SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 22 de abril de 2010 *

En el asunto C-423/07,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 13 de septiembre de 2007,

Comisión Europea, representada por los Sres. D. Kukovec y M. Konstantinidis, y por la Sra. S. Pardo Quintillán, en calidad de agentes, asistidos por la Sra. M. Canal Fontcuberta, abogada, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Reino de España, representado por el Sr. F. Díez Moreno, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: español.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de la Sala Tercera, en funciones de Presidente de la Sala Cuarta, y la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. E. Juhász (Ponente), J. Malenovský y T. von Danwitz, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Mengozzi;
Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de septiembre de 2009;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 20 de octubre de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3 de la Directiva 93/37/CEE 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), y, por lo tanto, de su artículo 11, apartados 3, 6, 7, 11 y 12, y que ha vulnerado los principios del Tratado CE, en particular los de igualdad de trato y no discriminación, al no haber incluido entre las obras objeto de la concesión, en el anuncio de licitación 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 a partir de 2018 del tramo Villalba-Adanero en la misma autopista, obras que fueron posteriormente adjudicadas en dicho procedimiento de licitación, entre ellas las del tramo gratuito de la autopista A-6.

Normativa comunitaria

2 La Directiva 93/37 declara, en su quinto considerando, 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».

3 Con arreglo al artículo 1, letra c), de esta Directiva:

«*A efectos de la presente Directiva se entenderá 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».

4 De conformidad con la definición del artículo 1, letra d), de la misma Directiva, es

«*concesión de obras públicas:* el contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a) [referente a los contratos públicos de obras], con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

5 El artículo 3 de la Directiva 93/37 establece:

«1. En los contratos de concesión de obras públicas celebrados por los poderes adjudicadores cuyo importe sea igual o superior a 5 000 000 [de] ecus, 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.

[...]

4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los concesionarios de obras públicas que no sean poderes adjudicadores apliquen las reglas de publicidad definidas en los apartados 4, 6, 7 y 9 a 13 del artículo 11 y en el artículo 16 en la adjudicación de contratos de obras a terceros, cuando el valor de estos contratos sea igual o superior a 5 000 000 [de] ecus. [...]

[...]»

6 El artículo 11 de la Directiva 93/37, que forma parte del título III de ésta, con la rúbrica «Reglas comunes de publicidad», dispone:

«1. Los poderes adjudicadores darán a conocer, mediante un anuncio indicativo, las características básicas de los contratos de obras que tengan proyectado adjudicar, cuyos importes sean iguales o superiores al umbral indicado en el apartado 1 del artículo 6.

[…]

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

[…]

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.

[…]

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. […]

[…]

9. Los anuncios contemplados en los apartados 2, 3 y 4 se publicarán *in extenso* en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* [...]

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.

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*.

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

[...]»

7 Los anexos que cita el mencionado artículo 11, apartado 6, de la Directiva 93/37 contienen modelos de anuncios que el órgano de contratación deberá publicar en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas.* El anexo IV de dicha Directiva se refiere a los contratos públicos de obras, el anexo V a las concesiones de obras públicas, y el

anexo VI contiene el modelo de anuncio para cuando el concesionario quiera adjudicar a terceros contratos de ejecución de obras que se le hayan concedido.

8 El artículo 15 de esta Directiva dispone:

«Los poderes adjudicadores que deseen recurrir a la concesión de obras públicas fijarán un plazo para la presentación de candidaturas a la concesión, que no podrá ser inferior a cincuenta y dos días a partir de la fecha de envío del anuncio.»

9 El artículo 61 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), bajo la rúbrica «Adjudicación de obras complementarias al concesionario», establece:

«La presente Directiva no será de aplicación 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 necesarias para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra:

— cuando esas obras complementarias no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o

— cuando dichas obras, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.

No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras complementarias no podrá ser superior al 50 % del importe de la obra inicial objeto de la concesión.»

10 La comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (DO 2000 C 121, p. 2), señala, en su punto 3.1.1., con el título «Igualdad de trato»:

«[…]

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. […]»

Normativa nacional

11 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:

«[...] forman parte del objeto social de la sociedad concesionaria, […], 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 [...]»

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

Las obras controvertidas

13 La autopista A-6 enlaza Madrid y La Coruña y constituye el eje de conexión principal que une el centro con el norte y el noroeste de España. Se trata de uno de los ejes viarios más importantes y frecuentados de ese país. La parte de esta autopista situada entre Madrid y la ciudad de Villalba es un tramo gratuito, de unos 40 km de longitud, y atraviesa una zona prácticamente urbana. El situado entre las ciudades de Villalba y Adanero es un tramo de peaje, de unos 70 km de longitud (en lo sucesivo, «tramo de peaje de la Autopista A-6»). Estos dos tramos de autopista se caracterizan desde hace

mucho tiempo por estar sometidos a una circulación muy intensa y a graves problemas de embotellamientos.

14 Desde 1968, el tramo de peaje de la autopista A-6 viene siendo explotado en régimen de concesión por la empresa Ibérica de Autopistas, S.A. (en lo sucesivo, «Iberpistas»). Esta concesión había sido otorgada hasta el 29 de enero de 2018.

15 Mediante Orden de 26 de mayo de 1997, el Ministerio de Fomento anunció su intención de incluir en el «Plan de Autopistas», aprobado por el Gobierno español en febrero de 1997, la construcción de autopistas que enlazaran las ciudades de Segovia y Ávila con la autopista A-6, ya que «todo ello, unido a los importantes tráficos existentes en la actualidad que originan congestiones […] hace que la construcción de las autopistas de conexión de dichas ciudades con la actual A-6 sea de excepcional interés público para el desarrollo de las mismas».

16 Mediante anuncio publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DO S 115, de 16 de junio de 1999; en lo sucesivo, «primer anuncio») y mediante el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por Orden de 4 de junio de 1999 (BOE nº 136, de 8 de junio de 1999; en lo sucesivo, «primer pliego»), el Ministerio de Fomento, como órgano de contratación, inició un procedimiento para adjudicar una concesión de obras públicas. El apartado 2 del primer anuncio y la cláusula 2, apartado 4, del primer pliego, cuyo contenido era idéntico, describían el objeto de la licitación con vistas a la concesión.

17 Dicho objeto se refería a las siguientes obras:

— la construcción, conservación y explotación de las conexiones del tramo de peaje de la autopista A-6 con las ciudades de Ávila y Segovia;

— la conservación y explotación, a partir del 30 de enero de 2018, del tramo de peaje de la autopista A-6, por un período que se determinaría posteriormente a partir del promedio de vehículos que lo transitaran;

— la construcción de la vía de circunvalación de la localidad de Guadarrama, municipio situado en el tramo de peaje de la autopista A-6;

— por último, la ampliación de una parte del tramo gratuito de la autopista A-6, concretamente del tramo entre Madrid y Villalba. Se trataba de la construcción de un cuarto carril por sentido con el fin de aumentar la capacidad de la autopista A-6 en el tramo mencionado.

18 Mediante Orden de 7 de julio de 1999 (BOE nº 163, de 9 de julio de 1999), el órgano de contratación publicó un nuevo pliego de cláusulas administrativas particulares (en lo sucesivo, «segundo pliego»). Se publicó un nuevo anuncio en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DO S 137, de 17 de julio de 1999; en lo sucesivo, «segundo anuncio»). La exposición de motivos de esta segunda Orden declaraba que «por razones de índole técnica se hace precisa la modificación del citado [primer] pliego, para redefinir el objeto de este concurso e introducir algunos cambios en la fijación del plazo concesional».

19 El apartado 2 del segundo anuncio y la cláusula 2 del segundo pliego definían como sigue el objeto de la concesión:

«1. La construcción, conservación y explotación del tramo de autopista de peaje: Autopista A-6, conexión Segovia, […].

2. La construcción, conservación y explotación del tramo de autopista de peaje Autopista A-6, conexión Ávila. […]

3. La conservación y explotación de la autopista de peaje A-6, tramo Villalba-Adanero. […]»

20 Se desprende de lo anterior que este segundo anuncio y este segundo pliego no mencionaban en el objeto de la concesión la construcción de la vía de circunvalación de Guadarrama ni la ampliación de una parte del tramo gratuito de la autopista A-6.

21 La cláusula 3 del segundo pliego remitía al «expediente administrativo».

22 Los puntos 13 y 16 de la cláusula 5 del segundo pliego, cuyo tenor era el mismo en el primer pliego, disponían:

«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 del 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 en estas materias.

[…]

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 la 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.»

23 En la cláusula 10 del segundo pliego, que es idéntica a la que figura en la misma cláusula del primero, se enumeraban los criterios que se tomarían en consideración para la adjudicación del concurso. Entre estos criterios se encontraban:

— la viabilidad de la oferta presentada y el volumen de recursos aplicados (criterio III),

— las medidas propuestas para la gestión del tráfico y medio ambiental (criterio V).

24 El subcriterio V, inciso i), señalaba:

«las medidas propuestas para la gestión del tráfico interurbano, incluyendo las referidas a la implantación del peaje dinámico, en el área afectada por la construcción de las vías objeto de la concesión, se puntuarán por su creatividad, viabilidad y eficacia hasta 75 puntos».

25 La cláusula 29 del segundo pliego declaraba que, con respecto a las conexiones del tramo de peaje de la autopista A-6 con Ávila y Segovia, el concesionario quedaba obligado a que en ningún punto de la autopista se superase un determinado nivel de intensidad del tráfico, expresado en términos técnicos, y que debía llevar a cabo a sus expensas las ampliaciones necesarias a tal fin.

26 Por último, la cláusula 33 del segundo pliego establecía que la duración de la concesión no sería superior a treinta y siete años ni inferior a veintidós, y que la duración exacta en años de la concesión se fijaría tomando en consideración la evolución real del tráfico de cada uno de los distintos tramos, lo que se evaluaría transcurridos veinte años desde el inicio de la concesión.

27 En virtud del Real Decreto 1724/1999, de 5 de noviembre, el Gobierno adjudicó la concesión a Iberpistas. El artículo 5 de este Real Decreto preveía no obstante la ejecución de obras complementarias de las mencionadas en el segundo anuncio y en el segundo pliego. De este modo, además de la construcción de las conexiones del tramo de peaje de la autopista A-6 con Ávila y Segovia, así como la conservación y explotación de dicho tramo de peaje de la autopista A-6 entre Villalba y Adanero, se preveían las siguientes obras:

— construcción de un tercer carril de circulación por sentido en el tramo de peaje de la autopista A-6 situado entre Villalba y el enlace Valle de los Caídos (en lo sucesivo, «obra A»);

— construcción de un tercer carril reversible en el tramo de peaje de la autopista A-6 situado entre el enlace Valle de los Caídos y la localidad de San Rafael, incluida la construcción de un nuevo túnel (en lo sucesivo, «obra B»);

— construcción de un cuarto carril de circulación por sentido en el tramo libre de peaje de la autopista A-6, en la parte situada entre Madrid y Villalba (en lo sucesivo, «obra C»).

28 En lo sucesivo, se hará referencia a las obras A, B y C, como «obras complementarias».

29 Resulta de lo anterior que la obra C se mencionaba en el primer anuncio y en el primer pliego, pero no en los segundos. Las obras A y B no se mencionaban en los primeros ni en los segundos. En cuanto a las obras de construcción de una vía de circunvalación de Guadarrama, incluidas en el primer pliego pero no en el segundo, no estaban comprendidas en el objeto de la concesión adjudicada a Iberpistas y finalmente no se llevaron a cabo.

30 Se desprende del expediente que la conexión entre el tramo de peaje de la autopista A-6 y Segovia entró en funcionamiento en 2003, y que el cuarto carril de circulación en el tramo libre de peaje de la autopista A-6 (obra C) entró en servicio el 1 de enero de 2006. Se desprende asimismo del expediente que entre tanto se completaron las restantes obras.

31 Igualmente se desprende de un escrito de las autoridades españolas, de 28 de noviembre de 2001, que el importe de las obras mencionadas explícitamente en el segundo anuncio y en el segundo pliego (concretamente las conexiones del tramo de peaje de la autopista A-6 con Segovia y Ávila) ascendía a 151,76 millones de euros. Dicho importe no incluía el coste de las obras de conservación y explotación del tramo de peaje de la autopista A-6 de Villalba a Adanero, que se concedieron a partir del 30 de enero de 2018. El coste de las tres «obras complementarias» ascendió a 132,03 millones de euros.

Procedimiento administrativo previo

32 Puesto que tenía dudas sobre la regularidad, desde el punto de vista de la Directiva 93/37, del procedimiento con arreglo al cual se concedió la ejecución de las obras complementarias, la Comisión, con fecha de 30 de abril de 2001, envió al Reino de España un escrito de requerimiento, al que dicho Estado miembro respondió mediante escrito de 27 de junio de 2001. Dado que no consideró satisfactorias las explicaciones proporcionadas por aquél, la Comisión, con fecha de 18 de julio de 2002, emitió un dictamen motivado, al que el citado Estado respondió mediante escritos de 20 de septiembre de 2002 y 13 de marzo de 2003.

33 El 25 de julio de 2003, la Comisión envió al Reino de España un escrito de requerimiento complementario referente al incumplimiento de los principios de igualdad de trato y no discriminación, al cual éste respondió mediante escrito de 28 de octubre de 2003. El 22 de diciembre de 2004, la Comisión envió un dictamen motivado complementario relativo a la infracción de los mencionados principios, al que dicho Estado miembro respondió mediante escrito de 3 de marzo de 2005. Al estimar que esta respuesta no era satisfactoria, la Comisión interpuso el presente recurso.

Sobre el recurso

Sobre la admisibilidad

34 El Gobierno español plantea dos excepciones de inadmisibilidad. En primer lugar, sostiene que la demanda ignora las exigencias del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, pues no se aporta la prueba del poder de representación de la

abogada que asiste a la Comisión. Esta institución, además, no justifica el encargo encomendado a dicha abogada para intervenir en el presente asunto, ya que no actúa como agente de la Comisión.

35 En segundo lugar, el Reino de España plantea una excepción de inadmisibilidad basada en que el recurso de la Comisión adolece de falta de claridad, ya que se refiere indistintamente a la infracción de los artículos 3 y 11, apartados, 3, 6, 7, 11 y 12, de la Directiva 93/37. Sin embargo, la única disposición del artículo 3 que puede tenerse en cuenta en el presente asunto es la de su apartado 1. Además, en el caso de autos, el órgano de contratación cumplió plenamente sus obligaciones, de conformidad con el artículo 11, apartados 3, 7, 11 y 12, de dicha Directiva. Por otra parte, el apartado 6 del mismo artículo se refería a los anexos IV, V y VI de la Directiva, cuando, en su opinión, únicamente el anexo V puede aplicarse en este asunto. Por lo tanto, considera que el objeto del recurso está indeterminado.

36 En cuanto a la primera excepción de inadmisibilidad, hay que señalar que la Comisión ha estado debidamente representada por tres agentes, asistidos por una abogada. Por otra parte, la Comisión adjuntó a su demanda la copia de un documento certificativo de que la abogada en cuestión está habilitada para ejercer, en el sentido del artículo 38, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en este caso, el Reino de España.

37 Tampoco puede acogerse la segunda excepción de inadmisibilidad. En efecto, se desprende, sin equívoco alguno, del conjunto de los documentos aportados a este Tribunal, que el recurso y las imputaciones de la Comisión se refieren a la inobservancia, durante el procedimiento de concesión de las obras en cuestión, de las obligaciones de publicidad impuestas al órgano de contratación por las disposiciones aplicables de la Directiva 93/37, en la medida en que no todas las obras efectivamente adjudicadas y ejecutadas se mencionaban en el anuncio que a estos efectos prevén dichas disposiciones.

38 Por lo tanto, en el objeto del recurso no se plantea en absoluto un problema de claridad que pueda cuestionar su admisibilidad.

39 La posibilidad de que algunos de los preceptos de la Directiva 93/37 señalados por la Comisión en apoyo de sus alegaciones no resulten pertinentes para el caso de autos no convierte su recurso en inadmisible.

Sobre el fondo

Alegaciones de las partes

40 La Comisión alega, en esencia, que el objeto de la concesión, tal como se describe en el anuncio y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y las obras efectivamente adjudicadas deben coincidir. Sin embargo, el objeto de la concesión en cuestión se define de manera precisa en la cláusula 2 del segundo pliego y se refiere a obras determinadas, concretamente, a las conexiones del tramo de peaje de la autopista A-6 con Segovia y Ávila, y a la conservación y explotación de dicho tramo a partir del 30 de enero de 2018. Por el contrario las obras complementarias no se mencionan ni en el segundo anuncio ni en el segundo pliego.

41 El incumplimiento que se reprocha al Reino de España consiste, por lo tanto, según la Comisión, en que las autoridades españolas ampliaron *a posteriori* el objeto de la concesión, al adjudicar a Iberpistas obras que no habían sido objeto de publicación y que se situaban fuera del ámbito geográfico comprendido en el objeto de la concesión,

de acuerdo con lo publicado. Esto constituye un incumplimiento de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de las disposiciones pertinentes de los artículos 3 y 11 de la Directiva 93/37.

42 La Comisión afirma que ni la modificación del objeto de la concesión introducida en el segundo anuncio y en el segundo pliego ni la redacción de las cláusulas 5, puntos 13 y 16, y 29, del segundo pliego, permitían a un licitador razonablemente informado y diligente entender que, de hecho, las autoridades competentes le invitaban a formular proposiciones que condujeran a la realización de trabajos como las obras complementarias. Si fuera de otro modo, habría que admitir que los licitadores podían proponer obras en todas las carreteras de las provincias de Madrid, Segovia y Ávila, ya que el tráfico en ellas podía verse afectado por las obras objeto de concesión.

43 En opinión de la Comisión, el hecho de que las obras complementarias no estuvieran comprendidas en el objeto de la concesión y de que un licitador normalmente informado no pudiera deducir de las cláusulas del pliego que podía presentar proposiciones para la ejecución de obras de tal envergadura favorecía únicamente a Iberpistas, que ya era concesionaria del tramo de peaje de la autopista A-6 y conocía las necesidades reales del poder adjudicador. Por el contrario, ni los otros candidatos ni los licitadores potenciales podían conocer todos los datos que iban a tomarse en consideración para adjudicar la concesión, lo cual constituye una vulneración del principio de igualdad de trato de los licitadores.

44 El Reino de España sostiene, en primer lugar, que como resulta del segundo pliego, el concurso se regía no sólo por dicho pliego, sino también por el conjunto de la normativa aplicable a los procedimientos de licitación, a saber, por la Ley de autopistas y por el Pliego de Cláusulas Generales aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 de enero. Sin embargo, el objetivo de esta normativa es, en consonancia con el desarrollo del

Plan de Autopistas, antes mencionado, permitir una gran libertad a las iniciativas de las empresas privadas, tanto en el momento de presentación de sus ofertas como al realizar sus actividades después de adjudicarse la concesión.

45 Por otra parte, este enfoque se ha seguido sin problemas para adjudicar la concesión de construcción de otras autopistas en España y, además, está confirmado por el artículo 8 de la ley de autopistas, que prevé la posibilidad de que los licitadores propongan obras complementarias, ya sea en el área de influencia de las autopistas, de conformidad con la definición de este término en la normativa nacional, ya sea fuera de dicha área.

46 En este caso, el segundo pliego ya no menciona explícitamente los proyectos de construcción de determinadas obras. Esta modificación tenía por objeto permitir a la iniciativa y creatividad de los empresarios privados que propusieran al órgano de contratación la realización de obras que pudieran resolver los problemas de tráfico en la autopista A-6, en particular tras la construcción de las nuevas conexiones con Ávila y Segovia. En efecto, según dicho Estado miembro, la construcción de estas dos nuevas autopistas agravaría la situación del tráfico en el eje afectado. La propuesta de solución de este problema se dejaba a la iniciativa de los licitadores, como se desprende igualmente del tenor de la cláusula 5, apartados 13 a 16, y de las cláusulas 29 y 33 del segundo pliego.

47 En segundo lugar, el Reino de España alega que, en todo caso, no puede mantenerse en el presente asunto que se hayan incumplido las obligaciones de publicidad en lo que respecta a la adjudicación de las obras complementarias. Efectivamente, el mencionado Estado miembro afirma que Iberpistas no ejecutó por sí misma dichas obras complementarias, sino que las anunció y las adjudicó a terceras empresas, de conformidad con las exigencias de publicidad y concurrencia establecidas por la Directiva

93/37 y por la legislación española. Estas obras complementarias, por lo tanto, se realizaron por terceras empresas independientes de la concesionaria Iberpistas.

48 En tercer lugar, el Reino de España pone de relieve que las denuncias ante la Comisión no fueron presentadas por licitadores no seleccionados, ni por terceros real o potencialmente interesados en la adjudicación de la concesión controvertida, sino por personas y entidades que carecían de cualquier tipo de relación profesional con la citada concesión. Estos denunciantes no tenían interés alguno en la aplicación correcta de las normas de concurrencia, sino que estaban guiados por otras motivaciones. Según dicho Estado miembro, todas las empresas que deseaban participar en el procedimiento dispusieron de la misma información y ningún licitador, ni otro interesado real o potencial impugnó, mediante queja, reclamación o acción judicial, el resultado del procedimiento. Por consiguiente, se respetó la igualdad de trato.

49 El Reino de España señala, en cuarto lugar, que estos mismos denunciantes, antes de dirigirse a la Comisión, habían interpuesto dos recursos contencioso-administrativos contra el procedimiento controvertido ante el Tribunal Supremo, el más alto órgano jurisdiccional español, que era el idóneo para pronunciarse sobre la cuestión de hecho planteada en el presente asunto, consistente en determinar los motivos de la modificación introducida en el segundo anuncio de la concesión. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestimó los recursos mediante dos sentencias de 11 de febrero y de 4 de octubre de 2003, en las que también examinó la adjudicación de la concesión controvertida a la luz del Derecho comunitario, y declaró que se habían respetado los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Apreciación del Tribunal de Justicia

50 Con carácter preliminar, hay que señalar que, si bien la Comisión reprocha al Reino de España la vulneración de los artículos 3 y 11, apartados 3, 6, 7, 11 y 12, de la Directiva 93/37, no discute que se publicó un anuncio de licitación ni el momento y

las modalidades de dicha publicación, como se establecen en los artículos 11, apartados 7, 11 y 12, de esta Directiva. Por otra parte, se desprende de su demanda que, respecto al artículo 3 de dicha Directiva, el recurso de la Comisión sólo se refiere a su apartado 1.

51 En estas circunstancias, procede examinar el recurso de la Comisión teniendo en cuenta, únicamente, los artículos 3, apartado 1, y 11, apartados 3 y 6, de la Directiva 93/37.

52 A este respecto, consta en los autos que la actuación aquí controvertida es una «concesión de obras públicas», en el sentido del artículo 1, letra d), de la Directiva 93/37. De acuerdo con este precepto, la «concesión de obras públicas» es un contrato que presenta los mismos caracteres que los propios de los «contratos públicos de obras», con la salvedad de que la contrapartida de las obras consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

53 De conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/37, cuando los poderes adjudicadores celebren un contrato de concesión de obras públicas, se aplicarán las normas de publicidad definidas, en particular, en su artículo 11, apartados 3 y 6, cuando el importe del contrato sea igual o superior a 5 000 000 de ecus.

54 El artículo 11, apartado 3, de la misma Directiva exige que los poderes adjudicadores que deseen recurrir a la concesión de obras públicas den a conocer su intención por medio de un anuncio. Este anuncio, como se desprende del apartado 6 del mismo

artículo, debe ajustarse al modelo que figura en el anexo V de esta Directiva, y precisar la información que en él se solicita.

55 Entre las informaciones que debe contener dicho anuncio figuran, de conformidad con el apartado II de este anexo V, titulado «Objeto del contrato», el objeto principal y los objetos adicionales del contrato, la descripción y el lugar de las obras de la concesión, y la cantidad o extensión global de éstas.

56 Esta obligación de publicidad, debido a que conlleva la posibilidad de comparar las ofertas, garantiza un nivel de concurrencia que el legislador de la Unión Europea considera satisfactorio en el ámbito de las concesiones de obras públicas.

57 En este ámbito, dicha obligación expresa los principios de igualdad de trato y transparencia, que se imponen en cualquier circunstancia a los poderes adjudicadores.

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

59 El carácter fundamental del anuncio, en lo que se refiere tanto a los contratos públicos como a las concesiones de obras, en lo que respecta a la información, en condiciones respetuosas con el principio de igualdad de trato, a los licitadores de los diferentes

Estados miembros, se pone de relieve en el artículo 11, apartado 11, de la Directiva 93/37, de acuerdo con el cual, la posible publicación de anuncios en el ámbito nacional no debe incluir más información que la publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

60 No obstante, dado el limitado espacio disponible en el modelo de anuncio de concesión que figuran en el anexo V de la Directiva 93/37, la información referente a la concesión puede hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe aprobar el órgano de contratación y que constituye el complemento natural del anuncio.

61 En el presente asunto, procede señalar que las obras complementarias sobre las que versan las imputaciones de la Comisión, cuyo valor sobrepasa considerablemente el umbral establecido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/37, no se mencionaban en el objeto de la concesión controvertida, definido en el segundo anuncio y en el segundo pliego.

62 No obstante, el Reino de España sostiene que el segundo pliego debería haberse entendido en el sentido de que remitía a la normativa básica de aplicación general a los procedimientos de licitación, en particular a la Ley de autopistas, y haberse interpretado a la luz de esta normativa, cuyo objetivo es conceder una gran libertad a la iniciativa de los licitadores. Por lo tanto, los licitadores deberían haber comprendido, a la luz del artículo 8 de esta Ley, que el órgano de contratación estaba en realidad apelando a su iniciativa y a su creatividad para resolver el principal problema planteado, es decir, la intensidad de tráfico en la Autopista A-6. Este problema es notorio y se desprende inequívocamente de las estadísticas de las autoridades nacionales competentes. Por lo tanto, es de sentido común que el órgano de contratación esperase recibir proposiciones en tal sentido. Esta expectativa, por otra parte, está confirmada

por el hecho de que algunas obras ya no se mencionaban en el segundo pliego, con objeto de dejar un mayor margen a la iniciativa de los licitadores, y por el tenor de las cláusulas 5, apartados 13 y 16, y 29 del segundo pliego.

63 Debe rechazarse esta alegación.

64 En efecto, es necesario señalar que, con el fin de aclarar las exigencias de una concesión, a veces resulta inevitable que el anuncio o el pliego de cláusulas administrativas particulares remitan a la normativa nacional sobre las especificaciones técnicas en materia de seguridad, salud, protección del medio ambiente o sobre exigencias de otro tipo. Esta posibilidad de remisión, no obstante, no permite que el órgano de contratación eluda las obligaciones de publicidad impuestas por la Directiva 93/37, de acuerdo con las cuales el objeto de la concesión de que se trate debe estar definido en el anuncio y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que deben contener las informaciones a que se refiere el apartado 55 de esta sentencia. Tampoco puede aceptarse la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de dicha normativa, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión.

65 Esta exigencia debe interpretarse de manera estricta. De este modo, el Tribunal de Justicia, en el marco del contrato público de obras, ha descartado la legalidad de una remisión del pliego de condiciones a la legislación nacional respecto a la posibilidad de que los licitadores presenten variantes en sus ofertas, de conformidad con el artículo 19, párrafos primero y segundo, de la Directiva 93/37, ya que no estaban mencionados, en el pliego de condiciones, los requisitos mínimos que tales variantes debían cumplir (véase la sentencia de 16 de octubre de 2003, Traunfellner, C-421/01, Rec. p. I-11941, apartados 27 a 29). Puesto que se trata de una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de

contratos públicos regulado por la Directiva 93/37, esta conclusión del Tribunal de Justicia es igualmente válida en materia de concesión de obras.

66 Procede añadir, asimismo, que el órgano de contratación puede, teniendo en cuenta las posibles particularidades de los trabajos objeto de concesión, dejar cierto margen a la iniciativa de los licitadores para la formulación de sus ofertas.

67 No obstante, no puede considerarse que las cláusulas 5, apartados 13 y 16, y 29 del segundo pliego, que sustituyó al primero, hayan hecho un llamamiento a la iniciativa de los licitadores para que propusieran alternativas referentes a obras distintas de las claramente identificadas en el segundo anuncio. En efecto, el apartado 13 de la cláusula 5 no precisa, en particular, la localización de las medidas que hayan de adoptarse para reducir el posible aumento del tráfico originado por la realización de los trabajos mencionados en el segundo anuncio. Además, el apartado 16 de dicha cláusula 5 se limita a invitar a los licitadores a proponer medidas para la «gestión» adecuada del tráfico interurbano en el área «afectada por la construcción de las vías objeto de concesión», ya que tal área no es objeto de mayores precisiones. Asimismo, la cláusula 29 se refiere, de manera que no se precisa suficientemente, a las medidas que deben adoptarse en relación con las conexiones del tramo de peaje de la autopista A-6 con Ávila y Segovia.

68 Cabe señalar que la iniciativa y las ofertas alternativas de los licitadores, que al parecer esperaba el Gobierno español por el hecho de que el segundo pliego sustituyó al primero «por razones de índole técnica» y «para redefinir el objeto de este concurso», además de que no podrían ser comprendidas por un licitador normalmente informado y diligente, en el sentido alegado por el Reino de España, no se refieren al objeto de la concesión litigiosa, sino que responden más bien a razones de la política general de transportes en el Estado miembro interesado. Basándose pues en tal concepción, como acertadamente pone de relieve la Comisión, los licitadores habrían sido libres

de proponer sin limitación alguna la realización de obras en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid y de las provincias de Ávila y Segovia.

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

70 En cualquier caso, aun cuando se admitiera que todos los licitadores entendieran de la misma forma su libertad de iniciativa, no es respetuoso con la Directiva 93/37 adjudicar sin transparencia alguna un contrato de concesión de obras públicas que incluye trabajos denominados «complementarios» que por sí solos constituyen «contratos públicos de obras» en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor supere el umbral que allí se establece.

71 En caso contrario, esas obras denominadas «complementarias» se sustraerían a la obligación de publicidad y, por consiguiente, a toda forma de competencia. Puesto que los licitadores que hicieran uso de su iniciativa serían totalmente libres para someter proposiciones en las que determinarían la naturaleza, la extensión y la localización geográfica de las obras previstas, de forma independiente y sin necesidad de contemplar un objetivo previamente determinado, no sería posible en modo alguno comparar sus ofertas.

72 Procede señalar, además, que el Reino de España no puede recurrir eficazmente al argumento basado en el artículo 61 de la Directiva 2004/18. En efecto, además de que esta Directiva no es aplicable *ratione temporis* al presente asunto, es preciso

señalar que las obras complementarias controvertidas no constituyen, en el sentido del mencionado precepto, «obras complementarias […] que no figuren en el proyecto de concesión previsto inicialmente» y que hayan pasado a ser necesarias, debido a una circunstancia imprevista, para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita.

73 La forma de proceder del Reino de España en el caso de autos tampoco puede justificarse por lo señalado en el punto 3.1.1 de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario, antes citada. En efecto, ese texto sólo se aplica a los casos en que, por no poder definir sus necesidades en términos técnicos suficientemente precisos, el órgano de contratación busca ofertas alternativas que puedan resolver un problema expresado en términos generales, lo que no es el caso en el presente asunto.

74 Por consiguiente, procede concluir que las obras complementarias se adjudicaron a Iberpistas a pesar de que no estaban comprendidas en el objeto de la concesión de que se trata, como se describe en el segundo anuncio y en el segundo pliego, lo cual constituye una vulneración de los artículos 3, apartado 1, y 11, apartados 3 y 6, de la Directiva 93/37, interpretados en relación con el anexo V de ésta.

75 Como se desprende del apartado 57 de la presente sentencia, las disposiciones de la Directiva 93/37 que exigen una publicidad apropiada son expresión de los principios de igualdad de trato y de transparencia. Por consiguiente, no procede examinar de forma separada la cuestión de la posible vulneración de dichos principios.

76 La conclusión a la que se ha llegado en el apartado 74 de la presente sentencia no queda desvirtuada por la alegación del Reino de España basada en que Iberpistas no ejecutó por sí misma las obras complementarias, sino que las adjudicó a terceras empresas, de conformidad con las exigencias de publicidad establecidas en el artículo 3,

apartado 4, de la Directiva 93/37. En efecto, como ha señalado correctamente la Comisión, el artículo 3 de esta Directiva impone claramente, tanto al órgano de contratación como al concesionario, obligaciones de publicidad acumulativas y no alternativas, que deben ser cumplidas por ambos, en todas las fases del procedimiento, con objeto de preservar el efecto útil de esta disposición.

77 De igual modo, es ineficaz la alegación del Reino de España basada en que la Comisión ha decidido iniciar el presente procedimiento por incumplimiento a raíz de demandas presentadas por personas que no están relacionadas con el procedimiento controvertido, y no por otros licitadores, real o potencialmente interesados en obtener la concesión controvertida.

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

79 Es necesario señalar, asimismo, que tampoco es pertinente, para resolver el presente asunto, la alegación basada en que el Tribunal Supremo, que conoció de los recursos

interpuestos contra la resolución del órgano de contratación, haya declarado en dos sentencias que no se habían infringido las disposiciones de la Directiva 93/37 ni el principio de igualdad de trato y en que haya procedido, a estos efectos, a una apreciación de los hechos en relación con las cláusulas del segundo pliego, lo que, según el Estado miembro demandado, es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales.

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

81 Por cuanto antecede, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 3, apartado 1, y 11, apartados 3 y 6, de la Directiva 93/37, en relación con el anexo V de ésta., debido a la adjudicación a Iberpistas, el 5 de noviembre de 1999, de

— la construcción de un tercer carril de circulación por sentido en el tramo de peaje de la autopista A-6 situado entre la localidad de Villalba y la conexión del Valle de los Caídos,

— la construcción de un tercer carril reversible en el tramo de peaje de la autopista A-6 situado entre el enlace del Valle de los Caídos y la ciudad de San Rafael, incluida la construcción de un nuevo túnel, y

— la construcción de un cuarto carril de circulación por sentido en el tramo gratuito de la autopista A-6 situado entre las ciudades de Madrid y Villalba,

sin que estas obras se mencionaran en el objeto del contrato de concesión de obras públicas, tal como se describía en el anuncio publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y en el pliego de condiciones.

82 Desestimar el recurso en todo lo demás.

Costas

83 En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber sido desestimadas en lo sustancial las pretensiones del Reino de España, procede condenarlo en costas, conforme a lo solicitado por la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 3, apartado 1, y 11, apartados 3 y 6, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en relación con el anexo V de ésta, debido a la adjudicación a Ibérica de Autopistas, S.A., el 5 de noviembre de 1999, de

— la construcción de un tercer carril de circulación por sentido en el tramo de peaje de la autopista A-6 situado entre la localidad de Villalba y la conexión del Valle de los Caídos,

— la construcción de un tercer carril reversible en el tramo de peaje de la autopista A-6 situado entre el enlace del Valle de los Caídos y la ciudad de San Rafael, incluida la construcción de un nuevo túnel, y

— la construcción de un cuarto carril de circulación por sentido en el tramo gratuito de la autopista A-6 situado entre las ciudades de Madrid y Villalba,

sin que estas obras se mencionaran en el objeto del contrato de concesión de obras públicas, tal como se describía en el anuncio publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y en el pliego de condiciones.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Condenar en costas al Reino de España.

Firmas