



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 30.4.2004
COM(2004) 327 final

LIBRO VERDE

**SOBRE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y EL DERECHO
COMUNITARIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CONCESIONES**

(presentado por la Comisión)

ÍNDICE

1.	<i>Evolución de la colaboración público-privada: resultados y retos</i>	3
1.1.	El fenómeno de la «colaboración público-privada».....	3
1.2.	El reto del mercado interior: garantizar el desarrollo de la CPP en condiciones de competencia real y claridad jurídica	5
1.3.	Objetivo específico y programa del presente Libro Verde	8
2.	<i>La CPP puramente contractual y el Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones</i>	9
2.1.	La etapa de selección del socio privado.....	10
2.1.1.	Colaboración de tipo puramente contractual: el acto de adjudicación se califica de contrato público.....	10
2.1.2.	Colaboración de tipo puramente contractual: el acto de adjudicación se califica de concesión.....	11
2.2.	Cuestiones específicas relativas a la selección de un operador económico en el marco de una CPP de iniciativa privada	14
2.3.	La etapa posterior a la selección del socio privado.....	15
2.3.1.	Marco contractual del proyecto.....	15
2.3.2.	Subcontratación de determinadas tareas	18
3.	<i>La CPP institucionalizada y el Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones</i>	19
3.1.	Puesta en marcha de una operación de colaboración que implique la creación de una entidad <i>ad hoc</i> en la que participen, de manera conjunta, los sectores público y privado.....	20
3.2.	Toma del control de una entidad pública por parte de un operador privado.....	22
4.	<i>Observaciones finales</i>	24

1. EVOLUCIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: RESULTADOS Y RETOS

1.1. El fenómeno de la colaboración público-privada

1. La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.
2. Las operaciones de CPP suelen caracterizarse por los siguientes elementos:
 - La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.
 - El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.
 - El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.
 - El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.
3. En el transcurso de la última década, el fenómeno de la CPP se ha desarrollado en un gran número de ámbitos del sector público. Diferentes factores explican el recurso cada vez más frecuente a las operaciones de CPP. Teniendo en cuenta las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros, este fenómeno responde a la necesidad que tiene el sector público de recibir financiación privada. Otra explicación radicaría en el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública. Por otro lado, el desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.
4. Las autoridades públicas de los Estados miembros recurren a menudo a operaciones de CPP para realizar proyectos de infraestructura, en particular en los sectores del transporte, la sanidad pública, la educación y la seguridad pública. En el ámbito europeo, se ha reconocido que las operaciones de CPP pueden contribuir a la creación de redes transeuropeas de transportes, ámbito en el que existe un enorme

retraso debido, entre otras cosas, a la escasez de inversiones¹. En el marco de la Iniciativa para el crecimiento, el Consejo ha aprobado una serie de medidas cuyo objetivo es aumentar las inversiones destinadas a las infraestructuras de la red transeuropea, así como al ámbito de la innovación, la investigación y el desarrollo, en particular mediante la organización de operaciones de CPP².

5. Si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor relación calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, no es posible, sin embargo, presentar dicha cooperación como una solución milagrosa para el sector público, que tiene que hacer frente a restricciones presupuestarias³. La experiencia demuestra que es conveniente determinar para cada proyecto si la opción de colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato⁴.
6. Asimismo, la Comisión observa con interés que determinados Estados miembros y países adherentes han creado herramientas para la coordinación y el fomento de la CPP, destinadas, en particular, a difundir las «mejores prácticas» en materia de CPP tanto en el ámbito nacional como en el comunitario. Estas herramientas tienen como objetivo poner en común la experiencia relevante en este ámbito y así aconsejar a los usuarios sobre las diferentes formas de CPP y sus etapas, ya se trate de la concepción inicial, de las modalidades de elección del socio privado, del mejor reparto de los riesgos, de la selección de las cláusulas contractuales más adaptadas, o incluso de la integración de financiación comunitaria (por ejemplo *Task Force* en el Reino Unido o en Italia, etc.).
7. Las autoridades públicas también recurren a operaciones de colaboración con el sector privado para garantizar la gestión de servicios públicos, sobre todo en el ámbito local. Así pues, cada vez es más frecuente que servicios públicos relativos a la gestión de residuos o la distribución de agua o energía se confíen a empresas, tanto públicas como privadas o mixtas. En este sentido, en el Libro Verde sobre los servicios de interés general se recuerda que, cuando una autoridad pública decide confiar la prestación de un servicio a un tercero, está obligada a respetar la normativa en materia de contratación pública y concesiones, aunque se trate de un servicio considerado de interés general⁵. Por otro lado, el Parlamento Europeo ha reconocido

¹ Véase la Comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2003 «Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras - Interoperabilidad del telepeaje», COM(2003) 132 y el Informe del grupo de alto nivel sobre la red transeuropea de transporte de 27 de junio de 2003.

² Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Bruselas de 12 de diciembre de 2003.

³ El 11 de febrero de 2004, Eurostat, la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (véase el comunicado de prensa STAT/04/18) adoptó una decisión relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas. En dicha decisión se precisa el impacto en el déficit o superávit público y la deuda pública. Eurostat recomienda que los activos vinculados a una operación de colaboración público-privada se consideren activos no públicos y, por consiguiente, no se registren en el balance de las administraciones públicas cuando se cumplan las dos condiciones siguientes: 1. el socio privado soporte el riesgo de construcción y 2. el socio privado soporte al menos uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el vinculado a la demanda.

⁴ Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Finanzas públicas en la UEM – 2003», publicada en *European Economy* n° 3 de 2003 [COM(2003) 283 final].

⁵ COM(2003) 270 final. Se puede consultar el texto del Libro Verde y los comentarios al respecto en: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest.

que el cumplimiento de estas disposiciones legales puede constituir «un instrumento eficaz para evitar las trabas indebidas de la competencia que, al mismo tiempo, permita a las autoridades públicas definir y controlar las condiciones relativas a la calidad, la disponibilidad, las normas sociales y a la protección del medioambiente»⁶.

1.2 El reto del mercado interior: garantizar el desarrollo de la CPP en condiciones de competencia real y claridad jurídica

8. En el presente Libro Verde se debate el fenómeno de la CPP respecto al Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones. En el Derecho comunitario no se prevé ningún régimen específico que englobe el fenómeno de la CPP, únicamente se establece que, tanto si es contractual como unilateral, todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero debe ser examinado en función de los principios y normas del Tratado, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (artículos 43 y 49 del Tratado CE)⁷. Estos principios incluyen los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo⁸. Asimismo, en los casos que entran en el ámbito de las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se aplican disposiciones detalladas⁹⁻¹⁰. Estas Directivas tienen por objeto «proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro y, con dicho fin, excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales en cualquier adjudicación de contratos como la posibilidad de que una entidad adjudicadora pública se guíe por consideraciones que no tengan

⁶ Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde sobre los servicios de interés general, aprobada el 14 de enero de 2004.

⁷ Las normas relativas al mercado interior, incluidos los principios y normas en materia de contratación pública y concesiones, se aplican a toda actividad con carácter económico, es decir, a toda actividad que consista en ofrecer servicios, bienes u obras en un mercado, incluso cuando dichos servicios, bienes u obras estén destinados a ofrecer un «servicio público» tal y como lo define un Estado miembro.

⁸ Véase la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario, DO C 121 de 29 de abril de 2000.

⁹ Es decir, las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación, respectivamente, de los contratos públicos de servicios, de contratos públicos de suministro, de los contratos públicos de obras y de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Dichas Directivas serán sustituidas por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 relativa a la coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, que se publicarán próximamente en el DOUE. Se puede consultar la versión [provisional] de las nuevas Directivas en el sitio web http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm. [...].

¹⁰ Además, en determinados sectores y, en particular, en el sector de los transportes, la puesta en marcha de una CPP puede estar sujeta a una legislación sectorial específica. Véanse el Reglamento (CEE) n° 2408/92 del Consejo, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias; el Reglamento (CEE) n° 3577/92 del Consejo, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros; el Reglamento (CEE) n° 1191/69 del Consejo, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, modificado por el Reglamento (CEE) n° 1893/91, y la propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de obligaciones de servicio público y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable [COM(2002) 107 final].

carácter económico»¹¹. No obstante, la aplicación de las disposiciones detalladas de dichas Directivas está supeditada a determinadas hipótesis y se refiere, en particular, a la etapa de adjudicación de los contratos.

9. El régimen aplicable a la selección de un socio privado depende, en primer lugar, del tipo de relación contractual que este último establezca con un organismo adjudicador¹². Con arreglo al Derecho comunitario derivado, cualquier contrato, a título oneroso, celebrado por escrito entre un organismo adjudicador y un operador, siempre y cuando tenga por objeto la ejecución de obras, la realización de una obra o la prestación de un servicio se considerará «contrato público» de obras o de servicios. La «concesión» se define como un contrato con las mismas características que un contrato público, con la salvedad de que la contrapartida de las obras efectuadas o los servicios prestados consiste bien únicamente en el derecho a explotar la obra o el servicio o bien en dicho derecho acompañado de un precio.
10. En opinión del Tribunal de Justicia, la apreciación de los elementos de las definiciones mencionadas deberá realizarse de manera que se garantice que la eficacia de la Directiva no queda menoscabada¹³. Por ejemplo, no se podrá alegar el formalismo vinculado a la noción de contrato en Derecho nacional con el objeto de que las Directivas pierdan su eficacia. De la misma forma, el carácter oneroso del contrato en cuestión no implica necesariamente el pago directo de un precio por parte del socio público, sino que puede tratarse de cualquier otra forma de contraprestación económica que reciba el socio privado.
11. Los contratos calificados de contratos públicos de obras o los de servicios definidos como prioritarios¹⁴ están sujetos a las disposiciones detalladas de las Directivas comunitarias. Las concesiones de obras y los contratos públicos de servicios considerados «no prioritarios» sólo están sujetos a algunas disposiciones aisladas del Derecho derivado. Por último, determinadas operaciones, como las concesiones de servicios, están fuera del ámbito del Derecho derivado. Lo mismo ocurre, por otro lado, con la atribución de misiones realizada mediante actos unilaterales.
12. Así pues, el marco normativo que regula la selección del socio privado ha sido objeto de un ejercicio de coordinación comunitario a varios niveles y con diferentes grados de intensidad que ha permitido que, en el ámbito nacional, persista una gran divergencia de enfoques, si bien toda operación que implique la adjudicación de una

¹¹ Asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, *Impresa Lombardini SPA contra ANAS*, sentencia de 27 de noviembre de 2001, apartado 36 y, en el mismo sentido, asunto C-380/98, *University of Cambridge*, Rec. p. I-8035, y asunto C-19/00, *SIAC construction*, Rec. p. I-7725.

¹² En las operaciones de CPP, los socios públicos son, en primer lugar, las autoridades nacionales, regionales o locales. Asimismo, pueden ser organismos de derecho público creados para llevar a cabo misiones de interés general bajo el control del Estado o empresas administradoras de determinadas industrias de red. En aras de la simplificación, en el presente documento se utilizará la expresión «organismo adjudicador» para designar el conjunto de estos organismos. De este modo, la expresión engloba tanto a los «poderes adjudicadores» en el sentido contemplado en las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 2004/18/CE como a las entidades adjudicadoras que son los «poderes públicos» y las «empresas públicas» en el sentido contemplado en las Directivas 93/38/CEE y 2004/17/CE.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, *Scala*, Rec. I-5409; véanse, en particular, los apartados 53 a 55.

¹⁴ Es decir, los que se enumeran en el anexo IA de la Directiva 92/50/CEE o en el anexo XVII de la Directiva 93/38/CEE.

misión a un tercero se rige por una base mínima de principios derivados de los artículos 43 a 49 del Tratado CE.

13. La Comisión ya ha adoptado iniciativas en relación con el fenómeno de la CPP en el ámbito del Derecho de contratación pública. En el año 2000, publicó una Comunicación interpretativa sobre las concesiones y el Derecho comunitario en materia de contratos públicos¹⁵, en la que, ateniéndose a las reglas y principios derivados del Tratado y del Derecho derivado aplicable, delimitó la noción de concesión en Derecho comunitario, así como las obligaciones que han de cumplir las autoridades públicas a la hora de seleccionar a los operadores económicos adjudicatarios de concesiones. Además, las nuevas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo destinadas a modernizar y simplificar el marco legislativo comunitario establecen un procedimiento de adjudicación innovador, especialmente pensado para responder a las particularidades de la adjudicación de «contratos especialmente complejos» y, por consiguiente, de determinadas formas de CPP. Este nuevo procedimiento, llamado «diálogo competitivo», permite a las autoridades públicas establecer un diálogo con las empresas candidatas para identificar las soluciones que pueden responder a sus necesidades.
14. No obstante, algunos representantes de los ámbitos interesados consideran que las normas comunitarias aplicables a la selección de empresas convocadas para cooperar con una autoridad pública en el marco de una CPP, así como su alcance en las relaciones contractuales que rigen la ejecución de dicha colaboración, no son lo suficientemente claras y carecen de homogeneidad entre los diferentes Estados miembros. Aparentemente, esta situación suscita en los agentes comunitarios incertidumbres que pueden constituir un obstáculo real para la creación o el éxito de las operaciones de CPP, en detrimento de la financiación de infraestructuras importantes y el desarrollo de servicios públicos de calidad.
15. El Parlamento Europeo ha instado a la Comisión a examinar la posibilidad de adoptar una propuesta de Directiva destinada a regular de manera homogénea el sector de las concesiones y otras formas de CPP¹⁶. El Comité Económico y Social Europeo, por su parte, también ha manifestado que considera necesaria una iniciativa legislativa¹⁷.
16. En este contexto, la Comisión, en su Estrategia para el mercado interior 2003-2006¹⁸, anunció que tenía previsto publicar un Libro Verde sobre las operaciones de CPP y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, con el fin de iniciar un debate en torno a la mejor manera de garantizar que las operaciones de CPP puedan desarrollarse en un ambiente de competencia real y claridad jurídica. La publicación de un Libro Verde también figura entre las actividades previstas en el contexto de la Iniciativa europea de crecimiento¹⁹. Por último, responde a

¹⁵ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario, DO C 121 de 29 de abril de 2000.

¹⁶ Dictamen del Parlamento Europeo en primera lectura sobre la propuesta de la Comisión COM(2000) 275 de 10.5.2002.

¹⁷ Dictamen del CESE, DO C 14 de 16.1.2001, ponente Sr. Levaux, apartado 4.1.3 y dictamen del CESE, DO C 193 de 10.7.2001, ponente Sr. Bo Green, apartado 3.5.

¹⁸ «Estrategia para el mercado interior - Prioridades del período de 2003 – 2006», COM(2003) 238 final.

¹⁹ Comunicación de la Comisión «Iniciativa europea de crecimiento: Invertir en redes y conocimiento para estimular el crecimiento y el empleo», COM(2003) 690 final de 11 de noviembre de 2003. Este informe fue aprobado por el Consejo Europeo de Bruselas el 12 de diciembre de 2003.

determinadas peticiones formuladas durante la consulta pública acerca del Libro Verde sobre los servicios de interés general²⁰.

1.3. Objetivo específico y programa del presente Libro Verde

17. El objetivo del Libro Verde es poner en marcha un debate sobre la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones al fenómeno de la CPP. El debate, una vez lanzado, se centra, pues, en las normas que han de aplicarse cuando se opta por confiar una misión o tarea a un tercero. Se inicia con anterioridad a la selección económica y organizativa realizada por una autoridad local o nacional, por lo que no puede dar pie a pensar que pretende emitir una opinión general sobre la decisión de externalizar o no la gestión de los servicios públicos, puesto que dicha decisión compete a las autoridades públicas. El Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones es neutral en cuanto a la decisión que han de tomar los Estados miembros de prestar un servicio público a través de sus propios medios o de confiárselo a un tercero.
18. Más concretamente, este Libro Verde tiene por finalidad presentar el alcance de las normas comunitarias aplicables a la etapa de selección del socio privado y a la etapa posterior, con el objetivo de detectar posibles incertidumbres y analizar si el marco comunitario es adecuado para los retos y características específicos de las operaciones de CPP. Se esbozarán ideas de reflexión para una posible intervención comunitaria, puesto que, al ser el objetivo del Libro Verde poner en marcha una consulta, no se ha predeterminado ninguna opción de intervención comunitaria. Los instrumentos disponibles para mejorar la apertura de las operaciones de CPP a la competencia en un entorno jurídico claro son muy variados: instrumentos legislativos, comunicaciones interpretativas, acciones destinadas a mejorar la coordinación de las prácticas nacionales o intercambio de mejores prácticas entre Estados miembros.
19. Si bien, por lo tanto, el presente Libro se centra en cuestiones relativas al Derecho en materia de contratación pública y concesiones, conviene recordar que la Comisión ya ha adoptado medidas, en otros ámbitos, encaminadas a eliminar los obstáculos que puedan dificultar la puesta en marcha de las operaciones de CPP. Por ejemplo, recientemente se han aclarado las normas relativas al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas²¹. Asimismo, se recuerda que está prevista la adopción de un Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, que facilitará la puesta en marcha de operaciones de CPP transeuropeas²².
20. A efectos del análisis del presente Libro Verde, se propone establecer la siguiente distinción:
 - operaciones de CPP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales, y

²⁰ Informe de los resultados de la consulta sobre el Libro Verde sobre los servicios de interés general; véase más arriba la nota a pie de página 5.

²¹ Véase más arriba la nota a pie de página 3.

²² Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001.

- operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente.

Esta distinción se basa en la constatación de que las diversas prácticas de CPP que están en marcha en los Estados miembros se pueden vincular a dos grandes modelos, cada uno de los cuales plantea cuestiones particulares en cuanto a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Dichas cuestiones han de estudiarse de manera separada, y de ello se ocupan los capítulos siguientes²³.

2. LA CPP PURAMENTE CONTRACTUAL Y EL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS CONCESIONES

21. La expresión CPP de tipo puramente contractual se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio.
22. En este contexto, uno de los modelos más conocidos, con frecuencia llamado «modelo de concesión»²⁴, se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos.
23. En otros tipos de organización, la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo IFP²⁵. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra²⁶.

²³ Esta distinción no tiene en cuenta las calificaciones jurídicas del Derecho nacional y en ningún caso preestablece la calificación en Derecho comunitario de estos tipos de fórmulas o contratos. El único objetivo del análisis siguiente es, pues, distinguir entre sí las fórmulas habitualmente consideradas CPP, a fin de contribuir, más adelante, a determinar las normas del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones que conviene aplicar.

²⁴ Conviene recordar que la calificación dada tanto por el Derecho nacional como por las partes no tiene ninguna incidencia en la calificación jurídica de estos contratos a efectos de la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

²⁵ Las siglas IFP corresponden a «Iniciativa de financiación privada», un programa del gobierno británico que permite modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada. Este modelo también se utiliza en otros Estados miembros, a veces con variantes importantes. La IFP ha inspirado, por ejemplo, el desarrollo del «Betreibermodell» en Alemania.

²⁶ Es el caso de los peajes «sombra» o virtuales, utilizados en el marco de proyectos de autopistas, en particular, en el Reino Unido, Portugal, España y Finlandia.

1. ¿Qué tipos de operaciones de CPP puramente contractual conoce? ¿Se ha creado en su país algún marco específico (legislativo o de otro tipo) para esta clase de operaciones?

2.1. La etapa de selección del socio privado

2.1.1. *Colaboración de tipo puramente contractual: el acto de adjudicación se califica de contrato público*

24. El régimen aplicable a la adjudicación de contratos públicos de obras, o de contratos públicos de servicios definidos como prioritarios²⁷, se deriva de lo dispuesto en las Directivas comunitarias por las que se establecen normas detalladas, en particular, en materia de publicidad y participación. Cuando la autoridad pública es un poder adjudicador que actúa en el ámbito de las Directivas clásicas²⁸, en este marco normalmente debe recurrir al procedimiento abierto o restringido para seleccionar a su socio privado. Con carácter excepcional y en determinadas condiciones, a veces es posible recurrir al procedimiento negociado. En este sentido, la Comisión quiere recordar que la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 93/37/CEE, en el que se contempla el recurso al procedimiento negociado cuando el contrato se refiera «a obras cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global», tiene un ámbito de aplicación limitado. Dicha excepción sólo contempla las situaciones excepcionales en las que haya incertidumbre, *a priori*, en cuanto a la naturaleza o la duración de las obras que han de efectuarse, pero no incluye las situaciones en las que la incertidumbre resulte de otras causas, como la dificultad de fijar el precio de antemano debido a la complejidad de la estructura jurídica y financiera que se ha organizado²⁹.
25. A partir de la adopción de la Directiva 2004/18/CE, es posible aplicar un nuevo procedimiento, llamado de «diálogo competitivo», en la adjudicación de contratos particularmente complejos³⁰. En los casos en los que el organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de definir los medios técnicos que pueden responder a sus necesidades y objetivos, y en los casos en los que el organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de establecer la organización jurídica o financiera, o ambas, de un proyecto, se abrirá el procedimiento de diálogo competitivo. Este nuevo procedimiento permitirá que los organismos adjudicadores entablen un diálogo con los candidatos con el objetivo de encontrar soluciones capaces de responder a dichas necesidades. Al término de este diálogo, se invitará a los candidatos a presentar sus ofertas definitivas con arreglo a la solución o las soluciones identificadas en el transcurso del diálogo. Dichas ofertas deberán incluir todos los elementos exigidos y necesarios para la realización del proyecto. Los organismos adjudicadores evaluarán las ofertas en función de unos criterios de adjudicación preestablecidos. Puede que el licitador que haya presentado la oferta más ventajosa económicamente tenga que aclarar aspectos de su oferta o confirmar los compromisos en ella incluidos, siempre

²⁷ Es decir, los que se enumeran en el anexo IA de la Directiva 92/50/CEE o en el anexo XVII de la Directiva 93/38/CEE.

²⁸ Es decir, las Directivas 93/37/CEE, 92/50/CEE y 2004/18/CE.

²⁹ Por ejemplo, puede darse el caso cuando las obras se realizan en una zona geológicamente inestable o arqueológica, motivo por el cual su duración es imprevisible en el momento de poner en marcha el procedimiento. En el apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/50/CEE y en la letra b) del apartado 1 del artículo 30 de la Directiva 2004/18/CE se ha previsto una excepción similar.

³⁰ Artículo 29 de la Directiva 2004/18/CE.

y cuando ello no lleve a modificar elementos sustanciales de la oferta ni de la convocatoria de licitación, falsee la competencia ni implique discriminaciones.

26. El procedimiento de diálogo competitivo debería permitir garantizar la flexibilidad necesaria para debatir con los candidatos todos los aspectos del contrato durante la etapa de puesta en marcha, velando siempre por que dicho diálogo se desarrolle respetando los principios de transparencia e igualdad de trato, sin poner en peligro los derechos que el Tratado confiere a los operadores económicos. Dicho procedimiento se basa en la idea de que los métodos estructurados de selección han de preservarse en cualquier ocasión, ya que contribuyen a garantizar la objetividad y la integridad del procedimiento que conduce a la selección de un operador, lo que garantiza la buena utilización de los fondos públicos, disminuye los riesgos de prácticas poco transparentes y refuerza la seguridad jurídica necesaria para la puesta en marcha de tales proyectos.
27. Asimismo, conviene subrayar que las nuevas Directivas aumentan el interés de los organismos adjudicadores por formular las especificaciones técnicas en términos de resultados o de exigencias funcionales. De este modo, las nuevas disposiciones permitirán a los organismos adjudicadores ampliar las posibilidades de tener en cuenta soluciones innovadoras durante la fase de adjudicación, sea cual sea el procedimiento puesto en marcha³¹.

2. En opinión de la Comisión, la transposición al Derecho nacional del procedimiento de diálogo competitivo permitirá que las partes interesadas dispongan de un procedimiento particularmente adaptado a la adjudicación de contratos calificados de contratos públicos durante la puesta en marcha de una CPP de tipo puramente contractual, al tiempo que se protegen los derechos fundamentales de los operadores económicos. ¿Comparte esta opinión? Si su respuesta es negativa, ¿por qué?
3. En lo que se refiere a este tipo de contratos, ¿existen, en su opinión, otros elementos, diferentes de los relativos a la elección del procedimiento de adjudicación, que puedan plantear problemas en relación con el Derecho comunitario en materia de contratación pública? En caso afirmativo, ¿cuáles y por qué motivos?

2.1.2. *Colaboración de tipo puramente contractual: el acto de adjudicación se califica de concesión*

28. Hay pocas disposiciones del Derecho derivado que coordinen los procedimientos de adjudicación de contratos considerados concesiones en Derecho comunitario. En lo que se refiere a las concesiones de obras, sólo se aplican determinadas obligaciones en materia de publicidad, como la convocatoria previa obligatoria de los operadores interesados o la obligación relativa al plazo mínimo de recepción de las candidaturas³². El modo en que se selecciona, a continuación, el socio privado lo eligen libremente los organismos adjudicadores, que, no obstante, han de asegurarse de que se respeten plenamente los principios y normas que se derivan del Tratado.
29. En cuanto al régimen aplicable durante la etapa de adjudicación de concesiones de servicio, sólo se fija en referencia a los principios que se derivan de los artículos 43 y

³¹ Artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE y artículo 34 de la Directiva 2004/17/CE.

³² Véase el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 93/37/CEE y los artículos 56 a 59 de la Directiva 2004/18/CE.

49 del Tratado, en concreto, los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo³³. En este sentido, el Tribunal de Justicia, en su sentencia *Telaustria*, afirma que «[la] obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación»³⁴.

30. En opinión de la Comisión, el régimen que se deriva de las disposiciones pertinentes del Tratado puede resumirse en las obligaciones siguientes: fijación de las normas aplicables a la selección del socio privado, publicidad adecuada relativa a la intención de otorgar una concesión y a las normas que rigen la selección para permitir un control de la imparcialidad a lo largo de todo el procedimiento, convocatoria real de los operadores potencialmente interesados o con capacidad para garantizar el cumplimiento de las tareas en cuestión, respeto del principio de igualdad de trato de la totalidad de los participantes a lo largo de todo el procedimiento y adjudicación con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios.
31. Así pues, el Derecho comunitario aplicable en el marco de la adjudicación de concesiones procede esencialmente de obligaciones de carácter general que no implican ninguna coordinación de las legislaciones de los Estados miembros. Además, y pese a disponer de la posibilidad, muy pocos Estados miembros han querido dotarse de legislación interna destinada a regular de manera general y detallada la etapa de adjudicación de concesiones de obras o de servicios³⁵. Por consiguiente, la mayoría de las veces, las normas aplicables a la selección de un concesionario por parte de un organismo adjudicador pertenecen a un caso especial.
32. Esta situación puede plantear problemas a los operadores comunitarios, ya que la ausencia de coordinación de las legislaciones nacionales puede ser un obstáculo para la verdadera apertura comunitaria de las operaciones en cuestión, en particular, cuando tales operaciones se ponen en marcha a escala transnacional. La inseguridad jurídica vinculada a la ausencia de normas claras y coordinadas podría, además, aumentar los costes derivados de la puesta en marcha de tales operaciones.
33. Por otro lado, se ha argumentado que, en determinadas situaciones, los objetivos del mercado interior corren el riesgo de no cumplirse debido a la ausencia de competencia real en el mercado. En este sentido, la Comisión quiere recordar que las Directivas de contratación pública no sólo pretenden garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los operadores económicos, sino que imponen también la obligación de invitar a un número mínimo de candidatos a participar en los procedimientos, ya sean abiertos, restringidos, negociados o de

³³ Si bien la Comisión propuso incluir las concesiones de servicios en la Directiva 92/50/CEE, el Consejo decidió excluirlas del ámbito de aplicación de esta última en el transcurso del proceso legislativo.

³⁴ Sentencia C-324/98. Véase también el auto de 30 de mayo de 2002, sentencia C-358/00, *Deutsche Bibliothek*, Rec. I-4685. Estos principios también son aplicables a los demás actos públicos en virtud de los cuales se confía una prestación económica a un tercero, como, por ejemplo, los contratos excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas al no superar su importe los umbrales de aplicación del Derecho derivado (auto del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 2001, asunto C-59/00, *Vestergaard*, Rec. I-9505), o los servicios considerados no prioritarios.

³⁵ No obstante, España (Ley 13/2003, de 23 de mayo de 2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas), Italia (Ley Merloni, de 1994, modificada) y Francia (Ley Sapin, de 1993) se han dotado de este tipo de legislación.

diálogo competitivo³⁶. Conviene determinar si la aplicación real de estas disposiciones es suficiente o si son necesarias otras medidas para facilitar la creación de un entorno más competitivo.

34. Por otro lado, en el marco de procedimientos de infracción ya instruidos, la Comisión ha tenido ocasión de observar que no siempre es fácil determinar desde el principio si el contrato objeto del procedimiento es un contrato público o una concesión, puesto que, en el caso de los contratos considerados de concesión en el momento de la puesta en marcha del procedimiento, el reparto de riesgos y beneficios puede ser objeto de negociaciones en el transcurso del procedimiento. A raíz de dichas negociaciones, puede que el contrato en cuestión tenga que ser finalmente calificado de contrato público, lo que, a menudo, conlleva que se ponga en tela de juicio la legalidad del procedimiento de adjudicación elegido por el organismo adjudicador. Según las opiniones expresadas por las partes interesadas, esta situación genera en relación con estas operaciones una inseguridad jurídica muy perjudicial para su desarrollo.
35. En este contexto, la Comisión podría plantearse proponer una acción legislativa destinada a coordinar los procedimientos de adjudicación de concesiones en la Unión Europea; esta nueva legislación se sumaría a los textos vigentes en materia de adjudicación de contratos públicos. A partir de ahí, habría que determinar el régimen detallado aplicable a la adjudicación de concesiones.
36. Convendría, asimismo, examinar si hay motivos objetivos para someter la adjudicación de concesiones a un régimen diferente del existente para la adjudicación de otras operaciones de CPP contractuales. En este sentido, cabe recordar que el criterio del derecho de explotación y su consecuencia directa, es decir, el traspaso de los riesgos inherentes a la explotación, establecen la diferencia entre los contratos públicos y las concesiones. Si se confirma que, en el marco de la adjudicación de determinadas operaciones de CPP de tipo puramente contractual, con frecuencia se produce una situación de inseguridad jurídica derivada de la dificultad de identificar *a priori* el reparto de los riesgos de explotación entre las partes, la Comisión podría plantearse someter la adjudicación de todas las CPP contractuales, tanto si se consideran contratos públicos como concesiones, a un régimen de adjudicación idéntico.

4. ¿Alguna vez ha organizado o deseado organizar un procedimiento de adjudicación de concesión o ha participado o deseado participar en un procedimiento de este tipo en la Unión Europea? ¿Qué experiencia conserva de ello?
5. ¿Considera que el marco jurídico comunitario actual es lo suficientemente preciso como para garantizar la participación concreta y real de empresas o agrupaciones no nacionales en los procedimientos de adjudicación de concesiones? ¿Cree que, en general, se garantiza una competencia real en este marco?
6. ¿Cree que es conveniente una iniciativa legislativa comunitaria destinada a regular el procedimiento de adjudicación de concesiones?

³⁶ Artículo 19 de la Directiva 93/36/CEE, artículo 22 de la Directiva 93/37/CEE, artículo 27 de la Directiva 92/50/CEE y artículo 31 de la Directiva 93/38/CEE. Véase también el artículo 44 de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 54 de la Directiva 2004/17/CE.

7. De manera más general, si considera que es necesario que la Comisión proponga una nueva acción legislativa, ¿cree que hay razones objetivas para que en dicho acto se contemplen todas las CPP de tipo contractual, tanto si se consideran contratos públicos como concesiones, para someterlas a regímenes de adjudicación idénticos?

2.2. Cuestiones específicas relativas a la selección de un operador económico en el marco de una CPP de iniciativa privada

37. Recientemente se han desarrollado en algunos Estados miembros determinadas prácticas que tienden a dar al sector privado la oportunidad de tomar la iniciativa en una operación de CPP³⁷. En las fórmulas de este tipo, los operadores económicos formulan una propuesta detallada de proyecto, en general de construcción y de gestión de infraestructura, a instancias de la administración, llegado el caso.
38. Estas prácticas permiten sondear, en una etapa precoz, la intención de los operadores económicos de invertir en determinados proyectos. Asimismo, permiten incitarles a desarrollar o aplicar soluciones técnicas innovadoras, adaptadas a las necesidades particulares del organismo adjudicador.
39. El hecho de que un proyecto de utilidad pública parta de una iniciativa privada no cambia la naturaleza de los contratos firmados entre los organismos adjudicadores y los operadores económicos. Si dichos contratos tienen por objeto prestaciones contempladas en el Derecho privado y se firman a título oneroso, han de ser calificados bien de contratos públicos o bien de concesiones, y seguir el consiguiente régimen de adjudicación.
40. Conviene, por lo tanto, asegurarse de que los procedimientos utilizados en este marco no privan a los operadores económicos de los derechos que les confiere la legislación comunitaria en materia de contratación pública y concesiones. En particular, la Comisión considera que, como mínimo, debe garantizarse el acceso de todos los operadores europeos a este tipo de proyectos a través de una publicidad adecuada de la invitación para formular un proyecto. A continuación, si la autoridad pública desea poner en marcha uno de los proyectos presentados, deberá organizar la convocatoria de concurso para todos los operadores económicos que puedan estar interesados en el desarrollo del proyecto seleccionado, ofreciendo todas las garantías de imparcialidad de la selección.
41. A fin de que el sistema conserve un aspecto atractivo, los Estados miembros han tratado de incentivar la toma de iniciativas. Se ha hecho uso de la posibilidad de retribuir al iniciador del proyecto, por ejemplo, retribuyendo su iniciativa, sin relación con la convocatoria posterior. Además, también se ha planteado la posibilidad de conceder al iniciador determinadas ventajas, que podrá hacer efectivas durante la convocatoria destinada al desarrollo del proyecto seleccionado. Estas soluciones merecen ser estudiadas atentamente, para evitar que las ventajas

³⁷ En algunos Estados miembros, la iniciativa privada es objeto de una normativa específica (véase, en Italia, la Ley Merloni *ter* de 18 de noviembre de 1998 y, en España, el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955 y la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, de 23 de mayo de 2003). En otros Estados miembros, las operaciones de CPP de iniciativa privada también tienen lugar en la práctica.

competitivas que se conceden al iniciador del proyecto rompan la igualdad de trato de los candidatos.

8. De acuerdo con su experiencia, ¿tienen los operadores no nacionales el acceso garantizado a las fórmulas de CPP de iniciativa privada? En particular, cuando los poderes adjudicadores invitan a presentar una iniciativa, ¿se suele dar una publicidad adecuada a la invitación, de manera que la información llegue a todos los operadores interesados? ¿Se organiza un procedimiento de selección realmente competitivo para la puesta en marcha del proyecto seleccionado?
9. ¿Cuál sería, en su opinión, la mejor fórmula para el desarrollo de operaciones de CPP de iniciativa privada en la Unión Europea en las que se garantice el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato?

2.3. La etapa posterior a la selección del socio privado

42. El Derecho derivado de la contratación pública y las concesiones contempla, sobre todo, la etapa de adjudicación de un contrato. Por el contrario, la etapa posterior a la selección del socio privado no se contempla de manera global. Sin embargo, los principios de transparencia e igualdad de trato que se derivan del Tratado se oponen, en general, a cualquier intervención del socio público tras la selección de un socio privado, ya que dicha intervención podría llevar a poner en duda la igualdad de trato entre operadores económicos³⁸.
43. El carácter con frecuencia complejo de la organización en cuestión, el tiempo que puede transcurrir entre la selección del socio privado y la firma del contrato, la duración relativamente larga de los proyectos y, por último, el recurso frecuente a mecanismos de subcontratación convierten a veces la aplicación de estas normas y principios en una tarea delicada. A continuación se abordan dos aspectos: el marco contractual de la CPP y la subcontratación.

2.3.1. Marco contractual del proyecto

44. Las disposiciones contractuales que rigen la etapa de puesta en marcha de una operación de CPP corresponden, en primer lugar, al Derecho nacional. No obstante, la elaboración de las cláusulas contractuales debe realizarse respetando igualmente las normas comunitarias pertinentes y, en particular, los principios de igualdad de trato y transparencia. Esto implica, entre otras cosas, que en los documentos de consulta se deben indicar claramente las condiciones y modalidades de ejecución de los contratos, para que los diferentes candidatos a la colaboración puedan interpretarlas de la misma forma y tenerlas en cuenta a la hora de elaborar sus ofertas. Por otro lado, dichas condiciones y modalidades de ejecución no pueden tener un efecto discriminatorio, directo ni indirecto, ni obstaculizar de manera injustificada la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento³⁹.

³⁸ Véase el asunto C-87/94, *Comisión contra Bélgica (autobuses valones)*, sentencia de 25 de abril de 1994, apartado 54. Véase también el asunto C-243/89, *Comisión contra Dinamarca (Puente sobre el Storebaelt)*, sentencia de 22 de junio de 1992.

³⁹ Asunto C-19/00, *SIAC Construction LTD*, sentencia de 18 de octubre de 2001, apartados 41 a 45; asunto C-31/87, *Gebroeders Beentjes contra Países Bajos*, sentencia de 20 de septiembre de 1988, apartados 29 a 37. Véanse también el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 38 de la Directiva 2004/17/CE.

45. El éxito de una operación de CPP depende en gran medida de lo completa que sea la normativa contractual del proyecto y de la óptima determinación de los elementos que van a regir su puesta en marcha. En este sentido, resulta crucial la evaluación pertinente y el reparto adecuado de los riesgos entre los sectores público y privado, en función de la capacidad respectiva de cada uno de ellos para asumir dichos riesgos. También es importante prever mecanismos que permitan evaluar periódicamente la actuación del titular de la CPP. En este contexto, el principio de transparencia exige que los datos que permiten determinar la evaluación y el reparto de riesgos, así como la evaluación de la actuación, se comuniquen en la documentación de consulta, de manera que los licitadores puedan tenerlos en cuenta a la hora de elaborar sus ofertas.
46. Por otro lado, deberá determinarse el período durante el cual el socio privado se ocupará de la explotación de la obra o del servicio, en función de la necesidad de garantizar el equilibrio económico y financiero del proyecto. En concreto, la duración de la relación de colaboración se fijará de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable del capital invertido. Una duración excesiva puede ser censurada con arreglo a los principios que rigen en el mercado interior⁴⁰ o a las disposiciones del Tratado en materia de competencia⁴¹. Del mismo modo, el principio de transparencia exige que los datos que permiten fijar la duración se comuniquen en la documentación de consulta, de manera que los licitadores puedan tenerlos en cuenta a la hora de elaborar sus ofertas.
47. Las relaciones de CPP, al referirse a una prestación duradera, han de poder evolucionar para adaptarse a los cambios del entorno macroeconómico o tecnológico, así como a las necesidades del interés general. El Derecho comunitario en materia de contratación pública no se opone, en general, a la posibilidad de tener en cuenta dichas evoluciones, siempre y cuando se respeten los principios de transparencia e igualdad de trato. Así pues, en la documentación de consulta, que se envía a los licitadores o candidatos con ocasión del procedimiento de selección, se pueden prever cláusulas de ajuste automático, como las cláusulas de indización de precios, o establecer las circunstancias en virtud de las cuales será posible llevar a cabo una revisión de los cánones percibidos. Asimismo, se pueden prever cláusulas de revisión siempre que en ellas se determinen con precisión las circunstancias y condiciones en las que podrán introducirse modificaciones en la relación contractual. No obstante, es importante que dichas cláusulas sean lo suficientemente claras como para permitir que los operadores económicos las interpreten de la misma forma durante la etapa de selección del socio.
48. En determinadas operaciones, las instituciones financieras se reservan el derecho de actuar en lugar del gestor del proyecto o de designar un nuevo gestor cuando los flujos financieros que genera el proyecto descienden por debajo de un determinado nivel. La aplicación de estas cláusulas, que pertenecen a la categoría de las llamadas de *step-in*, puede dar lugar al cambio del socio privado del organismo adjudicador sin convocatoria de concurso. En tal caso, la compatibilidad de dichas operaciones

⁴⁰ Véase la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones, y, en particular, su apartado 3.1.3.

⁴¹ Artículos 81 y 82, y apartado 2 del artículo 86 del Tratado CE.

con el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones merece una atención particular.

49. En general, las modificaciones que tienen lugar durante la ejecución de una CPP, cuando no se contemplan en los documentos contractuales, suelen dar como resultado que se ponga en duda el principio de igualdad de trato de los operadores económicos⁴². Dichas modificaciones no contempladas sólo son aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas⁴³. Además, toda modificación sustancial, relativa al objeto mismo del contrato, deberá asimilarse a la firma de un nuevo contrato, lo que implica una nueva convocatoria de concurso⁴⁴.
50. Finalmente, conviene recordar que en Derecho derivado se precisan las situaciones excepcionales en las que está permitida la adjudicación directa y sin convocatoria de concurso de las obras o servicios complementarios que no figuran en el proyecto previsto en un principio o en el primer contrato firmado⁴⁵. Dichas excepciones han de interpretarse de manera restrictiva: por ejemplo, no contemplan la ampliación de la duración de una concesión de autopista ya existente con el objetivo de cubrir los costes de las obras para la realización de un nuevo tramo, puesto que la práctica que consiste en acumular en un solo concesionario actividades «rentables» y «no rentables» no puede conducir a una situación en la que se adjudique una nueva actividad a un concesionario existente sin convocatoria de concurso.

10. ¿Cuál es su experiencia en relación con la etapa posterior a la selección del socio privado en las operaciones de CPP contractuales?
11. ¿Conoce algún caso en el que las condiciones de ejecución (incluidas las cláusulas de adaptación en el tiempo) hayan podido tener efectos discriminatorios o hayan podido constituir un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento? En caso afirmativo, describa el tipo de problemas encontrados.
12. ¿Conoce alguna práctica o mecanismo de evaluación de ofertas con efectos discriminatorios?
13. ¿Está de acuerdo con la afirmación de la Comisión según la cual determinadas fórmulas de tipo *step-in* pueden plantear problemas en términos de transparencia e igualdad de trato? ¿Conoce otras «cláusulas tipo» cuya aplicación pueda plantear problemas similares?

⁴² Véase el asunto C-337/98, *Comisión contra Francia*, sentencia de 5 de octubre de 2000, apartado 44 y siguientes. El Derecho comunitario también se opone a las modificaciones que tienen lugar durante la etapa de negociación del contrato, tras la selección final del licitador elegido. En este sentido, en las nuevas disposiciones relativas al diálogo competitivo se establece que el licitador seleccionado podrá verse obligado a «aclarar aspectos de su oferta o a confirmar los compromisos que en ella figuran, siempre que ello no modifique elementos sustanciales de la oferta o de la licitación ni falsee la competencia o tenga un efecto discriminatorio».

⁴³ Artículo 46 del Tratado CE.

⁴⁴ Asunto C-337/98, *Comisión contra Francia*, sentencia de 5 de octubre de 2000, apartado 44 y siguientes. En este sentido, en la Comunicación interpretativa sobre las concesiones se precisa que la prórroga de una concesión vigente más allá del período fijado en un principio debe considerarse una nueva concesión a favor del mismo concesionario.

⁴⁵ Véanse la letra e) del apartado 3 del artículo 11 de la Directiva 92/50/CEE, la letra d) del apartado 3 del artículo 7 de la Directiva 93/37/CEE y la letra f) del apartado 2 del artículo 20 de la Directiva 93/38/CEE. En la nueva Directiva 2004/18/CE se establece una excepción similar para las concesiones de obras; véase el artículo 61.

14. ¿Considera necesario aclarar a escala comunitaria determinados aspectos correspondientes al marco contractual de las operaciones de CPP? En caso afirmativo, ¿a qué aspecto o aspectos debería referirse dicha aclaración?

2.3.2. Subcontratación de determinadas tareas

51. De la experiencia de la Comisión se desprende que la aplicación de las normas relativas a la subcontratación a veces genera incertidumbre o interrogantes en el contexto de las operaciones de CPP. Se ha argumentado, por ejemplo, que las relaciones contractuales entre la empresa del proyecto, que se convierte en titular del contrato o de la concesión, y sus accionistas plantean una serie de cuestiones jurídicas. En este sentido, la Comisión desea recordar que, cuando la empresa del proyecto es también organismo adjudicador, tiene la obligación de adjudicar sus contratos públicos o de concesión en el marco de una convocatoria de concurso, independientemente de si éstos se firman con sus propios accionistas o no. Únicamente podrá ser de otro modo cuando las prestaciones que la empresa del proyecto confíe a sus accionistas ya hayan sido objeto de una convocatoria organizada por el socio público con anterioridad a la constitución de la empresa del proyecto⁴⁶. Por el contrario, cuando la empresa del proyecto no es un organismo adjudicador, en principio es libre para firmar contratos con terceros, independientemente de que sean sus accionistas o no. Con carácter de excepción, cuando la empresa del proyecto es un «concesionario de obras», se aplican algunas normas de publicidad a la adjudicación de contratos de obras que superen el umbral de los 5 millones de euros, excepto cuando se trate de contratos firmados con las empresas que se han agrupado para obtener la concesión o sus empresas vinculadas⁴⁷.
52. Los socios privados son, por principio, libres de subcontratar una parte o la totalidad de un contrato público o una concesión. No obstante, conviene indicar que, en el marco de la adjudicación de los contratos públicos, se puede pedir a los licitadores que comuniquen en sus ofertas la parte del contrato que tienen previsto subcontratar a terceros⁴⁸. En el caso de las concesiones de obras cuyo valor supere los 5 millones de euros, el organismo adjudicador puede, además, obligar al concesionario a confiar a terceros contratos que representen un porcentaje mínimo del 30 % del valor global de las obras objeto de la concesión⁴⁹.

15. En el marco de las operaciones de CPP, ¿sabe de algún problema concreto que se haya planteado en materia de subcontratación? Descríbalo.

⁴⁶ En el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE, se establece una excepción cuando una entidad adjudicadora, operador de redes, adjudica contratos de subcontratación relativos a servicios a una empresa vinculada. En el artículo 23 de la Directiva 2004/17/CE se amplía esta excepción a los contratos de subcontratación relativos a suministros u obras.

⁴⁷ Apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 93/37/CEE y artículos 63 a 65 de la Directiva 2004/18/CE. En estos últimos artículos, el umbral anteriormente citado es de 6 242 000 euros.

⁴⁸ Artículo 17 de la Directiva 93/36/CEE, artículo 20 de la Directiva 93/37/CEE, artículo 25 de la Directiva 92/50/CEE y artículo 27 de la Directiva 93/38/CEE. Véanse también el artículo 25 de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 37 de la Directiva 2004/17/CE.

⁴⁹ Apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 93/37/CEE. Véase también el artículo 60 de la Directiva 2004/18/CE.

16. En su opinión, el fenómeno de las operaciones de CPP de tipo contractual, al implicar el traspaso de un conjunto de tareas a un único socio privado, ¿justifica la introducción de normas más detalladas o la ampliación del ámbito de aplicación en lo que se refiere a la subcontratación?
17. De manera más general, ¿considera que debería adoptarse una iniciativa complementaria a escala comunitaria para aclarar u organizar las normas relativas a la subcontratación?

3. LA CPP INSTITUCIONALIZADA Y EL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CONCESIONES

53. Con arreglo al presente Libro Verde, las operaciones de CPP de tipo institucionalizado implican la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado⁵⁰. Dicha entidad común tiene como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público. En los Estados miembros, las autoridades públicas recurren a veces a estas estructuras, en particular para la gestión de servicios públicos a escala local (por ejemplo, en el caso de los servicios de abastecimiento de agua o de recogida de residuos).
54. La cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común. Asimismo, permite al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado.
55. La puesta en marcha de una CPP institucionalizada puede llevarse a cabo bien a través de la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, los sectores público y privado (3.1) o bien a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado (3.2).
56. A continuación, el debate se centra únicamente en las cuestiones correspondientes al Derecho en materia de contratación pública y concesiones propias de las operaciones de CPP institucionalizadas. En relación con el debate más general sobre los efectos de dicha legislación durante la puesta en marcha y la ejecución de este tipo de operaciones de CPP, consúltense los capítulos anteriores.

⁵⁰ En los Estados miembros, en este contexto, se utilizan terminología y fórmulas diferentes (por ejemplo, el *Kooperationsmodell*, las CPP asociativas o las *joint-ventures*).

3.1. Puesta en marcha de una operación de colaboración que implique la creación de una entidad *ad hoc* en la que participen, de manera conjunta, los sectores público y privado⁵¹

57. El Derecho en materia de contratación pública y concesiones no contempla la operación que consiste en crear una entidad de capital mixto. No obstante, conviene garantizar el respeto de los principios y normas que se derivan de dicho Derecho (los principios generales del Tratado o, en determinados casos, las disposiciones de las Directivas) cuando una operación de este tipo va acompañada de una atribución de misiones a través de un acto que puede calificarse de contrato público o, incluso, de concesión⁵².
58. Así pues, la selección de un socio privado para realizar dichas misiones en el marco del funcionamiento de una entidad mixta no puede basarse exclusivamente en la calidad de su aporte en capital o de su experiencia, sino que hay que tener en cuenta las características de su oferta (la más ventajosa económicamente) relativas a las prestaciones específicas que ha de realizar, puesto que, la operación de capital, si no se dispone de criterios claros y objetivos que permitan al poder adjudicador seleccionar la oferta más ventajosa económicamente, podría constituir una violación del Derecho en materia de contratación pública y concesiones.
59. En este contexto, la operación que consiste en crear una entidad de este tipo generalmente no plantea problemas en cuanto al Derecho comunitario aplicable cuando constituye una modalidad de ejecución de la misión que se ha confiado, en el marco de un contrato, a un socio privado. No obstante, es necesario que las condiciones de creación de la entidad estén claramente establecidas en el momento de sacar a concurso las misiones que se desea confiar al socio privado⁵³.
60. Sin embargo, la Comisión ha tenido ocasión de observar que, en determinados Estados Miembros, la legislación nacional permite que las entidades mixtas, en las que el organismo público participante es el ente adjudicador, concurren a un procedimiento de adjudicación de contrato público o de concesión incluso cuando dichas entidades se encuentran en fase de constitución. En tal caso, la entidad no estará constituida definitivamente hasta que se le haya adjudicado de manera efectiva el contrato. En otros Estados miembros, se ha desarrollado una práctica en la que se tiende a confundir la fase de constitución de la entidad y la fase de adjudicación de las tareas. En tal caso, el procedimiento que pone en marcha el poder adjudicador

⁵¹ En este apartado se abordan los casos en los que se crean entidades *ex novo* en el marco de una organización jurídica específica. Por el contrario, no se tratarán de manera específica los casos de entidades mixtas ya existentes que participan en procedimientos de adjudicación de contratos públicos o concesiones, ya que, en estos casos, no hay mucho que decir en lo que se refiere al Derecho comunitario aplicable. El carácter mixto de una entidad que participa en un procedimiento de licitación no implica ninguna excepción a las normas aplicables en el marco de la adjudicación de un contrato público o una concesión. Únicamente los casos en los que la entidad en cuestión responda a las características de entidad *in house*, en el sentido contemplado en la jurisprudencia *Teckal* del Tribunal de Justicia, permitirán que el poder adjudicador no aplique las normas habituales.

⁵² Se recuerda que los principios del Derecho en materia de contratación pública y concesiones se aplican también cuando la adjudicación de una misión se realiza mediante un acto unilateral (por ejemplo, un acto legislativo o reglamentario).

⁵³ Además, estas condiciones no deben comportar discriminación ni constituir un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento, ni implicar obligaciones desproporcionadas en relación con el objetivo que se pretende alcanzar.

tiene por objeto la creación de una entidad mixta a la que se adjudican determinadas tareas.

61. Aparentemente, estas fórmulas no ofrecen soluciones satisfactorias en cuanto a las disposiciones aplicables en materia de contratación pública y concesiones⁵⁴. En el primer caso, se corre el riesgo de falsear la competencia real por la posición privilegiada que ocupa la sociedad en fase de constitución y, por consiguiente, el socio privado que participa en ella. En el segundo caso, el procedimiento específico de selección del socio privado también plantea numerosos problemas. Algunas dificultades proceden de la obligación que tienen los poderes adjudicadores de definir de manera suficientemente clara y precisa el objeto del contrato o de la concesión en este contexto. La Comisión ha observado con frecuencia que las misiones confiadas a la estructura de colaboración no están claramente definidas y que, en determinados casos, no existe ningún marco contractual, lo que no sólo genera problemas en relación con los principios de transparencia e igualdad de trato sino que, además, puede afectar a los objetivos de interés general que la autoridad pública pretende alcanzar. Se observa, asimismo, que la duración de vida de la entidad creada no suele coincidir con la duración del contrato o de la concesión adjudicados, lo que parece incitar a la reconducción de la misión que se ha confiado a dicha entidad sin que se organice una verdadera convocatoria de concurso con ocasión de la renovación. A veces esto da lugar a que las misiones se adjudiquen *de facto* por un tiempo ilimitado.
62. Por otro lado, conviene recordar que la creación conjunta de este tipo de entidades sólo puede llevarse a cabo respetando el principio de no discriminación por motivos de nacionalidad, en general, y de la libre circulación de capitales, en particular⁵⁵. De este modo, a título de ejemplo, normalmente las autoridades públicas no pueden ocupar la posición de accionistas en una entidad semejante y obtener de dicha posición privilegios exorbitantes que no procedan de la aplicación normal del Derecho de sociedades⁵⁶.
63. La Comisión también desea recordar que la participación del organismo adjudicador en la entidad mixta, que se convierte en cotitular del contrato al término del procedimiento de selección, no justifica que no se aplique el Derecho en materia de contratación pública y concesiones en la selección del socio privado, puesto que la aplicación de dicho Derecho comunitario no depende del carácter público, privado o mixto del contratista del organismo adjudicador. Como confirmó el Tribunal de

⁵⁴ A la hora de proyectar u organizar este tipo de operaciones, la prueba consistente en aplicar los formularios estándar –que incluyen los elementos indispensables de toda convocatoria bien documentada–, permite, además, comprender lo difícil que puede ser encontrar una fórmula de publicidad adecuada para la adjudicación de las misiones que entran en el ámbito de aplicación del Derecho en materia de contratación pública y concesiones.

⁵⁵ La participación en una empresa nueva con vistas a crear vínculos económicos duraderos entra en el ámbito de las disposiciones del artículo 56 relativas a la libre circulación de capitales. Véase el anexo I de la Directiva 88/361/CEE, adoptada en el marco del antiguo artículo 67, en el que se enumeran los tipos de operaciones que han de considerarse movimientos de capitales.

⁵⁶ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2002: asunto C-367/98, *Comisión contra Portugal*, Rec. I-4731, y asunto C-483/99, *Comisión contra Francia*, Rec. I-4781; y las sentencias de 13 de mayo de 2003: asunto C-463/00, *Comisión contra España*, Rec. I-4581, y asunto C-98/01, *Comisión contra Reino Unido*, Rec. I-4641. En cuanto a las posibles justificaciones en este marco, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2002, asunto C-503/99, *Comisión contra Bélgica*, Rec. I-4809.

Justicia en el asunto *Teckal*, el Derecho mencionado se aplica cuando un organismo adjudicador decide confiar una tarea a un tercero, es decir, una persona jurídicamente distinta. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que el organismo adjudicador ejerza sobre la persona de que se trate un *control análogo* al que ejerce sobre sus propios servicios y, a la vez, esta persona realice *la parte esencial de su actividad* con el ente o los entes que la controlan⁵⁷. Únicamente las entidades que responden de manera acumulativa a ambas condiciones podrán considerarse entidades *in house* con respecto al organismo adjudicador y sólo a ellas se les podrán confiar tareas sin pasar por un procedimiento de adjudicación en competencia⁵⁸.

64. Por último, conviene recordar que, si la entidad mixta tiene calidad de organismo adjudicador, dicha calidad le obliga también a respetar el Derecho aplicable en materia de contratación pública y concesiones a la hora de asignar al socio privado tareas que no hayan sido sacadas a concurso por parte del poder adjudicador con anterioridad a la constitución de la entidad mixta. El socio privado no puede aprovechar su posición privilegiada en la entidad mixta para reservarse determinadas tareas sin convocatoria de concurso previa.

3.2. Toma del control de una entidad pública por parte de un operador privado

65. La puesta en marcha de una CPP de tipo institucionalizado también puede llevarse a cabo mediante la modificación del accionariado de una entidad pública. En este sentido es importante subrayar, ante todo, que la privatización de una empresa pública es una decisión de política económica que, como tal, compete exclusivamente a los Estados miembros⁵⁹.
66. Asimismo, es oportuno recordar que el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones no está destinado a ser aplicado a las operaciones que representen meros aportes de fondos de un proveedor de fondos a una empresa, independientemente de que ésta tenga carácter público o privado. Dichas operaciones entran en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales⁶⁰, lo que implica, entre otras cosas, que las medidas nacionales que las regulan no deben constituir obstáculos a las inversiones procedentes de otros Estados miembros⁶¹.
67. Por el contrario, las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, en el sentido contemplado en el artículo 43 del Tratado, deberán aplicarse cuando una autoridad pública decida, mediante una operación de capital, ceder a un tercero una participación que le permita ejercer una determinada influencia sobre una entidad

⁵⁷ Asunto C-107/98, *Teckal*, sentencia de 18 de noviembre de 1999, apartado 50.

⁵⁸ Se han presentado tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia (asuntos C-26/03, C-231/03 y C-458/03) al objeto de obtener una aclaración complementaria sobre el alcance de los criterios que permiten establecer la existencia de una relación de tipo *in house*.

⁵⁹ Esto se deriva del principio de neutralidad de cara al régimen de la propiedad, consagrado en el artículo 295 del Tratado CE.

⁶⁰ Artículo 56 y siguientes del Tratado CE.

⁶¹ Véase la Comunicación de la Comisión relativa a determinados aspectos jurídicos que afectan a las inversiones intracomunitarias, DO C 220 de 19 de julio de 1997, p. 15.

pública a través de prestaciones económicas que, normalmente, son responsabilidad del Estado⁶².

68. En particular, cuando los poderes públicos permiten que un operador económico ejerza una determinada influencia sobre una empresa, en el marco de una operación de cesión de capital cuyo objetivo es confiar a dicho operador misiones que entran en el ámbito material del Derecho de la contratación pública –que previamente ejercían directa o indirectamente los poderes públicos–, se exige, en virtud de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, el respeto de los principios de transparencia e igualdad de trato, a fin de garantizar que todo operador potencial pueda acceder en igualdad de condiciones a la prestación de dichas actividades hasta entonces reservadas.
69. Además, la experiencia recomienda asegurarse de que dicha operación de capital no oculta, en realidad, la adjudicación a un socio privado de contratos que pueden ser calificados de contratos públicos o, incluso, de concesiones. Esto ocurre, sobre todo, cuando, con anterioridad a la operación de capital, se adjudican a la entidad en cuestión misiones particulares directamente y sin convocatoria de concurso previa, al objeto de hacer más atractiva la operación de capital.

18. ¿Cuál es su experiencia en materia de puesta en marcha de operaciones de CPP de tipo institucionalizado? En concreto, ¿su experiencia le lleva a pensar que el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones se respeta en el caso de operaciones de CPP institucionalizada? Si su respuesta es negativa, ¿por qué?

19. ¿Considera que debe tomarse una iniciativa a escala comunitaria para aclarar o precisar las obligaciones de los organismos adjudicadores en cuanto a las condiciones en las que deben ser convocados los operadores potencialmente interesados por un proyecto de tipo institucionalizado? En caso afirmativo, ¿en qué puntos particulares y en qué forma? Si su respuesta es negativa, ¿por qué?

De manera general e independientemente de las cuestiones planteadas en el presente documento:

20. ¿Qué medidas o prácticas cree que constituyen obstáculos a la puesta en marcha de operaciones de CPP en el seno de la Unión Europea?

21. ¿Conoce otras formas de CPP desarrolladas en terceros países? ¿Conoce ejemplos de «mejores prácticas» desarrolladas en este marco, que puedan servir de inspiración a la Unión? En caso afirmativo, ¿cuáles?

22. De forma más general, y teniendo en cuenta la necesidad de importantes inversiones en ciertos Estados miembros a fin de lograr un crecimiento económico social y sostenible, ¿estima que sería útil una reflexión colectiva sobre estas cuestiones, que se llevaría a cabo a intervalos regulares entre los sectores concernidos, y que permitiría un intercambio de mejores prácticas?, ¿considera que la Comisión debería propiciar una red de este tipo?

⁶² En este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98, *Baars*, Rec. I-2787.

4. OBSERVACIONES FINALES

70. La Comisión invita a todas las partes interesadas a enviarle sus comentarios acerca de las cuestiones planteadas en el presente Libro Verde. Las respuestas, observaciones y sugerencias se pueden enviar por correo postal a la dirección siguiente:

Comisión Europea

Consulta acerca del «Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones»

C 100 2/005

B-1049 Bruxelles

o por correo electrónico a la dirección siguiente:

MARKT-D1-PPP@cec.eu.int

Los comentarios deberán enviarse a la Comisión el **30 de julio de 2004** a más tardar. Al objeto de informar a las partes interesadas, las contribuciones recibidas por vía electrónica, así como los datos de los remitentes, se incluirán en la página web *http://europa.eu.int/comm/internal_market*, salvo cuando los remitentes en cuestión se opongan expresamente a dicha publicación.

71. Basándose, entre otras cosas, en las contribuciones recibidas, la Comisión sacará conclusiones y, llegado el caso, presentará iniciativas concretas a modo de seguimiento.