

INICIATIVA DE LA UE SOBRE LAS CONCESIONES

CUESTIONARIO PARA LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN¹

(Este cuestionario se encuentra accesible en la página web de la Secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el apartado de nomenclaturas, clasificaciones y formularios, para facilitar su contestación)

La Comisión evalúa actualmente la necesidad y la incidencia de una iniciativa sobre las concesiones² con vistas a una mejora del marco legal existente. En este contexto elaboró el presente cuestionario, cuyo objetivo es sacar conclusiones de la experiencia de las autoridades públicas, así como de sus organismos, en cuanto a adjudicación de concesiones, para conocer su opinión sobre el funcionamiento de las normas actuales y reunir propuestas de mejoras. Este cuestionario se inscribe en el marco de una consulta más amplia de las partes interesadas, incluyendo una consulta abierta y de otros cuestionarios específicos dirigidos a los interlocutores sociales y a las empresas públicas y privadas.

El objetivo de una iniciativa sobre las concesiones consiste en facilitar la utilización de las concesiones y permitir un uso eficiente de los caudales públicos, dando al mismo tiempo a todas las partes interesadas el beneficio de la seguridad jurídica y garantizando a los agentes económicos la transparencia y la igualdad de trato. Esta iniciativa permitiría establecer un mercado interior de los contratos de concesiones, mejorar el estado de la competencia para la obtención de este tipo de contrato y contribuir a los objetivos estratégicos de la Unión en el ámbito de las colaboraciones

¹ Al cumplimentar este cuestionario, elaborado por los servicios de la Comisión Europea, ha de tenerse en cuenta que en España la figura de las concesiones y de su procedimiento de adjudicación en las que las normas que las regulan son las establecidas con carácter general para los contratos públicos, con especial referencia concreta en las Corporaciones locales a su Reglamento de Servicios, normas que coinciden en lo fundamental con el procedimiento de adjudicación establecido en la Directiva 2004/18/CE (procedimientos abierto, restringido y negociado) destacando como diferencia que si bien la licitación se publica en los boletines o diarios oficiales, no se efectúa en el DOUE.

² Según la definición en vigor de concesiones que figura en el artículo 1.3 y 4 de la Directiva 2004/18/CE, las concesiones son contratos similares a los contratos públicos en los que la diferencia entre ambos es que el contratista soporta el riesgo económico ligado a la explotación o al propio servicio. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, "lo esencial de la concesión reside en el hecho de que el concesionario soporta el riesgo económico principal o, en todo caso, sustancial, ligado a la explotación".

público-privada, tal como se expusieron en la comunicación de la Comisión titulada “Movilización de las inversiones privadas y públicas para una reactivación de la economía y de una transformación estructural a largo plazo: desarrollo de las colaboraciones público-privado”.

De acuerdo con las disposiciones del Tratado de Lisboa, y, en particular, al principio de proporcionalidad, y teniendo en cuenta debidamente sus directrices sobre la mejora de la reglamentación así como del informe del Parlamento Europeo sobre la evolución de la entrega de contratos públicos [2009/2175 (INI)], la Comisión se esforzará en encontrar la manera más conveniente de realizar los objetivos antes citados, sin volver el marco legal demasiado complejo ni imponer cargas demasiado pesadas, garantizando al mismo tiempo la seguridad jurídica necesaria.

Perfil:

o.a Tipo de organización

- Autoridad nacional (Francia, Luxemburgo)/federal (Bélgica)
- Autoridad regional
- Autoridad local/comunal
- Asociación de autoridades regionales o locales/comunales
- Organismos de derecho público (instituciones públicas o fundaciones)
- Asociación de organismos de derecho público
- Otro - entidad adjudicadora de conformidad con la Directiva 2004/17/CE
- Otro (precisar)

o.b Campo geográfico de la actividad

- Nacional/federal
- Regional/local
- Sectorial (precisar)

o.c Tamaño del garante

Precisar (i) el número aproximado de beneficiarios de su actividad y (ii) el presupuesto de su organización³

Si usted responde como una asociación precise: a) el número incorporado aproximado de beneficiarios de la actividad de miembros de la asociación; b) el presupuesto total incorporado aproximado de los miembros de la asociación

o.d ¿Sector (s) en el cual se adjudican concesiones?

- Distribución de agua
- Tratamiento de aguas residuales
- Tratamiento de residuos
- Servicios de suministro de energía o de calefacción
- Transportes (ferrocarril, tranvía, autobús, sistemas automatizados, cable)
- Servicios portuarios
- Servicios aeroportuarios
- Servicios postales
- Enseñanza (administración de centros escolares, enseñanza especializada, formación o servicios de comida y hospedaje)
- Servicios de salud
- Servicios sociales (guarderías, acompañamiento profesional, cuidados a los ancianos)
- Explotación de carreteras y autopistas

³ Por ejemplo, el número total de habitantes en caso de un municipio, el número total de usuarios en caso de un operador de red etc

- Equipamientos deportivos y de ocio (administración de instalaciones deportivas, de bibliotecas)
- Servicios de restauración
- Servicios de estacionamiento de vehículos
- Sistemas judiciales (administración de tribunales o de prisiones)
- Servicios de investigación y laboratorio
- Otro (precisar)

o.e país

España

o.f Experiencia con las concesiones

-¿Han adjudicado un contrato de concesiones en los 10 últimos años?

-¿Tienen la intención de adjudicar una concesión en el futuro?

o.f 1 En caso de respuesta negativa: ¿cuáles son las razones?

- Los propios órganos de contratación prestan estos servicios
- Se utilizan otros contratos públicos, los cuales no pueden definirse como concesiones.
- Otros (a especificar)

o.f.2 En caso de respuesta afirmativa: ¿en qué sector?

- Distribución de agua
- Tratamiento de aguas residuales
- Tratamiento de residuos
- Servicios de suministro de energía o de calefacción

- Transportes (ferrocarril, tranvía, autobús, sistemas automatizados, cable)
- Servicios portuarios
- Servicios aeroportuarios
- Servicios postales
- Enseñanza (administración de centros escolares, enseñanza especializada, formación o servicios de comida y hospedaje)
- Servicios de salud
- Servicios sociales (guarderías, acompañamiento profesional, cuidados a los ancianos)
- Explotación de carreteras y autopistas
- Equipamientos deportivos y de ocio (administración de instalaciones deportivas, de bibliotecas)
- Servicios de restauración
- Servicios de estacionamiento de vehículos
- Sistemas judiciales (administración de tribunales o de prisiones)
- Servicios de investigación y laboratorio
- Otro (precisar)

Análisis de la situación actual

1. ¿Las concesiones son un tipo de contrato frecuentemente utilizado en su Estado miembro? Si es posible, quiere desarrollar su respuesta - eventualmente citando estadísticas y explicar las razones.
2. ¿Cuál es, según sus estimaciones, el peso económico de las concesiones (numero de contratos y su valor) en relación con los contratos de obras y/o servicios? ¿Cuál es en su opinión su potencial de crecimiento? Quiere responder separadamente a estas cuestiones para cada contrato.

3. ¿Conocen la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a las concesiones? ¿Consideran que proporciona suficientemente indicaciones sobre la adjudicación de concesiones? Quiere precisar su respuesta.

4. La Comisión explicó la definición de las concesiones y la aplicación de los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones en su comunicación sobre las concesiones⁴ y en el libro verde sobre la CPP⁵. Las indicaciones que contiene ¿le parecen suficientes para permitirle tramitar un procedimiento de adjudicación de concesiones? Quiere desarrollar su respuesta.

5. ¿Cuáles son, en su criterio, las debilidades y los inconvenientes prácticos eventualmente vinculados a la definición actual de la concesión en el derecho de la UE?⁶

6. ¿Le parece difícil hacer la distinción entre contratos públicos y concesiones?⁷

En caso afirmativo, quiere explicar porqué, basándole en unas o más de las siguientes respuestas:

a) es difícil definir lo que constituye una parte “sustancial” o “significativa” del riesgo de explotación;

b) no se sabe exactamente qué categorías de riesgos deben tenerse en cuenta a tal efecto;

c) no se conoce precisamente el porcentaje de la contrapartida que el órgano de contratación puede financiar;

d) otras razones (quiere precisar).

⁴ “Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario”, DO C 121 de 29.4.2000, p. 2.

⁵ “Libro verde sobre la colaboración público privado y el Derecho comunitario de los contratos públicos y las concesiones”,

⁶ Ver art. 1.3 y 4 de la Directiva 2004/18/CE.

⁷ Según la sentencia del Tribunal en el asunto Helmut Müller (C 451/08), “lo esencial de la concesión reside en el hecho de que el propio concesionario asume el riesgo económico principal o, en cualquier caso, sustancial, vinculado a la explotación”.

7. Sobre la base de su legislación o práctica nacional, ¿cómo diferencia entre un contrato público y una concesión? ¿Y entre una concesión de obras y una concesión de servicios? Quiere mencionar las referencias pertinentes.

8. ¿Cómo explican la diferencia entre los conceptos de derecho exclusivo y concesión respecto al derecho de la UE? ¿Qué diferencia existe entre una concesión y una licencia? Explíquela.

9. ¿A qué procedimiento recurren para la adjudicación de una concesión de servicios? Quiere describir este procedimiento refiriéndole, en particular, a los servicios contemplados, en relación con la publicidad, el método de cálculo del valor del mercado, los límites máximos aplicables, a las prescripciones técnicas, así como a los criterios de selección y adjudicación.

10. Cuando recurren a un procedimiento negociado para celebrar un contrato de concesión, ¿qué garantías y disposiciones aplican para preservar la transparencia y la equidad del procedimiento?

11. Si existe una legislación nacional sobre la adjudicación de concesiones de servicios, quiere precisar las referencias pertinentes y su ámbito de aplicación:

a. Nacional

b. Régional

c. Local

¿Existen algunas especificidades sectoriales? Quiere describirlos.

12. ¿Recurren a los mismos procedimientos para la adjudicación de concesiones a una entidad mixta (empresa pública-privada) y a los otros terceros? Si tal no es el caso, quiere explicar y precisar su respuesta.

13. ¿Cuáles son, según su opinión, los costes y las ventajas del procedimiento al cual recurren actualmente para la adjudicación de concesiones? Quiere justificar su respuesta basándole en los costes vinculados a la aplicación de la reglamentación, así como en los precios y la calidad de los servicios concedidos.

14. ¿Cuál es la duración media de las concesiones de servicios que adjudicaron y de qué servicios se trataba? ¿Esta duración es limitada por consideraciones relativas a la apertura a la competencia para la adjudicación de las concesiones o a la eficacia de los servicios que deben prestarse?

15. ¿Por término medio, cuánto licitadores participaron en los procedimientos de adjudicación de concesiones que convocaron? ¿Se recibieron ofertas de licitadores de otros Estados miembros (quiere hacer la distinción entre los licitadores establecidos en su ESTADO MIEMBRO y los que ofrecen directamente desde otro ESTADO MIEMBRO)? ¿Se recibieron de las ofertas de agrupaciones de PYME?
16. ¿Le concedieron una concesión a un licitador de otro ESTADO MIEMBRO (quiere precisar su respuesta como se indica arriba)? ¿A una agrupación de PYME?
17. ¿Tuvieron conocimiento, en el marco de los procedimientos de apertura a la competencia que lanzaron, de comportamientos de licitadores o estructuras de mercado (en particular, colusión u otras prácticas de competencia desleal, oligopolios etc) que limitaban la competencia entre los licitadores? Quiere precisar su respuesta.
18. ¿En su opinión, cuáles son las principales razones en favor de la prestación directa de un servicio?
19. ¿En su opinión, cuáles son las principales razones en favor del recurso a concesiones?
20. ¿En su opinión, y habida cuenta de las circunstancias actuales, en cuál de las razones expresadas le harán optar, en el futuro, por la prestación directa de un servicio o por la conclusión de un contrato de concesión de servicios?
21. ¿Cómo evalúan las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE sobre las concesiones de obras (en particular por lo que se refiere a la publicidad, los plazos, la adjudicación de las obras complementarias y de la subcontratación)? Más concretamente:
- a) ¿Garantizan un grado suficiente de transparencia e igualdad de trato en la adjudicación?
 - b) ¿Garantizan un grado suficiente de claridad jurídica?
 - c) ¿Estas disposiciones generan costes importantes? ¿En caso afirmativo, qué tipos de costes (costes vinculados a la aplicación de la reglamentación) y cuál es su importancia con relación al valor del contrato?
 - d) ¿Cuáles son las ventajas de estas disposiciones?
 - e) ¿Cuál es el impacto de estas disposiciones en los precios y en la calidad?

Efectos esperados de una nueva legislación sobre las concesiones

Generalidades

22. Cuáles serían, a su modo de ver, los efectos de una nueva legislación que preve la publicidad obligatoria de las concesiones de servicios, a nivel europeo, en su Estado miembro, en la opinión de:

- a) consumidores
- b) empresas
- c) operadores históricos
- d) empleos y salarios
- e) inversiones y de la innovación
- f) de la estructura del mercado
- g) subvenciones públicas (vinculadas a la prestación del servicio)

23. En virtud de la legislación de la UE, las poderes públicos pueden prestar directamente servicios (entre los cuales los servicios de interés económico general) o encomendarlo a terceros (en particular, por medio de concesiones). Sin perjuicio de esta libertad, cuál podría ser el posible impacto de una nueva legislación que preve la publicidad obligatoria de las concesiones, a nivel europeo, sobre los servicios que son actualmente:

- a) ¿directamente proporcionados por las autoridades públicas o por entidades públicas que actúan en quasicontrol - prestadores de servicios propios (medios propios, “in-house”), en particular, en términos de incentivo a recurrir a las concesiones?
- b) ¿proporcionados en el marco de concesiones, en particular, en términos de incentivo a recurrir a la prestación directa de servicios por la administración o por entidades públicas que actúan en quasicontrol - prestadores de servicios propios (medios propios, “in-house”)?

Por favor distinga entre el impacto potencial a corto, medio y largo plazo.

24. ¿En caso de una nueva legislación que preve la publicidad obligatoria, a nivel europeo, de las concesiones de servicios, se esperan que vean llegar nuevos licitadores en el mercado?

En caso afirmativo, quiere indicar, entre las categorías de empresas siguientes, las que le parecen el más susceptibles de penetrar el mercado:

- a) Empresas extranjeras (no nacionales)
- b) Empresas nacionales que desean extender sus actividades a nuevos sectores comerciales (por ejemplo: empresas polivalentes)
- c) Empresas mixtas entre empresas nacionales y extranjeras
- d) Pequeñas y medianas empresas

Cuestiones específicas

25. Por lo que se refiere a las concesiones de servicio, serían favorables a normas de la UE que preven:

- a) ¿la obligación para el poder adjudicador de publicar un anuncio de adjudicación en el Diario Oficial de la Unión Europea? ¿Cuáles deberían ser los límites máximos de publicación y según qué método deberían calcularse?
- b) ¿la obligación de respetar plazos mínimos para la presentación de las solicitudes de adjudicación (no menos de 52 días, por ejemplo)?
- c) ¿la obligación para un concesionario de respetar el principio de la no discriminación en la selección de subcontratistas (si es posible, quiere también emitir su opinión sobre las disposiciones pertinentes actualmente aplicables a los concesionarios de obras)?
- d) ¿la posibilidad de confiar directamente servicios complementarios al concesionario inicial, en el caso de que solamente cuando estos servicios, tras una circunstancia imprevista, se convirtieron en necesarios para la prestación de los servicios contemplados por la adjudicación inicial y no pueden ser técnica o económicamente separada de los servicios iniciales, o son estrictamente necesaria para su prestación?

e) ¿la posibilidad para un órgano de contratación de exigir del concesionario que subcontrate al menos un 30% de los servicios a terceros, o que precise el porcentaje de servicios que se propone subcontratar a terceros?

f) ¿la instauración, para los licitadores perjudicados, de vías de recurso eficaces presentando las mismas garantías que aquéllas previstas por las directivas sobre recursos?

Para cada una de las opciones citadas, quiere explicar su posición e indicar cuáles serían a su modo de ver las consecuencias sobre el acceso al mercado y la competencia en el sector, así como sus consecuencias positivas/negativas en otros ámbitos (innovación, satisfacción de los consumidores, viabilidad de los servicios, subvenciones públicas, empleo, etc).

26. Por lo que se refiere a las concesiones de servicios y las concesiones de obras públicas, serían favorables a normas de la UE que preven:

i. la obligación de anunciar claramente criterios de selección que se limitan a la capacidad financiera, económica y técnica de los licitadores Justifique su respuesta indicando los posibles efectos de tal medida sobre el acceso al mercado y la competencia en el sector, así como sus consecuencias positivas/negativas en otros ámbitos (innovación, satisfacción de los consumidores, viabilidad de los servicios, subvenciones públicas, empleo, etc);

ii. la posibilidad para un operador de la UE (por ejemplo una PYME) de prevalerse, en particular, de la situación de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con las (otros miembros de un consorcio, subcontratistas), con el fin de probar que cumple los criterios de selección para participar en un procedimiento de adjudicación, en cuanto puede demostrar que los vuelvas a las raíces de estas entidades están efectivamente a su disposición;

iii. la obligación de limitar los criterios de adjudicación admisibles al precio el más bajo y a la oferta económicamente más ventajosa. En su ausencia ¿sería favorable a la instauración de garantías mínimas de objetividad y la no discriminación para la definición de los criterios de adjudicación?

iv. ¿disposiciones sobre la utilización no discriminatoria de prescripciones técnicas, como en el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE, por ejemplo?

v. la limitación (a excepción del sector de los servicios de utilidad pública) de la elección de los procedimientos al procedimiento abierto, al procedimiento restringido

o al procedimiento de diálogo competitivo, como las descritas en la Directiva 2004/18/CE, y el recurso al procedimiento negociado solamente en casos excepcionales, como los actualmente previstos por el artículo 30 de la Directiva 2004/18/CE?

En su ausencia ¿serían favorables a la instauración de exigencias mínimas referentes a normas y modalidades que garantizan la igualdad de trato y la transparencia en la conducta de los procedimientos de adjudicación (en particular, de los procedimientos negociados)? ¿Qué exigencias le parecerían las más convenientes?

Para cada una de las opciones expuestas, quiere explicar su posición e indicar cuáles serían en su opinión modo de ver las consecuencias sobre el acceso al mercado y la competencia en el sector, así como sus consecuencias positivas/negativas en otros ámbitos (innovación, satisfacción de los consumidores, viabilidad de los servicios, subvenciones públicas, empleo, etc).

27. ¿Consideran que el marco legal actual relativo a las modificaciones de concesiones, como opina el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias *Succhi di Frutta*, *Pressetext*, *Acoset* y *Wall AG*⁸, queda suficientemente claro y permite tener en cuenta la naturaleza evolutiva de las concesiones? Quiere precisar su respuesta.

28. Si tuvieron otras experiencias vinculadas a la adjudicación de concesiones distintas de los observados en las cuestiones anteriores, o si desearían hacer cualquier otra observación referente a una iniciativa europea/comunitaria en cuanto a concesiones, le agradecería que los describiéramos a continuación (quiere precisar si sus comentarios se refieren a las concesiones de obras o servicios).

⁸ Se corresponden con los asuntos C-496/99, C-454/06, C-196/08 y C-91/08