CNC
COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

IPN 68/11. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA LA LETRA D) DE LA CLÁUSULA 8 DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS GENERALES PARA LA CONSTRUCCIÓN, CONSERVACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE AUTOPISTAS EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN, APROBADO POR EL DECRETO 215/1973, DE 25 DE ENERO.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 28 de diciembre de 2011, ha aprobado el presente informe, relativo al *Proyecto de Real Decreto (PRD) por el que se modifica la letra d) de la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero*, en el que analiza las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el pasado 21 de diciembre de 2011. La documentación remitida consiste en una versión del mencionado PRD, junto con la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y diferentes informes provenientes de órganos asesores y de sociedades concesionarias de autopistas.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

I. ANTECEDENTES

El vigente Decreto 215/1973 aprobó el Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. En dicha norma se contienen las previsiones que han de regir la preparación, adjudicación y ejecución de este tipo de contratos (convocatoria, procedimientos de adjudicación, contenido de las proposiciones, constitución y otras operaciones societarias relacionadas con la sociedad concesionaria, formalización del contrato, régimen financiero, expropiaciones, etc).

La sentencia dictada el 22 de abril de 2010 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-423/07 conmina al Reino de España a modificar determinados aspectos del contenido del mencionado Real Decreto. En particular, estos aspectos hacen referencia a las modificaciones o mejoras que pueden presentar los licitadores a la Administración al proponer sus ofertas.

Para la ejecución de la mencionada STJUE de 22 de abril de 2010, el Reino de España se ha comprometido, entre otras medidas, a modificar el Decreto 215/1973, de 25 de enero, en términos que resulten satisfactorios para la Comisión Europea.

En la redacción actual del Decreto 215/1973, la cláusula 8 establece un límite a las modificaciones o adiciones que los licitadores pueden proponer e incorporar a sus ofertas: "*tales modificaciones o adiciones solamente podrán referirse a características estructurales, a la disposición de enlaces previstos sin alterar su ubicación y a las áreas de servicio y mantenimiento*".

En la reunión celebrada el 23 de julio de 2010 entre el Reino de España y la Comisión Europea, se propuso a la Comisión una reforma de dicha cláusula 8 del Decreto 215/1973, que consistía en fijar además un límite objetivo del 10 por 100 al valor estimado de cualquier mejora propuesta por el licitador. La Comisión Europea manifestó en dicha reunión que deberían añadirse limitaciones cualitativas a las mejoras que puede proponer el licitador.

La reforma que ahora se propone trata de adaptar dicho texto a las circunstancias anteriormente reflejadas e incorporar además nuevas limitaciones a la formulación de mejoras por los licitadores, conforme a lo argumentado por el TJUE en la referida sentencia. En particular, esta reforma pretende evitar que los licitadores a una concesión de autopista propongan mejoras no amparadas por el objeto del contrato, según se define éste en el pliego y en el anuncio; pues la adjudicación del contrato a tales ofertas resultaría contraria a los principios de transparencia e igualdad de trato, según interpreta el TJUE en la citada sentencia.

Es esta, en consecuencia, una modificación puntual, de un aspecto muy concreto, del Decreto 215/1973, sin perjuicio de que la conveniencia de modificar dicho pliego general para adaptarlo a los cambios normativos posteriores a su aprobación ya había sido reiteradamente puesta de manifiesto por diversos órganos y, muy especialmente, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En todo caso, según el Ministerio proponente, "la procedencia de acometer esa reforma general no debe ser obstáculo para anticipar la reforma puntual que ahora se propone, necesaria para cumplir la citada sentencia del TJUE".

II. CONTENIDO

Este PRD se compone de un **artículo único, una disposición final primera y una disposición final segunda**.

El artículo único versa acerca de la modificación de la letra d) de la cláusula 8 del Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero:

"*d) Las modificaciones o adiciones que supongan una mejora del anteproyecto, cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares lo recoja de manera clara, precisa e inequívoca, y en los términos que establezca.*

Tales mejoras sólo podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación y a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y a los recursos naturales, pero no a su ubicación.

A estos efectos, exclusivamente se considerarán mejoras en las características estructurales de la obra las que afecten a alguna de las siguientes:

1ª.- Parámetros de trazado

2ª.- Tipología de enlaces previstos, sin alterar su ubicación y siempre que se mejore la funcionalidad de los movimientos que incorporan.

3ª.- Áreas de servicio y mantenimiento.

2. En ningún caso, se admitirán como mejoras:

1ª.- La realización de obras fuera del área de influencia de la autopista.

2ª.- La realización de trabajos que, por sí solos, sean susceptibles de constituir contratos públicos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior al de los sujetos a regulación armonizada.

3ª.- La realización de obras cuyo valor estimado exceda del 5 por 100 del valor estimado del contrato o para las que sea necesario expropiar una superficie que exceda del 5 por 100 de la prevista en el anteproyecto".

Por su parte, la **Disposición final primera**, denominada Título competencial, señala que este Real Decreto se dicta al amparo de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.18 de la Constitución, sobre legislación básica en materia contratos y concesiones.

Por último, **la Disposición final segunda,** regula la entrada en vigor, precisando que la norma producirá efectos a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto, las modificaciones contenidas en la cláusula 8.d del pliego afectan a la capacidad del licitador de proponer, como parte de su oferta, determinadas mejoras o modificaciones del proyecto, que puedan ser valoradas en el concurso. Desde un punto de vista sistemático, el nuevo régimen jurídico contiene:

- El **reconocimiento de la posibilidad de formular mejoras**, *cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares lo recoja de manera clara, precisa e inequívoca, y en los términos que establezca.*

  La cláusula incorpora lo establecido en el antiguo artículo 113.5 de la LCSP, actual art. 129.5 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en lo relativo a la formulación de mejoras por parte de los concesionarios de obras públicas. En consecuencia, se establece que sólo pueden formularse mejoras cuando el pliego lo autorice y sólo en los términos que éste establezca. Es decir, se obliga a que el pliego defina las mejoras admisibles.

- Los **tipos de mejoras admisibles por razón del objeto**: serán los referidos a *características estructurales de la obra, a su régimen de explotación y a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, pero no a su ubicación*. Con esta redacción, la cláusula se acomoda a lo establecido en el antiguo artículo 115.1.c).7º de la LCSP, actual art. 131.1.c).7º del TRLCSP, en cuanto a los tipos de mejoras que puede ofertar el licitador a una concesión de obras públicas.

- La **definición a estos efectos, de "características estructurales"**. Serán *las que afecten a: 1.- Parámetros de trazado. 2.- Tipología de enlaces previstos, sin alterar su ubicación y siempre que se mejore la funcionalidad de los movimientos que incorporan. 3.- Áreas de servicio y mantenimiento*". De este modo, se ha de precisar en el pliego de cláusulas generales el concepto de "características estructurales" sobre las que pueden formularse mejoras.

- El establecimiento de **límites generales a las mejoras**. En ningún caso se admitirán como mejoras*: 1.- La realización de obras fuera del área de influencia de la autopista. 2.- La realización de trabajos que, por sí solos, sean susceptibles de constituir contratos públicos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior al de los sujetos a regulación armonizada. 3.- La realización de obras cuyo valor estimado exceda del 5 por 100 del valor estimado del contrato o para las que sea necesario expropiar una superficie que exceda del 5 por 100 de la prevista en el anteproyecto".*

Este párrafo incluye por tanto tres límites:

1. Un ***límite cualitativo, sobre localización de las obras***, conforme al parágrafo 68 de la sentencia del TJUE[1]. En consecuencia, se impide a los licitadores proponer mejoras que consistan en la realización de obras a más de 20 km. de la autopista (que es la distancia fijada para el área de influencia de una autopista por el Real Decreto 597/1999, de 16 de abril; norma ésta que ha sido tenida en cuenta por el TJUE, parágrafo 12 de la sentencia, sin hacer objeción alguna sobre ella).

2. Un ***límite cualitativo, sobre funcionalidad de las obras***, conforme al parágrafo 70 de la sentencia del TJUE[2]. La nueva cláusula impide a los licitadores

[1] «68. Cabe señalar que la iniciativa y las ofertas alternativas de los licitadores, que al parecer esperaba el Gobierno español [….] 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».

[2] «70. En cualquier caso, aún 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

proponer mejoras que consistan en la realización de trabajos que, por sí solos, constituyan contratos públicos de obras cuando, por su valor estimado, estén sujetos a regulación armonizada.

3. Un ***límite cuantitativo general***, de carácter objetivo, que impide cualquier tipo de mejora que implique la realización de obras cuyo valor estimado exceda del 5 por 100 del valor estimado del contrato o para las que sea necesario expropiar una superficie que exceda del 5 por 100 de la prevista en el anteproyecto.

III. OBSERVACIONES

En líneas generales, **se valora positivamente la mayor delimitación normativa de las mejoras** admisibles en los contratos de concesión de autopistas de peaje que se articula mediante la modificación propuesta.

La posibilidad de que el licitador, a la hora de ofertar, pueda presentar mejoras sobre las prestaciones inicialmente proyectadas por la Administración Pública contratante está consolidada en nuestro Derecho positivo, tanto con carácter general (art. 147 del actual TRLCSP) como en relación con determinados tipos de contrato (concesión de obra pública en el propio TRLCSP, y construcciones y concesión de autopistas en el Decreto de referencia de 1973). Esta posibilidad permite a los oferentes diferenciar su oferta, permitiendo un incremento de calidad de la misma, a valorar por el órgano de contratación.

Sin perjuicio de los beneficios que pudiesen derivarse de la existencia de esta figura, incluso desde el punto de vista de la competencia en calidad entre distintas ofertas, **una utilización incondicionada de la misma puede entrañar riesgos para la competencia en los procesos de licitación,** en particular de obras públicas (lleven o no aparejada la concesión de la obra pública en cuestión), y, como el caso que nos ocupa, en la construcción y explotación de autopistas de peaje.

Estos riesgos son, como mínimo, los siguientes:

- Las mejoras acentúan la posibilidad de otorgar un peso considerable en la decisión de adjudicación a elementos excesivamente valorativos (y cuya discrecionalidad puede que no esté reglada de ninguna manera en el pliego).

- Si no existen límites cualitativos sobre el objeto y la naturaleza de las mejoras, se pueden otorgar ventajas asimétricas en la licitación a aquellos operadores que están en disposición de ofertar bienes y servicios no directamente vinculados con el objeto del contrato, en perjuicio de aquellos otros con una

---

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».

cartera de servicios más reducida pero perfectamente capaces de satisfacer la prestación esencial.

- Las mejoras, al traducirse en un incremento del presupuesto de las distintas ofertas e introducir trabajos y operaciones cuyo coste puede no estar previsto por la Administración Pública en el proyecto original, pueden incrementar el recurso a figuras revisoras de las condiciones originales de los contratos durante la ejecución de los mismos, tales como las modificaciones sobrevenidas. Ello puede desvirtuar las condiciones de competencia en la licitación original, en la medida en que la prestación finalmente ejecutada difiere sensiblemente de aquélla con arreglo a la cual los licitadores plantean sus ofertas en un primer momento.

A partir de la Sentencia del TJUE mencionada, se considera adecuada una aproximación ambiciosa a la necesaria reforma de la cláusula 8, como la que se entiende que tiene lugar mediante la modificación proyectada.

En primer lugar, la reforma obligará a que los proyectos constructivos de autopistas de peaje que realice la Administración General del Estado presenten un **mayor grado de concreción, definición y estudio** en cuanto a las mejoras realmente relacionadas con dicha infraestructura y el ámbito geográfico y técnico en el que la misma se lleva a efecto.

En segundo lugar, **la reforma eliminará riesgos de distorsión en las valoraciones de las ofertas de cara a la adjudicación y aumentará la seguridad jurídica de los propios licitadores a la hora de anticipar dicha valoración**, evitando con ello que se desvirtúe el procedimiento de concurrencia competitiva propio de una licitación pública como consecuencia de que las mejoras ofertadas por otros operadores puedan aprovecharse de su relativa posición de relevancia en el mercado en cuestión para ofrecer variantes o mejoras que poco o nada tienen que ver con la finalidad específica de la concesión.

En tercer lugar, **con la reforma se evita que los licitadores puedan presentar mejoras relativas a obras que pudieran ser consideradas, por sí solas, constitutivas del objeto de un nuevo contrato público** y sometido por ello a los principios tradicionales de contratación pública (igualdad, publicidad, transparencia, concurrencia y no discriminación), que de lo contrario se verían soslayados.

En particular, del texto propuesto, destaca la **limitación cuantitativa del 5 por ciento en los contratos de concesión de obra pública**. El nuevo texto impide cualquier tipo de mejora que implique la realización de obras cuyo valor estimado exceda del 5 por 100 del valor estimado del contrato o para las que sea necesario expropiar una superficie que exceda del 5 por 100 de la prevista en el anteproyecto. Un límite cuantitativo de esta naturaleza implica una limitación de los riesgos anteriormente mencionados, en particular, como es el caso del Decreto 215/1973, cuando la norma

no establece limitaciones en relación con la puntuación máxima a otorgar a estas mejoras.

La fijación de este límite en el 5% supone un incremento adicional de la exigencia en relación con versiones anteriores de este Proyecto, que inicialmente fijaba dicho límite en el 10% de dicho valor estimado. A este respecto, durante la tramitación del PRD, la Dirección de Promoción de la Competencia de la CNC ya demandó en varias ocasiones, en sus notas de observaciones dirigidas a la Secretaría de Estado de Economía del Ministerio de Economía y Hacienda, que dicho límite fuese estricto, y que se fijase en atención al análisis de su posible impacto en los procesos de contratación afectados[3].

De la documentación aportada, no se aprecia que el Ministerio proponente haya utilizado dicho tipo de análisis para llegar a una conclusión acerca de la fijación de dicho límite cuantitativo. No obstante, **se valora positivamente dicha reducción**, en atención a que con ella se reducen en mayor medida los posibles riesgos para la competencia que se pueden derivar de la posibilidad de presentar mejoras que se han apuntado anteriormente.

Sin perjuicio de esta valoración general positiva del contenido de la modificación, se realizan por la Comisión Nacional de la Competencia dos observaciones relacionadas con el Decreto 215/1973, de 25 de enero, que resulta de interés resaltar:

Regulación legal de las mejoras admisibles en pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Sin perjuicio de lo establecido en el Pliego de cláusulas administrativas generales para la construcción y explotación de autopistas, que el presente PRD viene a modificar, la regulación legal vigente en materia de contratación pública (TRLCSP) presenta, en relación con las mejoras admisibles y otro tipo de supuestos contenidos en los pliegos generales, determinados riesgos de que las modificaciones previstas vean reducido su efecto. Así, el art. 115 TRLCSP prevé la posibilidad de que los órganos de contratación aprueben pliegos de cláusulas administrativas particulares para contratos concretos, cuyo contenido podría modificar el de los pliegos generales, también en este punto.

---

[3] En ambos casos se acogía favorablemente el propósito de evitar extralimitaciones en la figura de las reformas, si bien se precisaba que "*[…] a esta Dirección de Promoción de la Competencia de la CNC no le resulta posible establecer de manera terminante si el límite del 10%* (o del 5% en la versión posterior del PRD actualmente vigente) *que figura en la propuesta resulta suficiente para garantizar la finalidad de la reforma, o si se debería de haber sido más ambicioso. Ello es así porque la propuesta de modificación de la cláusula en cuestión no viene acompañada de un análisis del impacto de la medida que proporcione, por ejemplo y entre otros elementos importantes, una idea del orden de magnitud de las obras actualmente tramitadas como mejoras que, con la nueva redacción, dejarían de ser consideradas como tales".*

Para que ello sea posible, el art. 115.4 TRLCSP prescribe que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) deberá informar con carácter previo todos los pliegos particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales. Puesto que el precepto no habla de informe vinculante, nada impediría pues que, sin perjuicio del resultado del eventual informe de la JCCA, un pliego de cláusulas administrativas particulares pudiera, para una concreta licitación, disponer que no se apliquen determinadas cláusulas del pliego general (entre ellas esta cláusula 8 relativas a las mejoras admisibles) con el único requisito de que se remita a informe de la JCCA por parte del órgano proponente.

Si a través de este cauce legal se puede llegar a un resultado similar al que la sentencia citada precisamente proscribe, de poco serviría la reforma ahora planteada.

Por ello, con independencia de la bondad de la reforma planteada del Pliego general, se recomienda que la modificación del Decreto 215/1973 especifique que, en este caso, no se admitirá posibilidad de alteración de dicho aspecto del pliego general en los posibles pliegos particulares o que, al menos, se especifique que el informe de la JCCA al que se refiere dicho art. 115.4 TRLCSP sea vinculante.

Conveniencia de actualizar el resto del Pliego de cláusulas generales

Resulta relevante el hecho de que la reforma normativa introducida traiga causa directa de una sentencia condenatoria del Reino de España por incumplimiento de la normativa de contratación pública en materia de concesión de autopistas de peaje (Sentencia de 22 de abril de 2010). Esta sentencia justifica, según el Ministerio proponente, la reforma puntual (y no general) llevada a cabo. En cualquier caso, se considera conveniente **actualizar el contenido completo del Pliego de cláusulas generales de autopistas de peaje para adaptarlo a la nueva regulación legal** en materia de contratos públicos. Esta conveniencia también ha sido puesta de manifiesto por diferentes órganos asesores administrativos[4] a lo largo de los últimos decenios.

[4] Entre otros, destacan los Informes de la Junta Consultiva de contratación Administrativa de 23 de diciembre de 1997, 11 de noviembre, 16 de diciembre de 1998, de 6 de mayo de 1999, de 2 de febrero del 2000 y de 5 de julio de 2007, referentes todos ellos directa o indirectamente al Pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero.