

## **NOTA SOBRE EL PROYECTO DE DIRECTRICES COMUNITARIAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE AYUDAS ESTATALES AL DESPLIEGUE RÁPIDO DE REDES DE BANDA ANCHA**

A continuación se reseñan aquellos aspectos del Proyecto susceptibles de modificación.

### **2. Política de la Comisión sobre ayudas estatales para proyectos de banda ancha**

#### *2.2.2. Ausencia de ayuda: compensación por servicio público y criterios Altmark*

En este apartado la Comisión se refiere a los supuestos en los que el suministro de red de banda ancha y la prestación de servicios deben considerarse como servicio de interés económico general (SIEG) con arreglo al artículo 86.2 CE.

En este sentido, la Comisión enumera en el párrafo 21 los cuatro criterios Altmark cuyo cumplimiento implica la ausencia de ayuda de Estado.

Ahora bien, para ilustrar el cumplimiento del cuarto criterio relativo a la selección del prestador del servicio a través del procedimiento que origine el menor coste para la colectividad, la Comisión cita en el párrafo 22 decisiones (DORSAL y Pyrénées Atlantiques) en las que, si bien se concluyó que se había elegido al licitador mejor capacitado para prestar el servicio en las mejores condiciones económicas, no es menos cierto que la Comisión también expuso en dicha Decisión sus muchas dudas sobre la idoneidad del “procedimiento negociado” utilizado en dichos asuntos para seleccionar a dichos prestadores.

En efecto, la Comisión señaló en el párrafo 68 de la Decisión DORSAL que:

*“cuando las autoridades públicas utilizan procedimientos de licitación en los que retienen un margen sustancial de apreciación en la elección final del concesionario, es preciso asegurar que el procedimiento conduzca efectivamente a la selección de la empresa capaz de suministrar los servicios al menor coste. En el caso que nos ocupa el procedimiento utilizado .... Ha sido un procedimiento específico sometido sólo parcialmente a las Directivas sobre contratación pública y en las que las autoridades públicas han retenido un margen sustancial de apreciación para la elección final del concesionario. En tal situación, no es posible concluir automáticamente que el resultado alcanzado equivalga al precio de mercado desde el punto de vista de las ayudas de Estado”.*

Con la cita de estos ejemplos en este Proyecto parece que se presume la ausencia de ayuda si se utiliza un procedimiento como el negociado que no es, per se, el paradigma de una licitación abierta. Desde este punto de vista, convendría suprimir la cita de estos ejemplos, y limitarse a enumerar los criterios Altmark tal y como los expresó el Tribunal de Justicia ya que en el

párrafo 21 citado, se omite justamente la referencia a la obtención del menor coste para la colectividad a que nos hemos referido anteriormente.

#### *2.3.2.3. Zonas grises: es necesaria una evaluación más detallada*

En el párrafo 40 se establece que la Comisión podrá declarar compatibles las medidas de ayuda estatal destinadas a zonas en las que el suministro de infraestructura de banda ancha sea un monopolio de facto siempre que no se ofrezcan servicios asequibles o adecuados para satisfacer las necesidades de los usuarios particulares y empresas y siempre que no se disponga de medidas que produzcan menos falseamiento para alcanzar los mismos objetivos. Para determinar si estos requisitos se cumplen la Comisión enumera en este párrafo cuatro condiciones, dos de carácter positivo y dos de carácter negativo.

En el ámbito de las ayudas estatales es particularmente necesaria la claridad a la hora de establecer condiciones que permitan su concesión o que motiven su negación. Por ello, la redacción de los cuatro requisitos de este párrafo 40 resulta confusa al no establecer con la necesaria contundencia que no se podrán otorgar las ayudas si en el caso de que se trate se cumplen las condiciones negativas (que el acceso efectivo a la red no se ofrece a terceros o las condiciones de acceso no propician la competencia efectiva y que las barreras generales a la entrada excluyen la entrada potencial de otros operadores). En aras de la debida seguridad jurídica se sugiere modificar este párrafo 40 en el sentido señalado.

#### *2.3.3. Diseño de la medida y necesidad de limitar el falseamiento de la competencia*

- Párrafo 45 d)

En el párrafo 45 d) del texto se establece que los licitadores deberán poder proponer la prestación de los servicios de banda ancha solicitados, utilizando y/o combinando cualquier tecnología que consideren adecuada. De esta redacción parece desprenderse que es el licitador quien tiene la facultad de decidir la tecnología a utilizar. Dado que esto carece de toda lógica, debería modificarse señalando que los poderes adjudicadores respetarán la neutralidad tecnológica estableciendo prescripciones técnicas en tal sentido en los correspondientes pliegos de condiciones.

- Párrafo 45 h)

El párrafo 45 h) del texto establece como uno de los criterios de compatibilidad la necesidad de incluir en los contratos del licitado elegido una cláusula de devolución que evite la compensación excesiva.

En primer lugar cabe señalar que la palabra compensación se utiliza incorrectamente, puesto que la misma en esta materia sólo debe aplicarse cuando se evalúa el coste neto de la prestación de un SIEG (vía artículo 86.2) ,

en cuyo caso, dicha evaluación, per se, excluye la posibilidad de inclusión de la citada cláusula.

En segundo lugar, centrándonos en la evaluación de una eventual ayuda de Estado que no constituya una compensación por SIEG, debe señalarse que condicionar con carácter general el otorgamiento de una ayuda a la aceptación de esta cláusula, contraviene el principio general de necesidad de una ayuda, que no puede ligarse al desarrollo futuro de un determinado mercado. Si esto se acepta, también se está aceptando que si dicho desarrollo es negativo se debería aumentar a posteriori el importe de la ayuda concedida.

En consecuencia, esta cláusula debería suprimirse.

Madrid, 18 de junio de 2009