

El contrato de colaboración público-privada para la provisión de servicios y obras de interés público en España. La incidencia de las futuras Directivas de la Unión Europea para la modernización de la contratación pública y las concesiones

Joan Ridao i Martín¹

SUMARIO:

1. Introducción. 2. El carácter subsidiario o residual del Contrato de Colaboración Público-Privada (CCPP) en España. 3. La confusa distinción entre los CCPP y las concesiones. 4. La compleja delimitación del contenido prestacional del CCPP. 5. El procedimiento de adjudicación de los CCPP y los términos del Diálogo competitivo (DC). 6. Las propuestas de la Unión Europea en materia de modernización de la contratación pública y de las concesiones. Conclusiones. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE:

Colaboración Público-Privada, Contrato de Colaboración Público-Privada, concesiones de obras o servicios, diálogo competitivo, directivas europeas en materia de modernización de la contratación pública y de las concesiones.

KEYWORDS:

Public-private partnerships, contract PPPs, works concessions or services, competitive dialogue, European directives on modernization of public procurement and concessions.

RESUMEN:

Las tensiones de tesorería por las que atraviesan la mayoría de administraciones públicas en España y Europa, a causa de la crisis económica han otorgado especial relieve a la Colaboración Público-Privada (CPP) para la provisión de servicios e infraestructuras de interés público. Las ventajas de ésta se concretan en el diálogo entre el sector público y el privado para consensuar la financiación y ejecución de proyectos, la mejor

¹ Profesor del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona. Colaborador docente de la Facultad de Derecho ESADE-Universitat Ramon Llull. Consultor de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya. Abogado. jridao@ub.edu

relación calidad-precio y el tratamiento favorable en términos de contabilidad pública. Todo ello, a pesar de las disfunciones que presenta el actual marco legal, tanto en materia de contratación como de incentivos para la captación de activos financieros. Específicamente, el nuevo Contrato de Colaboración Público-Privada (CCPP) presenta serias limitaciones que deben ser corregidas, como su carácter subsidiario, la dificultad de distinguirlo de las concesiones, la complejidad a la hora de delimitar su contenido prestacional y sobre todo el procedimiento de adjudicación, singularmente los términos del llamado "diálogo competitivo". La inminente regulación europea que completará el marco normativo de los Estados de la Unión Europea en la materia, se propone eliminar los actuales vacíos legales provocados por una regulación consistente hasta ahora en meros principios generales contenidos en los Tratados y en algunas disposiciones contenidas en las actuales Directivas sobre contratos públicos.

ABSTRACT:

The liquidity problems being experienced by most public authorities in Spain and Europe because of the economic crisis have given special attention to the Public-Private Partnership (PPP) for the provision of services and infrastructure in the public interest. The advantages of this are specified in the dialogue between the public and private sectors to agree on the funding and implementation of projects, the best value and favorable treatment in terms of public accounting. All this, despite the dysfunctions that presents the current legal framework, both in recruitment and incentives to attract financial assets. Specifically, the new Contract PPPs (CCPP) has serious limitations that must be corrected, as the alternative, the difficulty of distinguishing the concessions, the complexity when defining the content and performance based on the whole process of award, notably the terms of the "competitive dialogue". The impending European regulation will complete the regulatory framework of the European Unit states in this area, it is proposed to remove existing legal gaps caused by regulation consistent so far in mere general principles contained in the Treaties and in some provisions of the current Directives public procurement.

1. Introducción

La CPP empezó a desempeñar un creciente papel en la dotación y operación de infraestructuras y servicios públicos en todo el orbe a partir sobre todo de los años 90, alterando el tradicional rol de los Estados en este terreno, al pasar a ejercer un rol secundario, eminentemente normativo y fiscalizador. La CPP recibió un definitivo y más tardío rechazo en España, pese a algunos precedentes históricos, mediante la incorporación en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de 2007, de la figura del CCPP. Esta novel modalidad contractual supuso un innegable esfuerzo de adaptación del régimen jurídico español a las innovadoras y dinámicas modalidades de implicación privada en la provisión y gestión de activos públicos. Además, esta iniciativa legislativa se vio luego ampliada con la adopción de un marco fiscal y financiero *ad hoc*, a partir de la recesión económica de 2008, puesto que las severas restricciones impuestas a las políticas de gasto, derivadas de las directrices europeas de austeridad presupuestaria, impactaron de forma profunda en los programas de inversión pública, así como las estrecheces de un mercado financiero que no solo restringía el crédito sino que también daba muestras de una clara aversión al riesgo.

Con todo, la praxis posterior reveló que esa regulación de la contratación pública presentaba distintos obstáculos que impedían un correcto desarrollo del CCPP en particular. Entre estos obstáculos a remover en los diferentes órdenes de la configuración normativa del CCPP cabe mencionar los relativos a su régimen jurídico y, más en concreto, a cinco aspectos de importancia capital: primero, el carácter subsidiario de dicho contrato y las actuaciones preparatorias del mismo; segundo, la carencia de un régimen jurídico específico para el mismo, así la dificultad de distinguirlo de las concesiones; tercero, la delimitación del perímetro del contrato, para evitar así su dilución a la vista de la complejidad de su contenido prestacional; cuarto, la falta de agilidad del procedimiento de adjudicación y los términos poco precisos y seguros del Dialogo Competitivo (DC); y quinto, la inexistencia en la práctica de incentivos a la participación en estos procesos de concurrencia.

2. El carácter subsidiario o residual del Contrato de Colaboración Público-Privada (CCPP)

En la configuración dada por el artículo 11º numeral 2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), lo que caracteriza al CCPP ante todo es su carácter absolutamente residual y subsidiario, en tanto que opera como ultima ratio del sistema contractual.² Debe inferirse, a la luz de los antecedentes legislativos, que con ese carácter residual de dicho contrato se perseguía evitar el hecho de que, so pretexto de la complejidad del objeto del mismo, se intentase marginar de facto el régimen general de selección de contratistas y garantizar así al máximo la concurrencia. Así las cosas, la actual regulación no solo no permite utilizar fórmulas contractuales alternativas sino tampoco demostrar la idoneidad del CCPP por encima de otras posibilidades. Tal vez por ello, el propio legislador se vio obligado a facilitar una serie de pautas o criterios de discernimiento previo, con pretensiones de objetividad, además de fijar todo un procedimiento para dejar constancia de lo dicho.

Pero ahí reside paradójicamente otro de los problemas. Los CCPP deben someterse a una serie de actuaciones preparatorias específicas (artículo 134º y siguientes del TRLCSP), entre las que destaca la elaboración de un “documento de evaluación” previo por parte de la Administración o entidad contratante, que deberá iniciarse antes de dar comienzo al expediente. Dicho examen irá a cargo de “[...] un órgano colegiado donde se integran expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato”

² Efectivamente, el mencionado texto establece de forma expresa que: “[...] Solo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134º, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas”. Este apartado fue introducido vía enmienda durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (LCSP, 2007), bajo la justificación, citamos textualmente, de “precisar el carácter residual del contrato de colaboración público-privada, que es subsidiario de otras figuras contractuales.” Además, La aplicación práctica de esta modalidad contractual queda realmente condicionada (artículo 134º numeral 1 del TRLCSP) al hecho de que previamente se haya puesto de relieve en el expediente administrativo correspondiente que: i) la finalidad que se persigue, esto es, la obra o el suministro con fabricación que sea, es de una complejidad tal, o cuenta con una indefinición e indeterminación inicial, que hace que ninguna de las otras modalidades contractuales sirva para llevarla a cabo, y ii) se justifiquen en términos de “obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación”.

(artículo 134º numeral 3 del TRLCSP), ante el que deberán acreditarse los dos requisitos mencionados anteriormente, como forma de asegurar la selección adecuada.

No obstante, aunque la motivación de la decisión puede interpretarse como un estímulo al recurso a esta modalidad contractual, y por supuesto, sujeta a impugnación y revisión judicial, la realidad es que otras alternativas contractuales estrechamente emparentadas con la CCPP, por ejemplo las concesiones, no están sometidas a tan rígidas exigencias de justificación. Y ello determina absolutamente su utilización, puesto que obliga a las partes a un denodado esfuerzo de motivación en sede de evaluación previa del contrato, como elemento decisivo del mismo.

Entendemos que el CCPP no debería ser apelable exclusivamente en caso de una Administración turbada por su “incapacidad objetiva” para desarrollar el proyecto por otros métodos. Debería ser suficiente para invocar el CCPP la mera complejidad económico-financiera de la prestación y, más en concreto, la determinación de la estructura de riesgos y otras condiciones financieras y de negocio del convenio. Por sí solo, este cambio dejaría mayor espacio al uso de este tipo de contratos.

En otro caso, este carácter subsidiario del CCPP amenaza con relegarlo al desuso. No se cuestiona que exista un contrato pensado para la contratación de obras o servicios complejos, cuya prestación no pueda ser definida por la Administración. Lo que afirmamos es que la confluencia –más que probable en este tipo de proyectos- de más de un tipo contractual (es decir, la presencia de contraprestaciones incluidas en más de un contrato administrativo de los nominados por el artículo 5º y siguientes del TRLCSP), junto con la concurrencia de alguno y no cumulativamente de todos los criterios que se exigen (mayor valor por precio, coste global, eficacia e imputación de riesgos), debería ser suficiente para justificar la adopción de esta fórmula contractual.

No se olvide, por lo demás, que en el ámbito de la contratación administrativa existe libertad de pactos (“En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”, artículo 25º numeral 1 del TRLCSP), de forma que la Administración podría llegar a configurar los contratos ajustándolos a sus necesidades (de aquí la clásica distinción entre contratos nominados y no nominados). Así las cosas, flaco favor supone para esta modalidad de contrato que en las castradoras circunstancias actuales se acudiera de forma recurrente a la configuración de contratos innominados en la Ley.

En último término, aunque se nos antoja la solución más inadecuada, podría proponerse, para el caso de que se pretendiera realmente reservar la figura del CCPP para supuestos muy excepcionales, de los que se alejen del tradicional esquema del riesgo y ventura, que la misma Ley incluyera una taxonomía de los supuestos de riesgos retenidos, compartidos o transferidos. Aun así, ni siquiera en ese caso debería ser ni tan excepcional ni tan complejo apelar al CCPP. Incluso, como ya se ha dicho y se concretará en otro momento, podría prescindirse de exigir el DC como proceso de adjudicación de dicho contrato. Finalmente, el CCPP debería ser irrevocable en el supuesto de que existiera la evidencia de riesgos que requirieran un tratamiento especial que justificara una mayor garantía por parte de los bancos en relación a la recuperación de las deudas en caso de fin anticipada.

3. La confusa distinción entre los CCPP y las concesiones

El artículo 11º numeral 1 del TRLCSP dispone que una de las prestaciones que puede englobar el CCPP es, junto con la construcción, la instalación o la transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o gestión (textualmente, define el CCPP cómo aquel a través del cual una Administración encarga a una entidad de derecho privado la realización de una “actuación global e integrada”, además de la “financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general [...]”). Esta noción se inspira en la experiencia británica del PFI (Private Finance Initiative), cuya idea central radica -en línea con los criterios sostenidos por las instituciones europeas- en la necesidad de involucrar a los operadores privados en actuaciones que trasciendan a la de simple “constructor de obras públicas”, para erigirse en “prestamista de servicios públicos” y, como tales, responsables de éstos a lo largo de la vida del contrato.

En puridad, como ya se ha adelantado, no puede considerarse que el CCPP sea en la legislación española una nueva modalidad contractual. Antes bien, el legislador optó voluntariamente por una especie de estructura de alojamiento de los distintos contratos típicos reconocidos (contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro y de servicios), contemplados en los artículos 5º a 10º del TRLCSP, estableciendo, incluso, para el CCPP una regulación integrada por las normas generales aplicables a todos los contratos y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal.

La deliberada carencia de un verdadero y específico régimen jurídico determina que haya que hablar del CCPP más como de una técnica contractual que de un contrato típico dotado de un contenido objetivo y novel. Además, con tal contenido material, el CCPP muestra una indudable similitud con el contrato de concesión (y si se quiere, incluso, con el contrato de gestión de servicios), dado que, también en aquél se da una actuación compleja por parte del concesionario (global o integrada, según reza el artículo 11 TRLCSP), que viene obligado a ejecutar la obra, explotarla, conservarla, mantenerla, y actualizarla técnicamente; y funcionalmente para la correcta prestación del servicio de que se trate e, incluso, a ocuparse de las zonas accesorias vinculadas a la instalación principal, si aquellas no han sido objeto de concesión separada (artículo 7º TRLCSP).

Qué duda cabe que una de las máximas expresiones de este paralelismo es el artículo 314 TRLCSP, que disciplina la duración del CCPP, donde se admite expresamente la existencia de contratos de CCPP en los que “por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable es el propio de los contratos de concesión de obra pública”. Ello hace que, si a la contraprestación principal del contrato le resulta de aplicación el régimen propio de los contratos de concesión, la duración del CCPP, por remisión directa al artículo 268º numeral 1 TRLCSP (relativo a los contratos de concesión), se pueda ver ampliada hasta los 40 años en lugar de los 20 establecidos legalmente para los CCPP (“Las concesiones de construcción y explotación de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrán exceder de 40 años”).

En términos retributivos, tanto en el CCPP como en el contrato de concesión se permite que la retribución vaya a cargo del usuario y no de la Administración, lo que debería ser y es la esencia del CCPP³. Para ser coherentes, el CCPP debería permitir una sola forma de retribución al socio privado (un precio a satisfacer por la Administración durante toda la duración del contrato). En caso de que el precio sea variable, la tendencia internacional, así como aconsejan los condicionantes del entorno financiero actual, se imponen los esquemas de pago por disponibilidad en detrimento de los esquemas de demanda (donde se calcula la retribución en función del número de usuarios).

Hay que tener presente que el artículo 255º numeral 4 TRLCSP, relativo a la retribución por la utilización de la obra en el marco del contrato de concesión de obra pública, contempla de forma expresa el “peaje en la sombra”. Y eso es, precisamente, lo que permite a la Administración retribuir al concesionario en función del volumen de usuarios, sin obligar a éstos a abonar a aquél ningún precio o tarifa. Así, el contrato de concesión permite acometer igualmente obras con financiación privada en supuestos en que no se considera apropiado trasladar los costes al usuario del servicio, de forma que es la Administración la que abona directamente el peaje por la utilización de la obra.

Esta divisoria tan lábil entre el CCPP y las concesiones no aparece sin embargo en el Libro Verde sobre la colaboración público-privada (2004) ni en el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, donde se distingue con meridiana claridad ambas modalidades contractuales. Por un lado, las concesiones (y lo que el Libro Verde denomina *otros tipos de organización o contratos públicos*), que deben reunir dos requisitos: primero, que haya un vínculo directo entre el socio privado (contratista o concesionario) y el usuario final, de forma que sea el socio privado el que presta un servicio bajo el control del socio público; y segundo, que la retribución del contratista consista en cánones abonados directamente por los usuarios del servicio, aunque puedan completarse con subvenciones públicas. Se produce así un traslado al concesionario de los riesgos conjuntos de construcción y demanda. Por el otro, las operaciones de CPP de naturaleza contractual, en las que se prevé que la tarea del socio privado sea la de construir y gestionar una infraestructura para la Administración pública (transporte, escuelas, hospitales o cárceles), sin vínculo directo entre contratista y usuario. Así, la remuneración del contratista no consiste en un canon abonado por el usuario sino en un pago periódico realizado por el socio público, fijo o variable, en función de la disponibilidad de la obra o de los servicios correspondientes (en función de unos parámetros de calidad o rendimiento) o, incluso, en función del nivel de frecuentación (*peajes a la sombra* u otros virtuales, utilizados en autopistas del España, Finlandia, Portugal o Reino Unido).

Ese mismo criterio de diferenciación ha sido asumido por la agencia estadística europea, EUROSTAT, cuando establece entre sus normas de clasificación que “[...] el término *concesión* se utiliza exclusivamente para describir aquellos contratos de largo plazo en los que la mayoría de los ingresos del socio privado provienen de los usuarios finales del servicio, es decir, en los que el gobierno no hace pagos regulares al socio o estos pagos

³ En el CCPP la remuneración del socio privado no adopta formalmente la modalidad de cantidades abonadas por los usuarios de la obra o servicio (artículo 11º numeral 4 del TRLCSP), sino que se trata de pagos periódicos a realizar por el socio público en función de variables que suponen para el inversor privado el riesgo de demanda (“peaje en la sombra”) o de disponibilidad (según el cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento).

no constituyen la mayoría de los ingresos del socio. Por el contrario, en los acuerdos de CPP la mayoría de los ingresos del socio privado bajo la vinculación contractual provienen de los pagos gubernamentales (por ejemplo, los peajes en la sombra).” (EUROSTAT, 2010: 247).

4. La compleja delimitación del contenido prestacional del CCPP

El CCPP constituye una fórmula contractual concebida para dar respuesta a aquellos casos en que el órgano de contratación no se halla objetivamente capacitado para definir los medios técnicos, o bien, para establecer, unilateralmente, los mecanismos jurídicos y financieros necesarios para llevar a cabo una determinada prestación.⁴ Este hecho determina la existencia de algunas inconsistencias y aspectos poco precisos en su definición legal que deberían ser enmendados.

En ese sentido, un primer aspecto a considerar son las potestades atribuidas al contratista colaborador (artículo 11º numeral 3 del TRLCSP), a quien se permite “...realizar, total o parcialmente, los proyectos”, cuando las obras a ejecutar formen parte de un objeto más amplio y ante la imposibilidad o inconveniencia de que sea la Administración la que redacte el correspondiente proyecto. Por lo pronto, ello resulta contradictorio con lo que previene lo dispuesto para el contrato de obras (artículo 124º numeral 2 del TRLCSP), incluso con lo previsto para el caso de la contratación conjunta de proyectos y ejecución de obras: “[...] En todo caso, la licitación de este tipo de contratos requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente anteproyecto o documento similar y solo cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse[...]”.

Además, en el CCPP se sustituye el tradicional *pliego de cláusulas administrativas particulares* por un *documento descriptivo del contrato*, característico del DC (artículo 166º en relación con el 135º del TRLCSP)⁵. Esta singularidad se deriva del hecho de que entre las peculiaridades intrínsecas del CCPP está la no concreción de su contenido prestacional. No obstante, aquí lo relevante es que el legislador, en su afán por configurar un contrato no sujeto a la misma rigidez procedimental de los contratos típicos, ha dispuesto que el citado documento descriptivo no se halle siquiera sometido a control previo de legalidad (verbigracia: por parte de las asesorías jurídicas de las administraciones contratantes), a diferencia de lo que sucede con los pliegos de cláusulas, para los que se establece expresamente esa fiscalización *ex ante* (artículo 115º numeral 6 del TRLCSP). Dicha posibilidad, solo se prevé con posterioridad y una vez adjudicado el contrato en los términos del artículo 136º literal g) del TRLCSP, que prevé la inclusión de las estipulaciones relativas a las “fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación”.

⁴ Vid. artículo 134. i 180.1 del TRLCSP

⁵ El artículo 109º numeral 3 del TRLCSP (relativo a la preparación de contratos en general) prevé que “[...] En el caso de que el procedimiento elegido para adjudicar el contrato sea el de diálogo competitivo regulado en la sección 5º, del Capítulo I, del Título I, del Libro III, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo a que hace referencia el artículo 181º numeral 1”.

Por lo demás, la singular naturaleza del CCPP hace que su adjudicación en sede de DC sea, por definición, anterior a la formalización del contrato. Ello permite que la Administración resulte vinculada con una empresa incluso antes de concretarse aspectos importantes en el clausulado del contrato. Llevado al extremo, las especificaciones y concreciones que acostumbra a incorporar los pliegos de cláusulas y las prescripciones técnicas para la generalidad de contratos (artículo 116º del TRLCSP), se reducen en el CCPP a una simple mención a las *necesidades* y *requisitos* de la propia organización y de la contratación que se persigue (artículos 179.1, 181.1 i 182.1 del TRLCSP). De ese modo, en función del tipo de contrato de que se trate, el anuncio de licitación (necesario para garantizar la concurrencia) será el que incluya los requisitos de forma más o menos detallada o el que, alternativamente, contenga una remisión a lo dispuesto en el “documento descriptivo del contrato”.

También debe destacarse que el procedimiento del DC (artículo 179º y 180º numeral 3 del TRLCSP) aporta no pocas dosis de incertidumbre, puesto que, por ejemplo, se permite que la cobertura financiera del contrato no sea determinada por la Administración contratante puesto que con carácter previo a la licitación del contrato, el artículo 182º numeral 1 del TRLCSP prevé que “en el transcurso de este diálogo se podrán debatir todos los aspectos del contrato” (incluidos los financieros). Esto no sucede en ningún otro tipo de contrato, en que este aspecto se materializa mediante la tramitación del expediente de gasto correspondiente, simultáneamente al expediente de contratación, y se concreta en la aprobación del gasto, previo informe de la Intervención, antes de la apertura del procedimiento de adjudicación.⁶

Finalmente, nótese la contradicción que supone el hecho de que la Ley establezca el obligado conocimiento previo por parte del Ministerio de Economía de los CCPP y de los contratos de concesión de obra pública de cuantía igual o superior a 12 MEUR, por entender que estas modalidades contractuales pueden comprometer significativas cuantías de gasto público. Con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP (2007), el artículo 16º del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, estableció la necesidad de contar con un informe preceptivo y vinculante, de marcado contenido presupuestario y previo a la autorización de estos contratos.

Dicha previsión, hoy vigente e incorporada en el numeral 6 del artículo 317º del TRLCSP, supone una restricción adicional a la utilización del CCPP, que se une a los ya rígidos requisitos previstos para este tipo de contrato. Más si cabe, si se tiene en cuenta que, con escasos meses de diferencia, se promulgó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), donde, paradójicamente, al menos a tenor de lo dispuesto en su Exposición de Motivos se apuesta por fomentar la CPP como instrumento para lograr “un impulso en la eficiencia de la contratación pública y su financiación para conseguir así una mejor vertebración del tejido industrial a través de las inversiones productivas en innovación”.

⁶ A mayor abundamiento, en el supuesto de que la cobertura financiera sea uno de los aspectos incluidos en el debate del DC, la hipótesis de que no tenga lugar el control previo del gasto, habitualmente encomendado a los poderes públicos a través de las respectivas Intervenciones, se ve reforzada con lo que dispone el apartado 4 del artículo 182º del TRLCSP “... Después de declarar cerrado el diálogo e informar a todos los participantes, el órgano de contratación los tiene que invitar a presentar su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo...”.

Así pues, puede concluirse que existe una evidente contradicción entre el hecho de querer potenciar las fórmulas de contratación público-privada, hasta el punto de crear una nueva categoría contractual dotada de las herramientas que permitan al sector privado jugar un importante rol en la gestión de servicios públicos y como motor de cambio del rumbo económico; y el hecho de que se dificulte extraordinariamente su ejercicio, más cuando la Administración se reserva un control exorbitante, como si tratara de evitar, por ejemplo, un uso normalizado de los CCPP, quizás por la desconfianza que supone la asunción de algún tipo de riesgo para con los objetivos de estabilidad presupuestaria. Por el contrario, tanto la experiencia internacional como la lógica del funcionamiento actual de este tipo de proyectos demuestran más bien lo infundado de estos temores.

5. El procedimiento de adjudicación de los CCPP y los términos del Diálogo Competitivo (DC)

Sabido es que, una vez presentadas las ofertas, y en su caso hechas las aclaraciones o precisiones que solicita el órgano de contratación se procede a realizar la adjudicación a alguno de los participantes en el DC que cumpla con las exigencias establecidos para satisfacer las necesidades o problemas que motiven la contratación (artículo 183º del TRLCSP). La adjudicación se lleva pues a cabo atendiendo ante todo al criterio de oferta económicamente más ventajosa, siempre y cuando se cumplan los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación.⁷

Además, la condición de aparente contrato típico del CCPP comporta la obligación ineludible de tramitar, como en el resto de contratos, un expediente de contratación (artículo 109º del TRLCSP). En abstracto, dicho expediente ordinario debería permitir una adecuada cognición del proceso lógico seguido por el órgano administrativo de rigor a la hora de adoptar la decisión correspondiente. Sin embargo, en este caso la intensidad del conocimiento que se obtiene del expediente reviste, por la propia naturaleza y configuración del mismo, una singularidad que hay que ir modulando con el tiempo si no se quiere acabar diluyendo la garantía que supone la propia existencia y tramitación del expediente de contratación.

En el DC, la Administración contratante debe identificar el objeto, la prestación o el servicio del contrato, así como que se aprecie la complejidad que presenta la solución a adoptar. En suma, se trata de buscar aquellas soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades de la Administración, de forma que una vez ya definidas, se proceda a la formalización de las ofertas y, posteriormente, a la adjudicación del contrato. Si esto es así, nada debería impedir el recurso al DC en cualquier modalidad de contrato y no solo en el CCPP. Al fin y al cabo, en la mayoría de ellas (verbigracia: la concesión) se da una colaboración más o menos intensa entre el sector público y el privado, sin necesidad de especiales complejidades técnicas o económicas. Quiere esto decir que debería ser

⁷ Al respecto, la Ley establece expresamente que, para valorar las ofertas existentes y elegir la más adecuada: "...El órgano de contratación tiene que evaluar las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración se tienen que tomar en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofrecido..." (artículo 183º numeral 2 del TRLCSP). Aun así, en la práctica, es sabido que el peso efectivo de la oferta económica acostumbra a ser mucho mayor de lo que refleja el simple porcentaje sobre el total de puntos, esto es, en función de cuál sea la fórmula matemática de reparto que se utilice, al extremo de que, en muchos casos, se dan hasta encubiertos, quizá sin saberlo.

suficiente que el proyecto fuera sustantivo en sí mismo, sobre todo en cuantía económica, como para que resultase conveniente ajustar las condiciones de los pliegos y afianzar un mínimo número de oferentes. Precisamente, la Administración es la primera que sabe que el proceso es más costoso si se arriesga a no tenerlos.

También debe subrayarse la paradoja que supone que frente a la indeterminación de los sistemas de adjudicación generalmente previstos para la generalidad de contratos administrativos típicos, la regulación del CCPP no deja prácticamente margen de maniobra a los órganos de contratación.⁸ La imposición del DC en los CCPP se nos antoja ilógica además en proyectos de dimensión no muy relevante (verbigracia: inferiores a 100 MEUR), donde las figuras tradicionales resultan de lo más apropiadas. Si bien, cuando se trata de proyectos de dimensión extraordinaria (por encima de los 300 MEUR, o incluso menos), el DC otorga más ventajas que inconvenientes. Sea como fuere, debería reservarse la elección del DC a los poderes adjudicadores en lugar de su imposición actual.

Finalmente, hay que señalar que los términos en que está legislado su procedimiento son más bien escasos. El TRLCSP (artículo 179º numeral 1) nos habla cicateramente de la existencia de unos cuantos candidatos seleccionados, de la solicitud previa por parte de los mismos, del establecimiento de un diálogo y, como finalidad última, de la búsqueda de soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades de la Administración.⁹ Posteriormente, hace referencia, de forma sucinta, a la apertura del procedimiento (artículo 181º), al diálogo con los candidatos y a la presentación y examen de ofertas (artículo 182º).¹⁰ La Ley se limita, pues, a prever la figura del DC sin definir un modelo claro ni articular los medios que deberían permitir que se lleve a cabo. No es de extrañar que la praxis diaria ponga de manifiesto no solo el desconocimiento sobre la gestión de este tipo de procesos sino también sobre las incidencias que esta indefinición tiene sobre la percepción del sector privado, especialmente en términos de protección del *know how*, lo cual genera no pocas reservas por parte de los intervinientes y amenaza con lastrar el uso del CCPP como figura contractual en el futuro.

⁸ El artículo 180 numeral 3 del TRLCSP establece que: “[...] Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a que se refiere el artículo 11º se adjudican por este procedimiento, sin perjuicio que se pueda seguir el procedimiento negociado con publicidad en el supuesto de que prevé el artículo 170º literal a)[...]”.

⁹ “En el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. De forma que, con las necesidades ya definidas, se procede a la formalización de las ofertas y, posteriormente, a la adjudicación”.

¹⁰ “1. El órgano de contratación desarrollará, con los candidatos seleccionados, un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados [...] 3. El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad. El número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados. 4. El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades. Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que puedan estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano”.

En nuestra opinión, sería deseable una regulación más exhaustiva del DC. En ese contexto, una buena solución podría ser el desarrollo del DC de forma sucesiva, con objeto de ir reduciendo progresivamente el número de soluciones propuestas por los participantes.¹¹ La depuración de las propuestas debería realizarse teniendo en cuenta dos requisitos sustanciales: por un lado, que la reducción solo se llevase a cabo conforme a criterios previamente anunciados y conocidos por los licitadores; y del otro, que esta reducción no pueda ser de tal entidad que, en la práctica, haga desaparecer la competencia efectiva entre las soluciones que finalmente deban ser consideradas por el órgano de contratación (artículo 182º numeral 3 del TRLCSP). El punto y final del DC tendría que tener lugar cuando el órgano de contratación se encontrase en condiciones de determinar las soluciones que, una vez comparadas, respondan a las necesidades identificadas y expresadas en el programa funcional y en el anuncio de licitación.

Para concluir, debería tenerse en cuenta para el desarrollo de la figura del DC que nada impide que se pueda prever que las reuniones del mismo sean públicas y simultáneas para todos los oferentes, ni que se trabaje con el objetivo de definir un proyecto constructivo único sobre el que, al final, todos los concurrentes ofrezcan precio final (a pesar de que tenga que haber una oferta previa sobre la que seleccionar a dos candidatos o máximo tres). Si bien, con este esquema está en juego la confidencialidad (artículo 140º TRLCSP) y el evitar dar ventaja competitiva a ninguna de las partes intervinientes, desvelando tanto secretos técnicos o comerciales (*know how*, propiedad industrial, propiedad intelectual). Como ya se ha dicho en otro momento, la simple sospecha puede frenar a las empresas a la hora de dedicar recursos para revelar ideas que después pueden ser aprovechadas por su competencia.¹²

Con todo, la Ley es razonablemente exigente al menos en apariencia (artículo 140º del TRLCSP), en cuanto que incorpora entre sus principios, y como gran novedad, la confidencialidad de la información durante un plazo de cinco años, salvo que los pliegos de condiciones o el contrato establezcan un plazo mayor; el trato igual a todos los licitadores; y, en particular, que la Administración no deba facilitar información de forma indiscriminada para evitar dar ventajas a determinados licitadores, además

¹¹ Habida cuenta que el citado artículo 182º numeral 3 faculta para el procedimiento sucesivo, al hacer mención expresa a que “el procedimiento podrá articularse sucesivamente”, parece aconsejable que el desarrollo reglamentario debería optar por alguno de los modelos imperantes en el entorno español y que han demostrado su eficacia. En la mayoría de esos países se apela al llamado modelo británico, estructurado en procesos de pre-selección de lista corta (*short list*) y en dos fases en el proceso de contratación, sin requerimiento hasta la fase final de ofertas firmes. La restricción del proceso a un número limitado de empresas permite que los distintos grupos oferentes tengan muchas más posibilidades de construir sólidamente sus ofertas financieras y de negociar debidamente con los bancos antes de la oferta final. Con todo, también sería plausible un procedimiento más abierto, y en principio más corto, como el utilizado por el FDOT (*Florida Department of Transportation*, de EEUU). Durante ese proceso, la Administración va afinando, con el concurso de los interesados, los pliegos técnicos y administrativos (el contrato, y los requerimientos de oferta), con objeto de llegar a un punto más equilibrado de aceptabilidad e interés entre las partes. En relación a la parte técnica, los requerimientos también se van ajustando (y abriendo, en ocasiones), para habilitar ciertas soluciones técnicas a propuesta de algún candidato. Lo relevante es que, a partir de determinadas cuestiones técnicas, pueden sucederse propuestas confidenciales. En este modelo solamente existe una única oferta en base a la documentación final o los pliegos definitivos.

¹² La práctica demuestra que la postura habitual por parte de la Administración consiste en considerar adquirida la propiedad de los derechos de propiedad intelectual o industrial desde el mismo momento de suscripción del contrato. La industria tiende a ser muy refractaria a la hora de conceder plenos derechos de explotación (con posibilidad de licencia incluida), sobre todo si se tiene en cuenta el coste asociado al desarrollo tecnológico.

de prohibir que el órgano de contratación pueda revelar al resto de participantes las soluciones propuestas por alguno de ellos.¹³ Está expresamente prohibido por el artículo 182º numeral 2 del TRLCSP que la Administración exponga a cualquier de las partes intervinientes la solución del resto de las partes, para ver como lo afronta o mejora.¹⁴

En todo caso, si se considera la ausencia de suficientes garantías de confidencialidad, ésta debería verse compensada de forma realista con la mejora del sistema de primas y pagos para los intervinientes en el DC, de acuerdo con lo dispuesto por la Directiva 2004/18/CE, en su artículo 29º numeral 8 (los poderes adjudicadores podrán prever premios y pagos para los participantes en el diálogo), una dicción, por cierto, que la legislación española ha subvertido con una equívoca referencia al abono de primas o compensaciones (artículo 179º numeral 2 del TRLCSP). Además, téngase en cuenta que el derecho español ya reconoce esa posibilidad de forma expresa y que el TRLCSP así lo ha recogido en su artículo 179º numeral 2, de modo que “Los órganos de contratación podrán establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo”.¹⁵

6. Las propuestas de la Unión Europea en materia de modernización de la contratación pública y de las concesiones

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, suministros y servicios, tuvo en su día como objetivo la creación de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior, con objeto de proteger la igualdad de trato y fomentar la mejora de la calidad de los servicios

¹³ En concreto, el artículo 140º del TRLCSP establece que “1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor”.

¹⁴ Las pretensiones en defensa de la confidencialidad pueden ir desde el cese del uso ilegítimo de los derechos de exclusiva del secreto empresarial, a sustanciar en el orden civil; la declaración de nulidad o de anulación del DC en vía administrativa, con el correspondiente control posterior de la jurisdicción contenciosa-administrativa; hasta la suspensión del mismo, de naturaleza cautelar.

¹⁵ Ahora bien, resulta cuando menos curioso comprobar la sustitución que el legislador español realizó del término “pagos”, utilizado por la Directiva, y que en el caso del TRLCSP se convierte en simples “compensaciones”. ¿Quiere esto decir que no se trata tanto de un incentivo como de una especie de resarcimiento? Y, en ese caso, ¿hay que interpretar que la Administración realizará la oportuna “compensación” al finalizar el diálogo? En nuestra opinión, en el mejor de los casos, se trata de un incentivo de compensación y no en forma de prima o recompensa. No hay duda que los pagos son un instrumento al servicio de la Administración, recomendables si lo que se busca es fomentar la competencia en este tipo de procedimientos. Por eso, la pertinencia de estas gratificaciones y pagos, que no dejan de ser recursos públicos, merecería un tratamiento más escrupuloso y prolijo en la Ley. Sería deseable, pues, en orden a la mejora de los incentivos del CCP y del DC prever la figura de un estipendio, de forma que toda empresa que presente finalmente oferta en cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas tenga derecho a recuperar una parte (habitualmente minoritaria) de los gastos de oferta (repercutible si se quiere, al adjudicatario), que es la práctica habitual en la mayoría de países, aunque esto siempre se podría regular en el pliego de condiciones. Alternativamente, podría preverse que la Ley estableciera los supuestos de hecho en que se admitieran dichos premios o compensaciones, y que estos mismos supuestos estuvieran previstos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, estableciendo el importe de los mismos.

públicos, además de suponer una apuesta clara por los procedimientos de adjudicación a través del DC, especialmente en aquellos supuestos en que resulta complicado definir a priori las soluciones técnicas, jurídicas o financieras que den respuesta a las necesidades planteadas.

Con posterioridad, la Comisión Europea (CE) adoptó en enero de 2011 un Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, a partir del cual se puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que deberían introducirse para flexibilizar y así favorecer la adjudicación de los contratos. En este contexto, todavía se hallaba España metabolizando la entrada en vigor del TRLCSP resultante de la LCSP, transposición a su vez de la citada directiva europea,¹⁶ cuando la CE hizo públicos distintos proyectos de directiva que obligarán a reformar la normativa interna de los Estados antes del 30 de junio de 2014, puesto que está previsto que sean remitidos al Consejo de Ministros y al Parlamento Europeo para su aprobación durante el año 2013, como parte de un programa global de modernización de la licitación pública en la Unión Europea.¹⁷

En concreto, se trata de tres propuestas de Directiva elaboradas en base a los propios Tratados, una de contratos públicos en general, otra sobre la adjudicación de los contratos de concesión (ya regulados parcialmente a escala europea), y otra relativa explícitamente a los contratos con las entidades que operan en el sector del agua y la energía. Dicha tarea acometida por la CE intenta dar respuesta a una exigencia que emana de la llamada Estrategia Europa (2020) que, a su vez, pretende servir a tres objetivos complementarios: primero, incrementar la eficiencia del gasto público, en términos de relación calidad-precio (simplificando las normas, racionalizando los procedimientos para beneficiar a todos los operadores económicos, incrementando la participación de las PYME); segundo, mejorar la utilización de los contratos públicos en base a objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, la eficiencia energética o la lucha contra el cambio climático y el fomento de la calidad e innovación; y tercero, dotar procedimientos de contratación comunes para favorecer la transparencia y la objetividad, o lo que es igual, para dificultar el favoritismo; y las prácticas fraudulentas y corruptas.

Lo más relevante de esta triada, teniendo en cuenta el actual contexto de crisis económica, es la panoplia de previsiones relativas a la valoración del impacto de las exigencias de

¹⁶ No en vano, la experiencia en los distintos países desde su transposición venía aconsejado un nuevo marco legislativo que, en coherencia con lo dicho para el caso español, incluyera una definición propia y diferenciada de los contratos públicos, hoy demasiado condicionada por los intereses nacionales; la posibilidad de modificar los contratos y bajo qué condiciones; la delimitación material y temporal de la misión a realizar y las contrapartidas a la misma, bajo diferentes formas que deberían incluir la explotación de la obra o servicio; el tratamiento del riesgo; el método de atribución, teniendo en cuenta que el DC ha sido una buena base pero no puede ser considerado el procedimiento a elegir por excelencia a elegir; la determinación de criterios de selección transparentes y favorecedores de la competencia; la posibilidad de modificar, en casos justificados, el contrato; y, en último extremo, la previsión de un procedimiento para recurrir las decisiones tomadas”.

¹⁷ El nuevo paquete legislativo europeo en materia de contratos se compone de la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales» [COM(2011) 895 final — 2011/0439 (COD)], la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la contratación pública» [COM(2011) 896 final — 2011/0438 (COD)], y la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» [COM(2011) 897 final — 2011/0437 (COD)] (2012/C 191/16).

solvencia empresarial, así como los mecanismos específicos de acreditación de ésta en el proceso contractual. Otro aspecto no menos relevante puede resumirse en el propósito de simplificación y desburocratización, de acuerdo con los compromisos adquiridos en sus orientaciones políticas para el período 2009-2014), por el presidente de la CE, José Manuel Durao Barroso, como por el propio Comisario de Mercado Interior, Michel Barnier, explicitado en junio de 2011.

No cabe duda que el hecho de disponer de un marco europeo sobre contrataciones públicas y concesiones contribuirá a la reactivación económica y al crecimiento, no en vano, el gasto anual en contratación pública de bienes y servicios en la UE equivale al 18% PIB, si bien se estima que solo un 3% de estos son contratos propiamente transfronterizos. Además, de forma coherente con la necesidad de alcanzar un nuevo marco para la CPP que combine distintas fuentes de financiación para los grandes proyectos de infraestructuras previstos tanto en el Plan Europeo para la Reactivación Económica (2008), se propone la búsqueda de instrumentos financieros innovadores para hacer efectivo el aprovechamiento de la experiencia del sector privado junto al empuje del sector público.

Ahora bien, como todo en esta vida, las referidas propuestas de directiva presentan luces y sombras. En relación a las pyme y empresas incipientes, las propuestas pretenden remover algunos obstáculos para garantizar una participación más equitativa de las microempresas *l start up*, empezando por el gravoso requisito actual del volumen de negocio, un umbral que se reduce al triple del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados.¹⁸ Igualmente, se instaura una cierta discriminación positiva para ese tipo de empresas (contra el criterio de los que afirman que ello puede generar la creación de artificios y de prácticas corruptas). Se autoriza a los Estados miembros a legislar que los subcontratados dispongan de acción directa para exigir el pago directamente ante el poder adjudicador (en España, el TRLCSP impide dirigirse directamente ante el órgano de contratación) y se permite la subdivisión de contratos en lotes, si bien la exigencia a los poderes adjudicadores de que justifiquen su eventual decisión de no subdividirlos, esta medida no nos parece ni práctica ni tendente a simplificar los procesos. Finalmente, se prevé la obligación de aceptar las declaraciones de los interesados como prueba suficiente a efectos de selección.

Precisamente, hablando de simplificación de los procedimientos, lo más relevante a los efectos de lo que se trata en el presente trabajo, cabe destacar el encomiable esfuerzo para clarificar algunos conceptos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), al tasar hasta seis técnicas específicas de contratación (agregada y electrónica), de modo que en comparación con la actual Directiva de 2004 se mejora y aclaran la herramientas que han de facilitar la contratación electrónica:¹⁹ los acuerdos marco (que, en ningún caso deberían derivar injustificadamente en una disminución de precios que perjudiquen la calidad de los contratos); los sistemas dinámicos de adquisición; las subastas electrónicas (si bien parece reprochable que en este sistema

¹⁸ A partir de un trabajo previo de la propia CE ("European Code of best practices facilitating access by SMS to public procurement contracts", 2008).

¹⁹ El proyecto busca adoptar una comunicación totalmente electrónica, en particular en lo tocante a la presentación telemática de ofertas o solicitudes en todos los procedimientos de contratación, como se ha dicho, en un período de transición de dos años. Asimismo, racionaliza y mejora los sistemas dinámicos de adquisición y los catálogos electrónicos, herramientas de contratación completamente electrónicas que se adaptan especialmente a la contratación muy agregada que llevan a cabo las centrales de compras.

se privilegie exageradamente el precio más bajo, en perjuicio de las empresas europeas que compiten con las de países emergentes); las centrales de compras; y la contratación conjunta. Se opta pues decididamente por promover la contratación electrónica (ni que sea con un régimen transitorio de 2 años), lo que va a permitir sin duda a los proveedores participar *on line* en los procedimientos de contratación de todo el mercado interior.

Por otra parte, se han acortado los plazos para la participación y la presentación de ofertas, lo que va a permitir una contratación más rápida y más racional. Se racionaliza y agiliza pues el procedimiento de contratación, acortando los plazos y distinguiendo entre los procesos de selección de licitadores y la adjudicación del contrato. De ese modo, el poder adjudicador podrá decidir qué secuencia resulta más práctica, después de examinar los criterios de selección y de tener en cuenta la organización, calidad del personal asignado a la ejecución del contrato, etc.

También se aclaran las causas de exclusión de candidatos y licitadores (significativamente los operadores que hubieren ejecutado de forma deficiente otros contratos anteriores), admitiendo expresamente la posibilidad de autocorrección (en caso de que los candidatos enmienden las consecuencias de su comportamiento ilícito). No obstante, puede objetarse que, en muchos casos, se trata de incumplimientos de las obligaciones sociales y medioambientales. Además de que debería añadirse la reparación ante cualquier obligación impuesta también por los Estados miembros (verbigracia: los convenios colectivos vigentes).

En el mismo terreno de la flexibilidad procedimental debe destacarse que se incluyen algunas disposiciones específicas sobre modificación de contratos, optando por una solución pragmática y realista; dar tratamiento a las circunstancias imprevistas durante la vigencia del contrato. Además, se prevé un régimen menos oneroso y menos gravoso para las adjudicaciones hechas por parte de los entes sub-estatales (regionales y locales), consistente, por ejemplo, en la utilización de los mismos anuncios de información previa como convocatoria de la licitación.

En otro orden de cosas, se propone una mayor gobernanza y fiscalización de los contratos, atendiendo a la constatación de que no todos los Estados supervisan de forma coherente y sistemática la aplicación de las normas de contabilidad pública. Así, se prevé que los Estados miembros designen una autoridad al respecto, con objeto de asesorar/formar a los poderes adjudicadores y dar apoyo jurídico y económico, especialmente para prevenir el fraude y la corrupción. Es decir, se propone que un solo organismo (al que se encomiendan tareas generales) garantice la visión de conjunto de las principales dificultades de aplicación del contrato, pudiendo proponer soluciones adecuadas para los problemas de carácter más estructural y estar en condiciones de proporcionar información inmediata sobre las prácticas estatales y los defectos del marco normativo, para contribuir así a encontrar con rapidez soluciones y mejorar los procedimientos de contratación. Lo más relevante es que, para reforzar la lucha contra la corrupción y el favoritismo, los poderes adjudicadores van a tener la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados a un organismo de supervisión, que podrá examinarlos a fin de detectar pautas sospechosas y permitir a los interesados acceder a la documentación, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos. Con todo, como no se desea crear una carga administrativa desproporcionada, la obligación de transmitir el texto completo de los contratos celebrados quedaría limitada a los contratos de valor relativamente elevado (1 MEUR para los suministros y servicios, y 10 MEUR para el resto).

Cabe señalar que no se prevé que esta tarea de supervisión y la creación de centros de conocimiento generen en conjunto una carga financiera adicional para los Estados. La CE admite que la reorganización o el perfeccionamiento de las actividades de los mecanismos y estructuras existentes entrañará algunos costes, pero estima que se también se generará ahorro mediante la reducción de los costes de los litigios (tanto para los poderes adjudicadores como para las empresas) y los derivados de los retrasos en la adjudicación de los contratos, debido a la aplicación incorrecta de las normas de contratación pública o a la mala preparación de los procedimientos de contratación, así como de los costes que acarrea la fragmentación y la ineficiencia del asesoramiento que se ofrecen actualmente a los poderes adjudicadores.

Finalmente, se establece la asociación para la innovación, un nuevo procedimiento especial para el desarrollo y ulterior adquisición de productos, obras y servicios nuevos e innovadores, dentro de los niveles de prestaciones y de costes acordados. Esto va a mejorar y simplificar el procedimiento de DC y facilitar la contratación conjunta transfronteriza, constituyendo un instrumento importante para realizar adquisiciones innovadoras.

Por el contrario, entre los aspectos más criticables de las propuestas incluidas en las tres directivas, debe destacarse la insuficiente protección de la confidencialidad, especialmente en el caso de utilizarse el DC. Como ya se ha dicho en otro momento, el objetivo, que aquí se aborda insuficientemente, debería ser que el poder adjudicador no pueda divulgar la información a otros competidores ni utilizarla en otros procedimientos distintos.

Además, las especificaciones técnicas se ven relegadas en muchos casos a la categoría de condiciones para la ejecución del contrato, en lugar de ampliarse a otros supuestos que hagan más transparente el cumplimiento de determinados objetivos medioambientales (verbigracia: la electricidad verde) o el cumplimiento de la normativa laboral y de los Servicios de Interés General (como ha hecho notar, entre otros, el Consejo Económico y Social Europeo). A nuestro entender, aquellas no constituyen propiamente contratos públicos sino servicios prestados por la autoridad o un tercero en su nombre, con lo cual, deberían quedar fuera del ámbito de la Directiva, no así cualquier externalización o contrato relacionado con los mismos, adjudicado por el poder adjudicador

En materia de subcontratación, debería reflexionarse sobre el hecho de que la superposición de distintas capas de contratos va a generar dificultades para el cumplimiento de determinadas obligaciones (laborales, seguridad e higiene en el trabajo, etc.). Cabría la posibilidad de dar mayor margen de maniobra a las autoridades públicas en el control-supervisión o incluso veto, especialmente de forma *ex ante*, con objeto de influir para que los contratos persigan los objetivos sociales, medioambientales, etc. O bien declarar los detalles relativos al menos a los principales subcontratos

Conclusiones

Es lo cierto que la CPP no es un fenómeno nuevo. Pocas fórmulas tienen tanta historia en la tradición administrativa española como las concesiones de obra pública. Lo nuevo, si puede decirse así, es el volumen alcanzado recientemente por la misma y el hecho de que la crisis económica y la lucha contra el déficit y el endeudamiento público la han puesto en la mirada de todos. Ello es bueno porque le dará un impulso decisivo, pero también

puede resultar perjudicial si se cae en el reduccionismo de utilizarla exclusivamente para contrarrestar las estrecheces presupuestarias del sector público, haciendo viables inversiones que exceden de la capacidad financiera de las administraciones. Sea como fuere, el actual marco normativo español de la CPP, tanto en materia de contratación como de captación de activos financieros, se corresponde paradójicamente con un esquema jurídico y mental profundamente arraigado en la cultura del derecho administrativo tradicional, en el que el modelo de Estado autosuficiente, considerado como el titular exclusivo de los procesos de creación de valor público sigue siendo el paradigma dominante.

Desde el ángulo del interés público, los principales peligros derivan de los eventuales excesos o inadecuadas asignaciones de capacidad dentro del sistema público, y especialmente del riesgo fiscal, esto es, del riesgo de trasladar al socio público costes excesivos sin respaldo presupuestario, agravando así el déficit y el endeudamiento. Para eludir esta situación, al lado de una adecuada distribución de los riesgos, sería deseable sería deseable afrontar con coraje cuestiones relativas a la preparación y materialización de los contratos como los contornos del específico CCPP, en tanto que fórmula alternativa –no residual- al resto de contratos, además de revisar el procedimiento del DC, y en especial los problemas de confidencialidad y retención del *know-how*.

Finalmente, será necesario estar atentos a la evolución de las tres propuestas de Directiva elaboradas por la CE en materia de modernización de la contratación pública y de las concesiones. La tarea acometida por la CE intenta dar respuesta a una exigencia que emana de la llamada Estrategia Europa (2020), que se propone incrementar la eficiencia del gasto público, simplificando las normas y racionalizando los procedimientos, además de mejorar la utilización de los contratos públicos en base a objetivos sociales y proveer procedimientos de contratación comunes para favorecer la transparencia y la objetividad, o lo que es igual, para dificultar el favoritismo y las prácticas fraudulentas.

Bibliografía

BERRENDERO BERMÚDEZ DE CASTRO, JOSÉ LUIS

(2011). "Colaboración público-privada". *Extoikos*, N° 2: 69-72.

CECOP

(2009). *La colaboración público-privada. Un éxito del pasado. Un problema del presente. Una necesidad del futuro. ¿Una alternativa en alza?* MADRID: CECOP (Centro español de excelencia y conocimiento de la colaboración público-privada).

CEOE

(2005). *Informe CEOE sobre modelos de cooperación público-privada para la financiación de infraestructuras públicas tratamiento en términos de contabilidad pública (SEC 95) y viabilidad jurídica*. Madrid: CEOE.

COMISIÓN EUROPEA

(2004). *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final]*. Bruselas: Comisión Europea.

COBOS RUIZ DE ADANA, PILAR

(2008). "Antecedentes históricos y evolución en la regulación de las diferentes formas de colaboración público-privada. Novedades en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público". Revista Española de Control Externo, Nº 28, Vol. X: 15-34.

COMISIÓN EUROPEA

(2005). Sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2005) 569 final]. Bruselas: Comissió Europea.

COMISIÓN EUROPEA

(2008). Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI). Diario Oficial de la Unión Europea, Nº C-91 de 12.04.2008: 4-9.

COMISIÓN EUROPEA

(2011a). Green Paper on the feasibility of introducing Stability Bonds. Bruselas: Comisión Europea.

COMISIÓN EUROPEA

(2011b). Stakeholder consultation paper-comission staff Working Paper on the Europe 2020. Project Bond Initiative. Bruselas: Comisión Europea.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

(2005). Reglamento (CE) No 2103/2005, de 12 de diciembre de 2005, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 3605/93 en lo referente a la calidad de los datos estadísticos en el contexto del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. DOUE, Nº L-337 de 22.12.2005: 1-6.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

(2004). Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

(2011). «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales» [COM (2011) 895 final - 2011/0439 (COD)]

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

(2011). «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la contratación pública» [COM(2011) 896 final - 2011/0438 (COD)]

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

(2011). «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» [COM (2011) 897 final - 2011/0437 (COD)]

DÍAZ PÉREZ, JAIME

(2011). "Retos de la colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras públicas (PPP)". Boletín Económico de ICE, núm. 3012 (junio 2011): 15-31.

DE HOCES, JOSÉ RAMÓN

(2011). "La colaboración público-privada en la Ley de economía sostenible". Pérez Llorca, Doctrina contencioso, público, regulatorio: 1-7.

DORREGO DE CARLOS, ALBERTO I MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO (DIR.)

(2009), La colaboración público-privada en la Ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros. Madrid, Ed. La Ley.

ESPERÓN LÁZARO, JOSÉ ANTONIO

(2008). "Los diferentes modelos de colaboración público-privada". Revista Española de control externo. Vol. X, Nº 28: 187-199.

ESTEVEZ MARTÍN, ÁNGEL EDUARDO

(2011). "La colaboración público-privada de tipo institucionalizado como fórmula para la adjudicación de contratos públicos: su incorporación a la LCSP a través de la Ley de economía sostenible". La Ley. Contratación Administrativa Práctica, Julio 2011, Nº 110: 46-54.

FERNÁNDEZ LLERA, ROBERTO

(2009). "Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria". Revista de Estudios Regionales, Nº 0213-7585: 337-350.

FOROPPP

(2011). Recomendaciones para el desarrollo sostenible de colaboración público-privada en infraestructuras. Madrid: Foroppp.

GARCÉS SANAGUSTÍN, MARIO

(2006). "El control de los contratos en la colaboración público-privada". Presupuesto y gasto público, Nº 45: 117-127.

GARCÍA CAPDEPON, PEDRO MARÍA

(2005). "Los contratos de colaboración público-privada". Revista Española de la Función Consultiva, Nº 3: 89-114.

GARRIGUES ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS

(2011). Régimen jurídico de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

HUERTA BARAJAS, JUSTO ALBERTO

(2008). "La evaluación previa de la colaboración del sector público y el sector privado. El dialogo competitivo en la nueva Ley de Contratos del Sector Público". Auditoria Pública, Nº 44: 55-68.

IFRS GLOBAL OFFICE

(2011). IFRIC 12 Service concession arrangements. A pocket practical guide. Londres: Deloitte Touche Tohmatsu.

JIMÉNEZ DÍAZ, ANDRÉS

(2011). "El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)". *Diario La Ley*, N° 6934: 1-7.

MOSZORO, MARIAN

(2010). *Efficient Public-Private Partnerships*. Pamplona: IESE Working Papers, N° WP-884.

NORES ESCOBAR, JOSÉ LUIS

(2007). "La novedad del dialogo competitivo en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público". *Reflexiones*, N° 2: 3-9.

PALOMAR, ALBERTO (Dir.)

(2011). *La colaboración público-privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*. Madrid, Ed. Aranzadi.

PRICEWATERHOUSE COOPERS

(2005). *La solución de la Cooperación Público-privada. Realidad y futuro de las infraestructuras en Europa*. Madrid: PriceWaterhouse Coopers.

QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS (Dir.)

(2011). *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*. Valladolid: Consejo Económico y Social de Castilla y León.

REBOLLO FUENTE, ANDRÉS

(2007). "APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública". *Reflexiones*, N°2: 61-122.

REBOLLO FUENTE, ANDRÉS

(2010). "El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de las infraestructuras mediante Asociaciones Público-privadas y medidas de intervención financiera". *Revista Infra-estructura/Deloitte*, julio: 1-26.

TELLO BLASCO, CRISTINA

(2008), "Modelos aplicados de colaboración público-privada por la Administración Pública. Experiencias en la Administración General del Estado". *Revista Española de Control Externo*, Vol. X, N° 28: 65-88.

TENA-CENTENO, ANTONIO I VASSALLO-MAGRO, JOSE MANUEL

(2010). "Inversión en infraestructuras: Cuando lo público y lo privado se dan la mano". *Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, Vol. 4, N° 2: 88-102.

VALDIVIELSO CAÑAS, ALBERTO

(2006). "El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de Ley de contratos del sector público". *Presupuesto y gasto público*, N° 45: 11-29.

Recibido: 15/04/2013
Aprobado: 25/05/2013