de las concesiones en el Derecho comunitario constituyen una materia especialmente delicada, cuyo régimen es hasta el momento bastante escueto. No obstante, las concesiones de obras públicas, sobre las que versa el presente asunto, han sido objeto de intervenciones específicas por parte del legislador comunitario<sup>2</sup> que, en la reciente Directiva 2004/18/CE,<sup>3</sup> les ha dedicado un título entero.<sup>4</sup>

el caso de autos no ha de encuadrarse en el marco normativo trazado por la citada Directiva. Efectivamente, desde el punto de vista cronológico, la norma que ha de aplicarse a los hechos enjuiciados es la Directiva 93/37/CEE.<sup>5</sup> El régimen de las concesiones de obras de este texto legal era mucho más reducido y más básico que el actualmente en vigor.

2. Sin embargo, la situación sobre la que debe pronunciarse el Tribunal de Justicia en

1 — Lengua original: italiano.

2 — Por el contrario, las concesiones de servicios carecen hasta ahora de un régimen específico, con excepción de algunos principios fundamentales consagrados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En particular, la jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que, a pesar de carecer de un régimen jurídico expreso, las concesiones de servicios han de respetar los principios fundamentales de los Tratados, en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Véase, en relación con los servicios a los que se refiere la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199, p. 84), la sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress* (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartado 60. En cambio, respecto de los servicios a los que se refiere la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (DO L 209, p. 1), véase la sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 46 y la jurisprudencia que allí se cita.

3 — 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 (DO L 134, p. 114).

4 — Se trata del Título III, que comprende los artículos 56 a 65.

3. En particular, en el presente recurso por incumplimiento, la Comisión reprocha al Reino de España haber infringido la normativa comunitaria en materia de concesiones de obras públicas en el marco de la adjudicación de la concesión para la construcción y la explotación, concretamente, de dos nuevas conexiones de la autopista A-6, que une Madrid a La Coruña.

5 — Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54).

## I. Marco normativo

4. Como acabamos de mencionar, las disposiciones comunitarias pertinentes en el presente asunto son las de la Directiva 93/37 (en lo sucesivo, «Directiva»). En particular, el quinto considerando de ésta observa que «[...] habida cuenta de la importancia creciente de la concesión de obras públicas y su naturaleza específica, resulta conveniente incluir en la presente Directiva normas relativas a su publicidad». Por lo tanto, la voluntad del legislador comunitario fue fijar algunos puntos fundamentales en materia de concesiones de obras públicas, dejando a las autoridades públicas márgenes de libertad más amplios de los que gozan en materia de contratos públicos.

[...]

- d) la “concesión de obras públicas”: el contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a), 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.

5. El artículo 1 de la Directiva establece 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

6. El artículo 3 de la Directiva dispone:

«En los contratos de concesión de obras públicas celebrados por los poderes adjudicadores cuyo importe sea igual o superior a 5 000 000 [euros], se aplicarán las reglas de publicidad definidas en los apartados 3, 6, 7 y 9 a 13 del artículo 11 y en el artículo 15

[...].»

artículos 26 y 27 cuando soliciten las informaciones relativas a las condiciones de carácter económico y técnico que exigen a los contratistas para su selección (punto 11 del Anexo IV B, punto 10 del Anexo IV C y punto 9 del Anexo IV D).

7. Las partes del artículo 11 de la Directiva que el artículo 3 declara aplicables a las concesiones de obras son las siguientes:

«3. Los poderes adjudicadores que deseen recurrir a la concesión de obras públicas darán a conocer su intención por medio de un anuncio.

7. Los anuncios contemplados en los apartados 1 a 5 serán enviados por los poderes adjudicadores a la mayor brevedad posible y por la vía más adecuada a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. En el caso del procedimiento acelerado previsto en el artículo 14, los anuncios se enviarán por télex, telegrama o telecopiadora.

[...]

[...]

6. Los anuncios contemplados en los apartados 1 a 5 se ajustarán a los modelos que figuran en los Anexos IV, V y VI y precisarán la información que en éstos se solicita.

9. Los anuncios contemplados en los apartados 2, 3 y 4 se publicarán *in extenso* en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y en el banco de datos TED, en su o sus lenguas originales. Se publicará un resumen de los elementos importantes de cada anuncio en las demás lenguas oficiales de las Comunidades, dando fe únicamente el texto original.

Los poderes adjudicadores no podrán exigir más condiciones que las establecidas en los

10. La Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas publicará los anuncios a más tardar doce días después de su envío. En el caso del procedimiento acelerado contemplado en el artículo 14, este plazo se reducirá a cinco días.

## **II. Derecho nacional aplicable y hechos que originaron el litigio**

### *A. Derecho nacional*

11. La publicación de los anuncios en los diarios oficiales o en la prensa del país del poder adjudicador no deberá producirse antes de la fecha de envío a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas y deberá mencionar dicha fecha. La publicación no deberá incluir más información que la publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

8. La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (en lo sucesivo, «Ley de Autopistas»), en su versión en vigor desde 1996, establece en particular, en el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, lo siguiente:

12. Los poderes adjudicadores deberán poder justificar la fecha de envío.

«[...] forman parte del objeto social de la sociedad concesionaria, además de las actividades enumeradas en el párrafo anterior, la construcción de aquellas obras de infraestructuras viarias, distintas a las de la concesión pero con incidencia en la misma y que se lleven a cabo dentro del área de influencia de la autopista o que sean necesarias para la ordenación del tráfico, cuyo proyecto y ejecución o sólo ejecución se impongan al concesionario como contraprestación [...].»

13. Los gastos de publicación de los anuncios de licitación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* correrán a cargo de las Comunidades. El anuncio no podrá tener una extensión superior a una página de dicho Diario, es decir alrededor de 650 palabras. Cada número de dicho Diario en el que figuren uno o más anuncios reproducirá el modelo o modelos a que se refiere el anuncio o anuncios publicados.»

9. El Real Decreto 597/1999, de 16 de abril, fijó en 20 km la extensión del área de influencia de las autopistas.

B. *Hechos*

«primer pliego de condiciones») para la adjudicación de una concesión que comprendía:

10. Los hechos que dieron lugar al litigio se refieren al tramo de la autopista A-6 entre las localidades de Villalba en el sur y Adanero en el norte. Es un tramo de autopista de peaje de importancia esencial, caracterizado por padecer siempre un tráfico muy intenso. El tramo de la A-6 inmediatamente al sur de éste, entre Madrid y Villalba, es un tramo gratuito, sin peaje, gestionado por el Estado.

- La construcción de las conexiones del tramo de peaje de la autopista A-6 con las ciudades de Ávila y Segovia, así como su conservación y explotación durante un período de entre 25 y 40 años.

11. La empresa Ibérica de Autopistas, S.A. (en lo sucesivo, «Iberpistas»), explota desde 1968 en régimen de concesión el tramo de autopista Villalba-Adanero. En la época en que tuvieron lugar los hechos del litigio principal, estaba previsto que esa concesión caducara en 2018.

- La conservación y explotación, a partir de 2018, del tramo Villalba Adanero de la autopista A-6, es decir, desde que caducara la concesión de Iberpistas, durante un período de tiempo que se determinaría sobre la base de la media del número de los vehículos que atravesaran el mencionado tramo de peaje de esta autopista.

12. El hecho que desencadenó los acontecimientos pertinentes fue la decisión del Gobierno español de construir dos nuevos tramos de autopista para conectar la A-6 con las ciudades de Ávila y Segovia, que se encuentran, respectivamente, al oeste y al este del tramo Villalba-Adanero.

- La construcción de la vía de circunvalación (variante) del pueblo de Guadarrama, situada en el tramo de peaje de la autopista A-6 Villalba-Adanero (prácticamente a medio camino entre las dos localidades).

13. Mediante Orden Ministerial de 4 de junio de 1999, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* (en lo sucesivo, «BOE») el 8 de junio, se hizo público un pliego de cláusulas administrativas particulares (en lo sucesivo,

- La ampliación (construcción de un cuarto carril por sentido) del tramo de autopista entre Madrid y Villalba: se trata,

como se ha indicado, del tramo gratuito, gestionado por el Estado.

la A-6, como se establecía en el primer pliego, difiriendo la duración de la concesión, que en el segundo pliego era de entre 22 y 37 años.

14. El anuncio correspondiente se publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 16 de junio de 1999.

15. No obstante, el 7 de julio siguiente se aprobó un nuevo pliego de cláusulas administrativas particulares (en lo sucesivo, «segundo pliego de condiciones»), publicado dos días más tarde en el BOE. Este pliego sustituyó al anterior.

16. En particular, la Orden ministerial de aprobación del segundo pliego de condiciones precisaba que «por razones de índole técnica se hace precisa la modificación del citado pliego, para redefinir el objeto de este concurso e introducir algunos cambios en la fijación del plazo concesional».

17. En concreto, el segundo pliego de condiciones tenía por objeto:

— La construcción de los tramos de autopista de conexión de Ávila y Segovia con

— La explotación del tramo Villalba-Adanero de la A-6 a partir de 2018, como se preveía en el primer pliego, con leves modificaciones en relación con la duración de la concesión.

18. Como puede observarse, el segundo pliego de condiciones suprimió la referencia a la necesidad de construir la variante de Guadarrama y el cuarto carril en el tramo Madrid-Villalba.

19. En la cláusula 5 de ambos pliegos figuraban los siguientes puntos:

«13. Los licitadores manifestarán expresamente en sus ofertas las medidas que se propongan adoptar en relación con los efectos derivados de la concesión sobre la red global de tráfico, el interés turístico de la zona y valoración de monumentos de interés histórico o artístico, así como los referentes a la conservación y mantenimiento del paisaje y la defensa de la naturaleza, todo ello con independencia del cumplimiento de la regulación vigente de estas materias.

pliego. En particular, uno de esos criterios consistía en la valoración de las «medidas propuestas para la gestión del tráfico y del medio ambiente». Este criterio tenía un total de 150 puntos como valoración máxima sobre el total de 1250 puntos que podían adjudicarse.

21. La cláusula 29, también idéntica en ambos pliegos, establecía:

[...]

16. Los licitadores expondrán las medidas que propondrán adoptar a la Administración para una adecuada gestión del tráfico interurbano del área afectada por la construcción de las vías objeto de concesión, significando de entre ellas las que el licitador se comprometa a llevar a cabo a su cargo. La creatividad y viabilidad de dichas consideraciones será positivamente valorada en la adjudicación del concurso, dado el alto nivel de congestión de las zonas en cuyo tráfico incidirán las vías objeto de concesión».

«Con respecto a los tramos referidos en los puntos 1 y 2 de la cláusula segunda de este pliego [...], el concesionario queda obligado a que en ningún punto de la autopista se supere el nivel [de tráfico] D [...], debiendo llevar a cabo a sus expensas, sin derecho a reclamación alguna y con la antelación suficientes, las ampliaciones necesarias a tal fin.»

22. Los tramos mencionados en la cláusula 29, es decir, los citados en los puntos 1 y 2 de la cláusula 2 del pliego de condiciones, son las conexiones de la A-6 con Ávila y Segovia.

20. Los criterios para la adjudicación del concurso se especificaban en la cláusula 10 del segundo pliego de condiciones, cuyo texto era idéntico al de la cláusula 10 del primer

23. En la licitación participaron tres licitadores, entre ellos Iberpistas, entonces concesionaria, como se ha expuesto, del tramo

de la A-6 entre Villalba y Adanero. Ninguno de los licitadores ofreció una solución única, todos presentaron diversas variantes. En particular, Iberpistas presentó nueve variantes diferentes.

de la A-6 del que Iberpistas ya era concesionaria hasta 2018).

24. En virtud del Real Decreto 1724/1999, de 5 de noviembre de 1999, se adjudicó la concesión a Iberpistas en los términos precisados en la variante «VT-B, TGE» propuesta por este licitador.

- Construcción de un carril de circulación adicional por sentido en el tramo de la A-6 entre Villalba y el Valle de los Caídos (por lo tanto, también aquí en el tramo de la A-6 del que Iberpistas ya era concesionaria hasta 2018).

25. Concretamente, la oferta propuesta por Iberpistas y declarada vencedora contenía una serie de obras adicionales respecto a las mencionadas explícitamente en el segundo pliego de condiciones:

26. El Decreto de adjudicación de la concesión fue objeto de dos recursos judiciales distintos en España, uno presentado por un grupo de miembros del Parlamento y otro por un sindicato y una asociación ecologista. El Tribunal Supremo dictó en 2003 dos sentencias sobre dichos recursos: el primer recurso se declaró inadmisibile y el segundo se desestimó en cuanto al fondo.

- Construcción de un carril adicional por sentido en el tramo de la A-6 entre Madrid y Villalba (es decir, en el tramo gratuito de competencia estatal de la A-6).

### III. Procedimiento administrativo previo

- Construcción de un carril adicional y de un nuevo túnel en la A-6, en el tramo entre el Valle de los Caídos y San Rafael, al norte de Villalba (por lo tanto en el tramo

27. El procedimiento administrativo previo de este litigio fue bastante complejo. En efecto, el primer escrito de requerimiento enviado por la Comisión a las autoridades españolas el 30 de abril de 2001 partía del presupuesto de que una parte del asunto descrito, más concretamente la ampliación del tramo de la A-6



entre Madrid y Villalba, gratuito y gestionado por el Estado, no era realmente una concesión, sino un contrato público de obras, al no asumir riesgo alguno los concesionarios. En consecuencia, las imputaciones formuladas por la Comisión se referían tanto al régimen de las concesiones como al de los contratos públicos: en ambos aspectos los reproches de la Comisión se referían a la infracción de las normas de publicidad previstas en el artículo 11 de la Directiva 93/37.

28. El Reino de España respondió mediante escrito de 27 de junio de 2001, rebatiendo todas las afirmaciones de la Comisión y sosteniendo, entre otras cosas, la necesidad de considerar que el conjunto de las obras, incluidas las del tramo gratuito de la A-6, eran parte de la concesión.

29. A pesar de una reunión con las autoridades españolas y del envío de documentos adicionales por parte de éstas, la Comisión adoptó un dictamen motivado el 18 de julio de 2002. En ese dictamen motivado aceptó las observaciones del Reino de España sobre la necesidad de aplicar solamente el régimen de las concesiones y no el de los contratos públicos; sin embargo, respecto a todo lo demás, la Comisión reiteró las imputaciones sobre la infracción de las normas de publicidad previstas en la Directiva.

30. Las autoridades españolas respondieron al dictamen motivado en sendos escritos de 20 de septiembre de 2002 y 13 de marzo de 2003.

31. El 25 de julio de 2003, la Comisión envió al Reino de España un escrito de requerimiento adicional, relativo a la supuesta vulneración de los principios fundamentales del Tratado, en particular los de igualdad de trato y de no discriminación.

32. Las autoridades españolas contestaron al nuevo escrito de requerimiento el 28 de octubre de 2003. Al no estimar satisfactoria esta respuesta, la Comisión emitió un dictamen motivado adicional el 24 de diciembre de 2004, al que el Reino de España respondió mediante escrito de 3 de marzo de 2005.

#### **IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes**

33. Al considerar que persistía el incumplimiento, la Comisión presentó este recurso, registrado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 13 de septiembre de 2007.

34. Tras el intercambio de observaciones escritas, se dio audiencia a las partes en la vista de 9 de septiembre de 2009.

36. El Reino de España solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso por inadmisibile o, con carácter subsidiario, por infundado.

35. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Condene en costas a la Comisión.

- Declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 3, y a los apartados 3, 6, 7, 11 y 12 del artículo 11 de la Directiva 93/37/CEE, así como a los principios del Tratado CE, en particular, el principio de igualdad de trato y de no discriminación, al no incluir entre las obras objeto de la concesión en el anuncio de la concesión y en el pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de una concesión administrativa cuyo objeto era la construcción, conservación y explotación de las conexiones de la autopista A-6 con Segovia y Ávila, así como la conservación y explotación del tramo Villalba-Adanero en la misma autopista, obras que fueron posteriormente adjudicadas.

#### **V. Sobre la admisibilidad del recurso**

37. El Reino de España sostiene que el recurso es inadmisibile en dos aspectos. En primer lugar, aduce que la Comisión no ha acreditado el poder de representación de la abogada que redactó el recurso junto con el agente de la Comisión. En segundo lugar, alega que la demanda se formula con indeterminación de objeto, puesto que no se indica con precisión cuáles son las normas supuestamente infringidas por el Estado miembro demandado.

- Condene en costas al Reino de España.

38. Las dos excepciones del Reino de España carecen de fundamento. En lo que respecta a la primera, basta observar que la Comisión ha adjuntado al escrito de demanda una

copia del carné del Colegio de Abogados. En la Guía para las partes publicada por la Secretaría del Tribunal de Justicia se indica expresamente que este documento es suficiente para cumplir las exigencias de lo dispuesto en el artículo 38, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento. Asimismo, debe observarse que la Comisión también está representada por un agente propio. En cuanto a la segunda excepción, la Comisión ha indicado clara y expresamente cuáles son las normas que considera infringidas. Por lo demás, el Reino de España las ha examinado una por una en sus escritos de contestación a la demanda y de réplica. En consecuencia, no se plantea ningún problema de admisibilidad, sino únicamente de verificación del fundamento de los reproches realizados por la Comisión.

39. Por consiguiente, el recurso es admisible.

## VI. Sobre el incumplimiento

### A. Posiciones de las partes

40. La Comisión sostiene que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario en dos niveles diferentes. Por un lado, alega que ha infringido el artículo 3 y el artículo 11,

apartados 3, 6, 7, 11 y 12 de la Directiva 93/37. Por otro lado, aduce que la adjudicación de la concesión a Iberpistas vulnera los principios fundamentales del Tratado, concretamente los de igualdad de trato y de no discriminación.

### 1. Alegaciones de la Comisión

41. La principal alegación esgrimida por la Comisión para demostrar la existencia de una infracción de la Directiva 93/37 se basa en la inclusión en la oferta seleccionada de obras no previstas en el pliego de condiciones. En particular, afirma que esas obras tenían un valor total escasamente inferior al de las obras cuya realización se exigía expresamente.

42. La Comisión observa asimismo que la formulación del pliego de condiciones, en el cual se requería de modo general a los licitadores que indicaran posibles soluciones para resolver el problema del tráfico, no podía inducir a los licitadores a pensar que fuera posible proponer obras adicionales cuya entidad y ubicación fueran equiparables a las de las obras adicionales propuestas por Iberpistas. En particular, desde el momento en que las únicas obras que se exigía realizar expresamente en el segundo pliego de condiciones eran las dos conexiones de la A-6 con Segovia y Ávila, también las medidas para la reducción

del tráfico que podían haber propuesto los licitadores serían meramente medidas vinculadas a esos dos tramos. Por consiguiente, la Comisión sostiene que no era posible aceptar ofertas que, como la seleccionada, contuvieran obras ubicadas en otros lugares, como las ampliaciones del tramo de la A-6 entre Villalba y Adanero propuestas por Iberpistas.

## 2. La posición del Gobierno español

45. El Reino de España se opone frontalmente a las imputaciones. En particular, alega que no sólo la Comisión no demostró la existencia de ningún incumplimiento, sino que proporcionó una visión deformada de los hechos.

43. La Comisión rechaza las alegaciones del Gobierno español según las cuales la decisión de anular el primer pliego de condiciones y de sustituirlo por otro en el que ya no se hacía referencia explícita a la exigencia de la realización de algunas obras ponía en evidencia que los licitadores deberían haber propuesto soluciones alternativas respecto a las previstas en el pliego original, posteriormente abandonadas. Según la Comisión, en el texto del segundo pliego de condiciones no había nada que permitiera interpretarlo en esos términos. Además, señala que los otros licitadores sólo propusieron variantes limitadas a las dos conexiones de la A-6 con las ciudades de Ávila y Segovia.

46. En primer lugar, el Gobierno español subraya la gravedad de la situación del tráfico en la autopista A-6 en el momento en que se publicó el anuncio de licitación. Sostiene que esta gravedad, además de ser notoria por ser constantemente objeto de artículos de prensa, también había sido claramente señalada y descrita en documentos oficiales de las administraciones españolas, entre ellos la propia documentación en la que se basó la licitación controvertida.

44. Por último, según la Comisión, el comportamiento del Reino de España vulneró los principios fundamentales del Tratado CE, en particular los de igualdad de trato y de no discriminación.

47. La tesis que subyace en las alegaciones del Gobierno español es que, dada la notoriedad de los problemas de tráfico, era evidente que, a pesar de que el pliego de condiciones sólo se refería expresamente a la construcción de las conexiones de la A-6 con las ciudades de Ávila y Segovia, los licitadores podían proponer medidas para la reducción del tráfico ubicadas físicamente bien en el tramo de la

A-6 entre Villalba y Adanero —destinado a ser dado en concesión al licitador seleccionado a partir de 2018—, bien en el tramo de la A-6 entre Madrid y Villalba. En particular, el Gobierno español sostiene que la normativa nacional garantiza la posibilidad de intervenir en este último tramo que, como se ha expuesto, es gratuito y está gestionado por el Estado. En concreto, señala que la Ley de Autopistas permite adoptar medidas para la reducción del tráfico fuera de la denominada «área de influencia» de las autopistas. En cualquier caso, actualmente dicha área de influencia está fijada en 20 km, de modo que el tramo de la A-6 al sur de Villalba también estaría comprendido dentro del área de influencia del tramo de la A-6 entre Villalba y Adanero, objeto explícito de la concesión.

48. Según el Reino de España, el hecho de que los licitadores tenían la posibilidad de proponer medidas para el control del tráfico se desprende además, en particular, de los puntos 13 y 16 de la cláusula 5 del pliego de condiciones.

49. El Reino de España alega que la decisión de anular el primer pliego y de sustituirlo por el segundo respondió a la voluntad de dejar un mayor espacio a la creatividad de los licitadores en relación con las soluciones que podían proponer al problema del tráfico. Añade que el hecho de que el Decreto mediante el que se aprobó el nuevo pliego de condiciones se limitara a indicar que era necesaria una nueva versión del mismo debido a razones

generales de índole técnica, sin mencionar en absoluto la necesidad de que los licitadores sustituyeran las obras suprimidas del primer pliego con soluciones propias, se explica por el carácter normalmente sintético de todas las Órdenes Ministeriales de aprobación de los pliegos.

50. El Gobierno español recalca especialmente el hecho de que las alegaciones que formula ante el Tribunal de Justicia son asimismo las de los órganos jurisdiccionales nacionales, en particular del Tribunal Supremo. Puesto que se trata de una valoración de tipo fáctico y no jurídico, el Tribunal de Justicia debería remitirse, en particular en lo que atañe a la interpretación del pliego de condiciones, a los datos comprobados al respecto por el órgano jurisdiccional nacional, a pesar de que, no obstante, el Gobierno español reconoce en el escrito de dúplica que las conclusiones del Tribunal Supremo no vinculan al Tribunal de Justicia.

51. El Reino de España observa asimismo que Iberpistas no llevó a cabo directamente las obras previstas, sino que convocó una licitación a tal efecto, de modo que también se respetaron las exigencias relativas a la publicidad y al respeto de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, al menos en la siguiente fase de la realización de las obras. A estos efectos, el Gobierno

español se refiere, en particular, a la sentencia *Ordine degli architetti*,<sup>6</sup> en la que el Tribunal de Justicia admitió la compatibilidad con las normas comunitarias en materia de contratos públicos de una situación en la cual no es la autoridad pública quien convoca una licitación, sino el sujeto privado al que la autoridad pública adjudica la ejecución de las obras.

53. En materia de concesiones, el Derecho comunitario impone muchos menos límites y prescripciones respecto a los vigentes en materia de contratos públicos. En particular, como se ha mencionado en el marco de la exposición del contexto normativo, del conjunto de las normas sobre contratos públicos sólo son aplicables a las concesiones las relativas a la publicidad.

## B. *Apreciación*

### 1. Observaciones preliminares

52. Desde el punto de vista jurídico, los hechos objeto del presente recurso constituyen una concesión de obras públicas. Como se ha expuesto, la normativa comunitaria define la concesión de obras públicas como un contrato que tiene las mismas características que un contrato público de obras, con la diferencia esencial de que la contraprestación de las obras consiste en el derecho a explotar la obra realizada. Por otra parte, ese derecho de explotación puede ir acompañado del pago de un precio a favor del concesionario; sin embargo, dicho precio no puede ser el elemento principal de la contraprestación, ya que en ese caso se trataría más bien de un contrato público que de una concesión.<sup>7</sup>

54. Pues bien, del mismo modo que en el caso de autos no hay duda de que los hechos han de calificarse como concesiones de obras y no como contratos públicos de obras, también es pacífico que las obras en cuestión debían ir precedidas de un anuncio de licitación específico, ya que no podían ser consideradas como un mero «desarrollo» natural de la concesión ya existente, a favor de Iberpistas, del tramo de la autopista A-6 entre Villalba y Adanero.<sup>8</sup> Por lo demás, esta premisa no es rebatida por ninguna de las partes.

### 2. Elementos no pertinentes

55. En mi opinión, antes de proceder al examen de las cuestiones de Derecho que constituyen el núcleo del presente asunto es necesario desbrozar el campo dejando de lado una

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

7 — En los casos concretos, puede resultar bastante difícil distinguir entre contrato público y concesión. En último término, es una tarea que corresponde al órgano jurisdiccional nacional. Véase la sentencia *Parking Brixen*, citada en la nota 2, apartado 32.

8 — Véase, al respecto, la sentencia de 27 de octubre de 2005, *Comisión/Italia* (C-187/04 y C-188/04, C-188/04), apartado 23.

serie de elementos que han sido ampliamente discutidos por las partes pero que, en concreto, carecen de relevancia para la resolución del litigio.

#### a) Las sentencias del Tribunal Supremo

56. En primer lugar, no es pertinente que el Reino de España invoque las sentencias del Tribunal Supremo que desestimaron dos recursos interpuestos a nivel nacional contra la adjudicación de la concesión. En efecto, como admitieron los propios abogados defensores del Gobierno español en el escrito de dúplica y en la vista, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que reconoce únicamente al órgano jurisdiccional nacional la competencia para apreciar los hechos y que limita la intervención del juez comunitario a las cuestiones de Derecho se refiere exclusivamente a los procedimientos de carácter prejudicial, en los que la solución final del litigio nacional es el resultado de una colaboración entre órganos jurisdiccionales nacionales y jueces comunitarios. Por el contrario, en un procedimiento sobre un supuesto incumplimiento del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, el Tribunal de Justicia puede apreciar cualquier elemento que se someta a su atención que resulte pertinente respecto del objeto del litigio.

57. Por lo demás, a los efectos del procedimiento sobre un supuesto incumplimiento, el

Estado es el único sujeto de referencia para el Tribunal de Justicia, y se le considera responsable de todas las infracciones del Derecho comunitario que puedan reconducirse a éste, aunque en realidad hayan sido cometidas por entes constitucionalmente independientes. Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia ha llegado a considerar que una interpretación jurisprudencial sostenida por un órgano jurisdiccional superior de un Estado miembro constituía una infracción del Derecho comunitario.<sup>9</sup> Por consiguiente, está claro que el esquema centrado en la idea de una colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario, que cooperarían con vistas a la resolución del litigio, no es aplicable en los procedimientos por incumplimiento. Ha de señalarse que ello no implica en absoluto una falta de respeto o un desconocimiento de las funciones de los órganos jurisdiccionales nacionales, simplemente significa que éstos no desempeñan un papel activo en el procedimiento con arreglo al artículo 226 CE.

58. Por otra parte, es preciso añadir que, en cualquier caso, en el presente asunto está lejos de ser fácil trazar una línea de demarcación clara entre las comprobaciones fácticas y las consideraciones de Derecho. En efecto, al citar las verificaciones de la conformidad de los anuncios de licitación con el Derecho comunitario que llevó a cabo el Tribunal Supremo, el Reino de España se refiere, más que a comprobaciones fácticas, a auténticas y verdaderas conclusiones de Derecho de este órgano jurisdiccional.

9 — Sentencia de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia (C-129/00, Rec. p. I-14637), apartados 29 a 32.

b) La identidad de los sujetos que dieron lugar al procedimiento se basa la decisión de interponer un recurso por incumplimiento.<sup>10</sup>

59. Del mismo modo es irrelevante la identidad de los sujetos que, según el Reino de España, dieron lugar, mediante una denuncia, al recurso interpuesto por la Comisión. Sostiene que se trata, en particular, de los mismos que interpusieron los recursos desestimados por el Tribunal Supremo a nivel nacional. Aun admitiendo que efectivamente se trate de los mismos sujetos, es evidente que este extremo no tiene relevancia alguna en el ámbito del procedimiento ante el Tribunal de Justicia.

60. Ciertamente, el hecho de que no se trate de licitadores que participaron en el procedimiento para la adjudicación de la concesión, sino de algunos miembros del Parlamento, de un sindicato y de una asociación ecologista, puede indicar que, más que de carácter económico, los motivos en los que se basa la decisión de presentar un recurso y/o una denuncia son políticos o ideológicos. Sin embargo, es indudable que el único objetivo del procedimiento por incumplimiento es determinar si, desde un punto de vista objetivo, un Estado miembro ha cumplido o no las obligaciones que le impone el Derecho comunitario. No corresponde al Tribunal de Justicia examinar los motivos personales de los denunciantes que dan lugar a un procedimiento, máxime si se tiene en cuenta que la decisión de presentar un recurso por incumplimiento sólo la toma la Comisión, discrecionalmente y con plena autonomía. La reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto afirma no sólo que la Comisión no necesita demostrar la existencia de un interés específico para ejercitar la acción, sino que carecen por completo de relevancia las consideraciones en las que

c) La organización de una licitación por parte de Iberpistas

61. Tampoco es procedente el hecho, al que se refiere el Reino de España en sus escritos, de que, después de obtener la concesión, Iberpistas decidiera no realizar directamente las obras adicionales y convocara una licitación al efecto, como, por otra parte, imponía en ese caso la cláusula 20 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

62. El razonamiento en el que se basa esta alegación, que en realidad fue desarrollada de modo más amplio por el Reino de España en el procedimiento administrativo previo que en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, reside en la posibilidad de aplicar a este asunto la jurisprudencia de la mencionada sentencia *Ordine degli Architetti*.<sup>11</sup>

10 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 8 de diciembre de 2005, Comisión/Luxemburgo (C-33/04, Rec. p. I-10629), apartados 65 a 67 y la jurisprudencia citada.

11 — Citada en la nota 6.



63. En esa sentencia, el Tribunal de Justicia afirmó en particular que, en caso de realización directa de obras de urbanización por parte del encargado de una urbanización que haya celebrado un convenio de urbanización con una administración municipal, la eficacia de la Directiva 93/37 también está garantizada cuando los procedimientos previstos en la Directiva no sean seguidos por la administración municipal, sino por el encargado de la urbanización.<sup>12</sup>

64. No obstante, ha de observarse que la situación examinada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Ordine degli Architetti* es completamente diferente de la que es objeto de este procedimiento. En efecto, en la mencionada sentencia se planteaba el problema de interpretar algunas disposiciones del Derecho italiano que admitían la posibilidad de reducir o cancelar, en determinadas circunstancias, la contribución a las cargas por urbanización adeudadas por la concesión de una licencia urbanística. En particular, se reconocía esta posibilidad a los sujetos que se comprometieran a realizar directamente las obras de urbanización.

65. Al estimar que la reducción —de la cantidad que debía pagarse— a cambio de la realización directa de las obras de urbanización constituye a todos los efectos una compensación por esa realización, el Tribunal de

Justicia consideró aplicable la Directiva 93/37, aunque precisando, como se ha expuesto, que su eficacia podía lograrse también haciendo que la aplicara la persona encargada de las obras de urbanización en vez del municipio.

66. Como puede observarse, el elemento determinante en el que se basa la sentencia *Ordine degli Architetti* era el hecho de que la administración municipal *no tenía la posibilidad de elegir a la otra parte contractual*, dado que, por la propia naturaleza de las cosas, esa otra parte era el sujeto que solicitaba la concesión de la licencia urbanística. En consecuencia, en este caso, el único modo de garantizar la realización de los objetivos perseguidos por el legislador comunitario en materia de contratos públicos era admitir la posibilidad de que el sujeto encargado de la urbanización aplicara la Directiva 93/37.

67. En cambio, en el presente asunto, *Iberpistas*, lejos de ser una parte contractual obligada por el Gobierno español, fue elegida, y se le adjudicó la concesión como empresa seleccionada en el procedimiento de licitación. Por consiguiente, está claro que en este caso podía aplicarse desde la primera fase del procedimiento el régimen comunitario sobre la elección de la otra parte contractual, es decir, la relativa a la selección del sujeto concesionario. Por lo tanto, la situación no

12 — *Ibidem*, apartado 100.

es comparable a la examinada en la sentencia *Ordine degli Architetti*, que, en consecuencia, no puede ser aplicada, ni siquiera por analogía.<sup>13</sup>

70. Sin embargo, estimo que la cuantificación exacta en cifras del valor de las obras adicionales respecto al contenido principal de la concesión no es necesaria para revolver el presente litigio.

#### d) El valor de las obras adicionales

68. El Reino de España y la Comisión divergen diametralmente en cuanto al valor de las obras adicionales en relación con el valor total de la concesión.

69. En particular, la Comisión calculó en el escrito de demanda que las obras adicionales tenían un valor equivalente al 87 % de las obras principales, es decir, las obras expresamente previstas en el anuncio de licitación. Por su parte, el Reino de España rechaza esa cuantificación destacando, concretamente, la necesidad de incluir en el valor de las obras principales el valor de la explotación del tramo de la A-6 entre Villalba y Adanero a partir de 2018. Según el Reino de España, el importe de las obras adicionales propuestas por Iberpistas en la oferta seleccionada era escasamente superior al 27 % del valor de las obras principales.

71. En efecto, por un lado no son pertinentes las menciones que hacen las partes al artículo 61 de la nueva Directiva comunitaria en materia de contratos públicos, es decir, la Directiva 2004/18. Esa disposición establece que, dentro del límite del 50 % del importe de la obra inicial objeto de la concesión, y si concurren determinados requisitos específicos, las disposiciones sobre publicidad previstas para las concesiones de obras públicas no se aplican «a las obras complementarias que el poder adjudicador confíe al concesionario y que no figuren en el proyecto de concesión previsto inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita [...]».

72. Ante todo, como se ha destacado anteriormente, la Directiva 2004/18 no es aplicable *ratione temporis* a los hechos del caso de autos. Por otra parte, aun cuando se pretenda considerar que esa disposición es una mera consolidación de un principio jurídico preexistente (operación interpretativa cuyo fundamento, dicho sea de paso, me parece bastante endeble), es incontestable que el artículo 61 de esa Directiva se refiere a las obras

13 — Sobre la especificidad de la jurisprudencia *Ordine degli Architetti*, citada en la nota 6, y sobre la imposibilidad de aplicarla a una situación en la que no puede elegirse a la otra parte contractual, véase la sentencia 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia (C-264/03, Rec. p. I-8831), apartado 57.

«que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita». Por lo tanto, es evidente que se trata de un supuesto que no concurre en el presente asunto. La disposición del artículo 61 se refiere a situaciones imprevistas sobrevenidas con posterioridad a la adjudicación, y no a elementos que existían con anterioridad a la propia adjudicación.

de interposición del recurso, la Comisión imputó al Reino de España, además de la violación del Tratado, la infracción del artículo 3 y, en general, de los apartados 3, 6, 7, 11 y 12 del artículo 11 de la Directiva 93/37.

73. Por otra parte, creo que puede considerarse que, más allá de las diferencias sobre la cuantificación específica del valor de las obras adicionales, la Comisión y el Reino de España concuerdan en un dato fáctico incontrovertible: en el conjunto del asunto tal y como éste fue sometido al examen del Tribunal de Justicia, las obras adicionales tenían un peso considerable, en ningún caso marginal o secundario respecto al objeto principal de la concesión.

75. Ante las objeciones formuladas por la defensa del Reino de España, en la fase de réplica, la Comisión precisó que debe considerarse que el recurso se refiere, en concreto, al apartado 1 del artículo 3 y, en consecuencia, a las disposiciones del artículo 11 al que éste se remite.

### 3. El recurso de la Comisión: observaciones preliminares

74. Aunque, como he señalado anteriormente el recurso de la Comisión no sea inadmisibile, es cierto que presenta una cierta imprecisión, en particular en lo que respecta a la indicación de las disposiciones supuestamente infringidas. Concretamente, en el escrito

76. En particular, dado que la Comisión no cuestiona el hecho de que se haya publicado el anuncio de licitación, ni los plazos ni las modalidades de su publicación, ha de estimarse que las disposiciones de la Directiva supuestamente infringidas son, esencialmente, los apartados 3 y 6 del artículo 11. En concreto, la infracción consiste en la considerable desigualdad entre el objeto del anuncio de licitación publicado y el objeto de la concesión efectivamente adjudicada a Iberpistas. En otras palabras, se reprocha al Reino de España que publicara un anuncio de licitación incompleto o, con carácter alternativo, que no publicara un anuncio de licitación para todas las obras incluidas en la concesión adjudicada

a Iberpistas no mencionadas en el anuncio de licitación publicado.

habrá de examinarse si esos requisitos concurren en el presente asunto.

77. Obsérvese, asimismo, que debe considerarse que las disposiciones de la Directiva son la aplicación práctica de los principios del Tratado en el ámbito de los contratos públicos y de las concesiones de obras públicas, en particular de la prohibición de discriminación y de la obligación de igualdad de trato.<sup>14</sup> En consecuencia, pueden examinarse conjuntamente los reproches que la Comisión hace al Reino de España en relación con la infracción de la Directiva y con la violación del Tratado.

4. Sobre los requisitos de un anuncio en materia de concesiones

79. Así pues, el primer extremo que debe aclararse atañe a los requisitos que, con carácter general, debe reunir un anuncio para la concesión de obras públicas.

78. Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos pasar a centrarnos en el problema principal, es decir, en el supuesto carácter incompleto del pliego de condiciones publicado por las autoridades españolas. Para ello será necesario determinar, en primer lugar, cuáles son exactamente los requisitos de publicidad de un anuncio para una concesión de obras públicas. Una vez aclarado este extremo,

80. No hay duda de que un anuncio de licitación para un contrato público de obras debe contener una descripción completa de todas las obras que deben realizarse. Ello es una consecuencia natural tanto del hecho de que los licitadores deben poder proponer un precio para la realización de las obras —lo que, obviamente, exige un conocimiento preciso de las mismas— como del principio más general al que acaba de hacerse referencia, según el cual las disposiciones de la Directiva constituyen la realización concreta de los principios del Tratado en materia de igualdad de trato y prohibición de la discriminación. Por lo demás, el Tribunal de Justicia ha declarado que, precisamente con el fin de respetar el principio de igualdad de trato de los licitadores, todas las proposiciones han de ser

14 — Véanse las sentencias de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, denominada «Storebaelt» (C-243/89, Rec. p. I-3353), apartado 33, y de 18 de octubre de 2001, SIAC (C-19/00, Rec. p. I-7725), apartado 33. Estas sentencias se refieren a la directiva anterior, la Directiva 71/305 del Consejo, de 26 de julio de 1971 (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), pero evidentemente la razón de ser de las disposiciones sigue siendo la misma. Véanse también, por ejemplo, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, denominada «autobus valloni» (C-87/94, Rec. p. I-2043), apartados 51 y 52, y, con carácter más general, la sentencia Parking Brixen, citada en la nota 2, apartado 48.

conformes a las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas particulares.<sup>15</sup>

eficacia del marco normativo aplicable a las concesiones.

81. En mi opinión, este principio fundamental en materia de publicidad también debe aplicarse a las concesiones, cuyos anuncios de licitación, por lo tanto, deben indicar de modo completo todas las obras objeto de concesión. Varias consideraciones militan a favor de esta afirmación.

82. En primer lugar hallamos motivos evidentes vinculados a la transparencia y a la igualdad de trato. Como se ha expuesto, ambos principios derivan directamente del Tratado y el Tribunal de Justicia los ha declarado aplicables, con carácter general, a todas las concesiones, incluidas las que carecen de un régimen específico.<sup>16</sup>

83. En segundo lugar, la Directiva establece que de entre las normas relativas a los contratos públicos sólo se aplican a las concesiones las normas sobre publicidad o, mejor dicho, una parte de éstas. Me parece que si se admite que las pocas normas aplicables a las concesiones deben ser objeto de una interpretación diferente y más restrictiva respecto a la exigida en materia de contratos públicos acabaría por reducirse considerablemente la

84. El hecho de que el modelo de anuncio de licitación previsto para las concesiones (en el anexo VI de la Directiva) sea notablemente más breve que el previsto para los contratos públicos (en el anexo V de la directiva) no quiere decir que la descripción de las obras que deben realizarse pueda efectuarse en términos significativamente diferentes. Además, los dos modelos de anuncio son prácticamente idénticos en la parte en la que se pide que se describa el objeto del contrato público y de la concesión (véase la sección II de ambos modelos).

85. Por otra parte, en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia se encuentran afirmaciones que, sin mencionar ningún tipo de diferencia, equiparan las normas de publicidad aplicables a los contratos y las aplicables a las concesiones.<sup>17</sup>

86. Naturalmente, el hecho de imponer que un anuncio de licitación describa de modo completo las obras que deben realizarse no supone que se excluyan la creatividad y la

15 — Sentencia Comisión/Dinamarca, citada en la nota 14, apartado 37.

16 — Véase la nota 2.

17 — Sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/Italia, citada en la nota 8, apartado 19.

libertad en las ofertas que pueden presentarse. No obstante, el respeto del principio de igualdad de trato exige que, en ese caso, los licitadores potenciales puedan conocer la existencia de ese margen de libertad y de sus límites. A este respecto puede resultar oportuno citar un pasaje de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (en lo sucesivo, «Comunicación interpretativa»)<sup>18</sup> que me parece totalmente correcto y cuya posición comparto:

«Por lo demás, cuando, en algunos casos, el concedente no puede definir sus necesidades en términos técnicos suficientemente precisos, busca ofertas alternativas que puedan aportar soluciones diferentes a un problema expresado en términos generales. Sin embargo, en este supuesto, el pliego de condiciones, para garantizar una competencia sana y eficaz, debe detallar siempre de manera no discriminatoria y objetiva lo que se pide a los candidatos y, en particular, los tipos de enfoque que deben seguir para preparar sus ofertas. De esta manera, cada uno de los licitadores sabe de antemano que tiene la posibilidad de prever soluciones técnicas diferentes. De manera general, el pliego de condiciones no debe implicar elementos contrarios a las normas y a los principios del Tratado antes citados. Las necesidades del concedente pueden también determinarse en colaboración con empresas del sector, siempre y cuando esto

no impida la libre competencia» (punto 3.1.1, párrafo 9).

87. Por lo demás, en materia de contratos públicos, el artículo 19 de la Directiva establece expresamente la posibilidad de dejar a los licitadores un cierto grado de libertad a la hora de presentar sus ofertas a través del mecanismo de las variantes. Sin embargo, en la sentencia Traunfellner, en aras del respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores, el Tribunal de Justicia interpretó el mencionado artículo de modo bastante rígido, excluyendo por ejemplo que pueda bastar la remisión a una norma nacional para cumplir el requisito del segundo párrafo del artículo 19 de la Directiva, que exige a los poderes adjudicadores que indiquen en el pliego de cláusulas administrativas particulares las condiciones mínimas que deben reunir las variantes.<sup>19</sup>

88. No me parece convincente la alegación del Reino de España según la cual la jurisprudencia Traunfellner, que acaba de citarse, no es aplicable al caso de autos, ya que se refiere a variantes y no a obras adicionales. En efecto, en primer lugar, aun admitiendo que tenga fundamento la distinción entre variantes y obras adicionales, es innegable que la jurisprudencia Traunfellner se basa en el objetivo

18 — DO 2000, C 121, p. 2.

19 — Sentencia de 16 de octubre de 2003, Traunfellner (C-421/01, Rec. p. I-11941), apartados 27 a 29).

esencial de garantizar la igualdad de trato de los licitadores y que no puede considerarse que ese objetivo sea menos relevante en materia de obras adicionales que de variantes. En cualquier caso, en la medida en que se refiere al artículo 19 de la Directiva, es decir, a una disposición no aplicable a las concesiones de obras, esa jurisprudencia no es directamente aplicable al presente asunto, y debe más bien ser considerada como una indicación y una guía, por otra parte, extremadamente persuasiva.

89. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede extraerse asimismo otra indicación útil, aplicable esencialmente por analogía: también en aplicación del principio de igualdad de trato de los licitadores, esa jurisprudencia ha afirmado la necesidad de que, una vez establecidos, los criterios de adjudicación de una licitación deban mantenerse a lo largo de todo el procedimiento.<sup>20</sup>

90. En conclusión, un anuncio de licitación para la adjudicación de una concesión de obras públicas debe indicar de modo completo las obras objeto de dicha concesión. Las eventuales variantes y obras adicionales sólo son admisibles si el anuncio de licitación prevé dicha posibilidad y los límites en que ésta puede ejercerse.

5. Sobre la interpretación del segundo pliego de condiciones

91. Una vez aclarados los requisitos que ha de reunir un anuncio de licitación para una concesión de obras con el fin de cumplir las obligaciones de publicidad impuestas por el Derecho comunitario, es necesario comprobar si en el caso de autos el pliego de condiciones para la concesión examinada se adecuaba a dichos requisitos.

92. Considero que la respuesta debe ser negativa y que no hubo suficiente correspondencia entre lo indicado en el segundo pliego y las obras adjudicadas en la concesión a Iberpistas.

93. En primer lugar, como se ha expuesto, el Gobierno español sostiene que la decisión de sustituir el primer pliego por el segundo respondió a la voluntad de dar un mayor margen a la libre iniciativa de los licitadores para que propusieran soluciones adecuadas al problema del tráfico. Dicho Gobierno mantiene además que este extremo era fácilmente comprensible para los potenciales participantes

20 — Sentencias autobus valloni, apartados 88 y 89, y SIAC, apartados 41 y 43, ambas citadas en la nota 14.

en la licitación. Sin embargo, estas alegaciones no pueden aceptarse.

96. En lo que respecta a la cláusula 29, basta observar que ésta únicamente se refiere de modo explícito a las dos conexiones de la A-6 con Ávila y Segovia.<sup>21</sup>

94. Efectivamente, obsérvese que al comienzo del segundo pliego de condiciones se lee simplemente que «por razones de índole técnica se hace precisa la modificación del citado pliego, para redefinir el objeto de este concurso e introducir algunos cambios en la fijación del plazo concesional». Se trata de una formulación bastante vaga, que está lejos de indicar con precisión la razón concreta que ha motivado la nueva redacción del pliego (salvo el cambio de la duración de la concesión). Si la razón de fondo en la que se basa la decisión de anular el pliego anterior era dar mayor margen a libre iniciativa de los licitadores para la resolución del problema del tráfico, dicho extremo habría podido y debido indicarse, como mínimo, de modo explícito, cosa que no se hizo.

97. Cabe hacer una observación análoga respecto del punto 16 de la cláusula 5 del pliego, que indica expresamente que las medidas relativas al tráfico que podían haberse propuesto a la administración se referían al «área afectada por la construcción de las vías objeto de concesión». Por consiguiente, la mención de la «construcción» de esas vías limita claramente el área de referencia de esa disposición a las conexiones de la A-6 con Ávila y Segovia.

95. Del mismo modo, tampoco pueden admitirse las alegaciones del Gobierno español según las cuales la posibilidad de ofrecer obras adicionales como las propuestas por Iberpistas se deducía de una serie de disposiciones del pliego de condiciones. Se trata, en concreto, de las cláusulas 5, puntos 13 y 16, y 29 del anuncio de licitación.

98. En lo que atañe al punto 13 de esa cláusula del pliego, ha de señalarse que ésta se refiere, con carácter general, a las medidas que los licitadores podían haber propuesto adoptar en relación con toda una serie de factores que deben tenerse típicamente en cuenta a la hora de realizar obras viarias: no sólo el tráfico, sino también el posible impacto sobre el paisaje, el medio ambiente, el turismo, etc. Obviamente, no puede considerarse que una disposición general de este tipo, que trata

21 — Véanse los puntos 21 y 22.



de obras *meramente accesorias* respecto a las mencionadas explícitamente en el pliego de condiciones, constituya una publicidad suficiente para indicar como objeto del pliego una serie de obras *de construcción* de gran importancia, también desde el punto de vista económico, ubicadas, además, fuera de las áreas de construcción expresamente mencionadas en el anuncio de licitación.

99. Es más, la mencionada cláusula 13 alude a los «efectos» de la concesión sobre el problema global del tráfico, pero no hace referencia a la ubicación de las medidas que deben tomarse para reducir ese problema. Por lo tanto, no cabe desdeñar la alegación de la Comisión según la cual, visto el tenor del pliego, los participantes en la licitación sólo habrían podido interpretar que esas medidas se ubicaban en la zona de las obras cuya construcción se hallaba expresamente prevista.

100. Por último, no debe olvidarse que las disposiciones que acaban de citarse eran idénticas en ambos pliegos. En consecuencia, no puede sostenerse que, teniéndolas en cuenta, un participante potencial en la licitación habría podido pensar que la decisión de las autoridades españolas de anular el primer anuncio de licitación eliminando algunas obras respondiera a la voluntad de obtener

propuestas alternativas respecto a esas obras «suprimidas».

101. Seguidamente, en lo que respecta a las alegaciones adicionales formuladas por el Reino de España sobre la posibilidad de interpretar el segundo pliego de condiciones a la luz de las demás disposiciones pertinentes del Derecho español, que según dicho Gobierno conceden un amplio margen a la creatividad de los licitadores, observo cuanto expongo a continuación.

102. Por un lado, en principio, considero que por las razones mencionadas anteriormente también son aplicables en materia de concesiones los principios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la publicidad de los contratos públicos. Como se ha visto, en ese ámbito también se negó la legalidad de un anuncio de licitación que contenía una remisión *explícita* a la normativa nacional en relación con la admisibilidad de las variantes.<sup>22</sup>

103. Por otro lado, aun admitiendo absurdamente la posibilidad —que sería frontalmente opuesta a la jurisprudencia del Tribunal

<sup>22</sup> — Sentencia Traunfellner, citada en la nota 19.

de Justicia— de que el anuncio de licitación pueda completarse *implícitamente* con el Derecho nacional, es indudable que, en mi opinión, el artículo 8 de la Ley de Autopistas no apoya la posición del Reino de España. En efecto, lejos de reconocer a los potenciales licitadores una amplia libertad creativa para la presentación de las ofertas, esta norma se refiere a obras que, a pesar de no estar previstas en el primitivo objeto de la concesión, «se impongan al concesionario como contra-prestación». En otras palabras, parece que se trata de obras que, en cualquier caso, se exigen explícitamente al concesionario, y no de obras propuestas y realizadas libremente por éste. Por consiguiente, es inútil comprobar si, a efectos de la normativa nacional, todas las obras adicionales propuestas por Iberpistas están comprendidas en el área de influencia de las obras expresamente indicadas como objeto de la concesión.

105. Además, a pesar de las alegaciones en contra del Reino de España, la Comisión ha demostrado que los otros licitadores no interpretaron las cláusulas sobre la necesidad de proponer medidas para la reducción del tráfico del mismo modo que Iberpistas. En particular, los otros licitadores propusieron soluciones centradas totalmente en la realización de obras adicionales estrechamente relacionadas con las obras cuya construcción se exigía expresamente en el pliego de condiciones. Evidentemente, se trata de un dato fáctico que no es determinante por sí mismo, dado que ciertamente la valoración del pliego que realizaron los otros licitadores no puede condicionar la decisión del Tribunal de Justicia. Asimismo, no puede excluirse que los otros licitadores interpretaran el pliego incorrectamente. No obstante, es un elemento que puede tenerse en cuenta para perfilar el cuadro completo del caso de autos.

104. La Comunicación interpretativa tampoco puede proporcionar argumentos en apoyo de la posición del Gobierno español. En particular, como se ha expuesto, si bien en ese documento la Comisión admite la posibilidad de que se reconozca a los licitadores un amplio grado de libertad y de creatividad a la hora de presentar sus ofertas, también se recuerda expresamente la necesidad de «detailed siempre de manera no discriminatoria y objetiva lo que se pide a los candidatos».<sup>23</sup>

106. Finalmente, la última observación se refiere a los aspectos prácticos derivados de la interpretación del pliego de condiciones de Iberpistas, sancionada por el Reino de España. Sobre la base de la oferta seleccionada, además de las conexiones entre la autopista A-6 y las ciudades de Ávila y Segovia, la empresa Iberpistas llevó a cabo una serie de obras adicionales en el tramo Villalba-Adanero de dicha autopista, tramo en el que, cuando se convocó la licitación objeto del presente asunto, la propia Iberpistas se beneficiaba ya de una concesión hasta el

23 — Véase el punto 86 *supra*.

año 2018. Pues bien, me cuesta imaginar que, en concreto, un licitador distinto de Iberpistas pudiera proponer realizar obras en un tramo de autopista explotado por esta empresa por iniciativa propia, sin indicación alguna en ese sentido en el pliego de condiciones.

## VII. Conclusiones

107. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que se pronuncie en los siguientes términos:

- Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y de los principios del Tratado CE en materia de igualdad de trato y de no discriminación, al no haber incluido, entre las obras objeto de concesión indicadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de una concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de las conexiones de la autopista A-6 con Segovia y Ávila, así como para la conservación y explotación del tramo Villalba-Adanero en la misma autopista a partir del año 2018, determinadas obras que posteriormente fueron objeto de adjudicación en el ámbito de dicha concesión.
  
- Condenar en costas al Reino de España.