



José María Núñez
Socio Director

Régimen jurídico de los Contratos de Colaboración entre el Sector
Público y el Sector Privado

Al igual que la Ley de Contratos del Sector Público, el Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el sector Privado (CPP) presenta una configuración muy diferente de la que ha caracterizado tradicionalmente a los contratos típicos administrativos. Las particularidades fundamentales de este contrato son:

Las características de su régimen jurídico: Principio de Absorción.

Las exigencias previstas para su aplicación: Actuaciones Preparatorias.

Un novedoso procedimiento de adjudicación: El Diálogo Competitivo.

Régimen Jurídico CPP: Aspectos Esenciales (I)



Artículo 289 de la Ley, establece el régimen jurídico de los CPP.

Los contratos de CPP se registrarán por:

Normas generales recogidas en el Título I (Normas Generales) del Libro IV (Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Arts. 192 – 211 de la Ley). Los aspectos esenciales recogidos en dicho Título I son los siguientes:

Vinculación al contenido contractual.

Prerrogativas del órgano de contratación.

Ejecución defectuosa y demora.

Indemnización de daños y perjuicios a terceros.

Principio de riesgo y ventura, que establece una singularidad para el CPP al señalar que en dicho contrato el riesgo se podrá pactar.

Pago del precio.

Transmisión del derecho de cobro.

Modificación de los contratos.

Operaciones de fusión, escisión, aportación o transmisión de empresa.

Extinción.

Causas de resolución y su aplicación.

Cesión de los contratos

Subcontratación y pagos a contratistas y suministradores.

Por las especialidades correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal (Principio de Absorción):

Según lo previsto en el artículo 120 a) de la Ley, en el clausulado de los CPP se deberá incluir necesariamente la identificación de la prestación principal que constituyen su objeto y que condicionará el régimen sustantivo aplicable al contrato. (ie: obra, concesión de obra pública, suministro, servicio, etc.)

Las mencionadas normas se aplicarán en lo que no se oponga a la naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar de los CPP, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley.

Las mencionadas normas delimitarán los derechos y deberes de las partes, así como las prerrogativas de la Administración.

Artículo 290 de la Ley.

La duración de los CPP no podrá exceder de 20 años con carácter general.

No obstante, cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el artículo 244. Este artículo prevé un plazo máximo de 40 años, con la excepción de las obras hidráulicas que se regirán por su normativa específica en cuanto a su duración (artículo 134.1 a) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, que establece un plazo máximo de 75 años).

Se ha establecido un novedoso y complejo régimen jurídico mediante un juego de remisiones que, seguramente, ocasionará problemas interpretativos.

La identificación de la prestación principal (que condiciona el régimen jurídico del contrato) se deberá realizar por el propio contrato, si bien no se establecen límites ni pautas para dicha determinación (i.e: mayor importancia económica).

No queda claro cuál es el alcance que pueden presentar las cláusulas del CPP que sean necesarias por la naturaleza, funcionalidad y peculiaridad de estos contratos (art. 11 de la Ley) y que pudieran contradecir las disposiciones del contrato típico que constituya la prestación principal del CPP.

El régimen de prórrogas no queda reflejado con nitidez, ya que no se especifica que en el plazo máximo estén incluidas las posibles prórrogas.

Exigencias Aplicación CPP: Actuaciones Preparatorias



Finalidad de las actuaciones preparatorias.

Evaluación Previa (art. 118 de la Ley).

Programa Funcional (art. 119 de la Ley).

Clausulado del Contrato (art. 120 de la Ley).

Exigencias Aplicación CPP – Actuaciones Preparatorias

Finalidad de las Actuaciones Preparatorias



Finalidades:

Entre las funciones de los CPP se encuentra la de proporcionar un valor añadido que la Administración por sí misma no puede obtener.

Deben buscarse elementos que permitan comprobar que el contrato de colaboración va a aportar realmente ese valor añadido.

Exigencias Aplicación CPP – Actuaciones Preparatorias

Evaluación Previa



Necesidad de elaborar previamente un documento de evaluación (art. 118 de la Ley) en el que se ponga de manifiesto que:

Considerando la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato. Conllevará afirmar, en definitiva, que resulta necesaria la experiencia de las empresas del sector.

Tras realizar un análisis comparativo con otras formas alternativas de contratación, se justifica la adopción de este tipo de contrato por motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomiendan la adopción de esta fórmula de contratación.

La evaluación podrá justificar la elección de esta fórmula de contratación en la concurrencia de razones de urgencia no imputables a la Administración contratante. En este supuesto la evaluación se realizará de forma sucinta.

La evaluación se realizará por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato. De conformidad con el artículo 296 de la Ley, dicho órgano será, para las Administraciones Públicas estatales, la denominada “*Mesa especial de diálogo competitivo*”.

Exigencias Aplicación CPP – Actuaciones Preparatorias

Elaboración de un Programa Funcional



Artículo 119 de la Ley.

El Programa Funcional se elabora por el órgano de contratación.

Se realiza a la vista de los resultados de la evaluación previa (art. 118 de la Ley).

El programa funcional contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas.

Particularmente contendrá:

Naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer.

Elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo.

Los criterios de adjudicación del contrato.

Exigencias Aplicación CPP – Actuaciones Preparatorias

Clausulado del Contrato (I)



Artículo 120 de la Ley.

Además de los extremos previstos en el artículo 26 de la Ley (que regula el contenido mínimo de los contratos con carácter general) en los CPP se deberá incluir:

Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto.

Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista.

Objetivos de rendimiento asignados al contratista.

Remuneración del contratista.

Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato.

Fórmulas de pago.

Fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato.

Sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento.

Condiciones en que puede procederse a la modificación de determinados aspectos del contrato.

Exigencias Aplicación CPP – Actuaciones Preparatorias

Clausulado del Contrato (II)



Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.

Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo.

Garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.

Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la ley establece respecto a las prerrogativas de la Administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

Exigencias Aplicación CPP – Actuaciones Preparatorias

Conclusiones



Evaluación Previa:

Para la aplicación del CPP la Ley impone limitaciones que sólo pueden superarse en la práctica mediante una profunda y compleja justificación.

El rigor exigido en la aplicación del CPP no concuerda con la posibilidad de aplicación de esta fórmula por motivos de urgencia, donde se prescinde de toda justificación de carácter técnico. Colisión entre la urgencia y la complejidad del contrato.

Programa Funcional:

El Documento Descriptivo en el que se incluye sustituye, en realidad, a los Pliegos de Condiciones. Es uno de los aspectos que ha motivado las críticas del Consejo de Estado por su sistemática.

Procedimiento de Adjudicación de los CPP – Diálogo Competitivo



Procedimientos de Adjudicación de los CPP:

Diálogo Competitivo.

Negociado con Publicidad.

Diálogo Competitivo:

Concepto.

Referencia a la Directiva 2004/18 CE.

Características.

Fases de adjudicación del CPP por el procedimiento de Diálogo Competitivo:

Apertura del procedimiento – Anuncio de licitación.

Solicitudes de Participación y Selección de Solicitantes.

Diálogo con los candidatos.

Presentación, examen de ofertas y adjudicación.

Los CPP se adjudicarán: (art. 164.3)

Por el procedimiento de Diálogo Competitivo.

Por el procedimiento Negociado con Publicidad en el caso previsto en el artículo 154, a) de la Ley, es decir, cuando las proposiciones u ofertas económicas en el procedimiento de diálogo competitivo seguido previamente sean irregulares o inaceptables, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

Procedimiento de Diálogo Competitivo: (arts. 163-167)

Concepto: El órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta (art. 163.1).

Referencia a la Directiva 2004/18 CE: regula el Diálogo Competitivo.

Características:

La búsqueda de soluciones satisfactorias para la Administración servirá de base para la presentación de ofertas.

Límite de estos contratos: que no obstaculicen la competencia, a pesar de la proximidad que se producirá entre el órgano de contratación y los licitadores.

Al poder resultar costoso para quienes participen, en la Ley se prevé la posibilidad de establecer primas o compensaciones a los participantes en el procedimiento (art. 163.2).

Se establecen remisiones a diversos artículos previstos para el procedimiento Restringido (arts. 147 a 150) sobre los cuales establece una serie de particularidades.

Procedimiento de Adjudicación de los CPP – Diálogo Competitivo

1ª Fase: Apertura del Procedimiento – Anuncio de Licitación



Apertura del Procedimiento de Diálogo Competitivo: (artículo 165 y artículos 147 a 149 de la Ley)

El procedimiento se inicia con el anuncio de licitación, que publica el órgano de contratación.

El anuncio de licitación dará a conocer las necesidades y requisitos del órgano de contratación, definidas en el propio anuncio o en un documento descriptivo.

Igualmente, el anuncio contendrá los criterios o normas objetivos y no discriminatorios con arreglo a los cuales se seleccionará a los candidatos, así como el número mínimo, y máximo en su caso, de candidatos a los que invitará a tomar parte:

El órgano de contratación debe establecer los criterios objetivos de solvencia, de entre los previstos en los artículos 64 a 68 de la Ley (solvencia económica y financiera, solvencia técnica en los contratos de obras, solvencia técnica en los contratos de suministro y solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios) antes del anuncio de licitación y con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos a los que se invita al Diálogo Competitivo.

El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a tomar parte en el procedimiento (para el diálogo competitivo se establece un mínimo de 3 en el artículo 165), pudiendo también establecerse un número máximo. En todo caso, deberá garantizarse que la competencia sea efectiva.

Asimismo, contendrá aquellos documentos que fuese necesario presentar conforme a la Ley (art. 130.2).

Procedimiento de Adjudicación de los CPP – Diálogo Competitivo

2ª Fase: Solicitudes de Participación y Selección de Solicitantes (I)



Solicitudes de Participación: (art.148)

Son los empresarios los que, tras el anuncio convocado, solicitan al órgano de contratación participar en el procedimiento de Diálogo Competitivo. El plazo de recepción de las solicitudes no podrá ser inferior a 37 días, a partir de la fecha del envío del anuncio al *“Diario Oficial de la Unión Europea”*.

Las solicitudes de participación deberán ir acompañadas de la documentación a que se refiere el artículo 130 de la Ley, es decir:

Documentación que acredite la personalidad jurídica del empresario, y, en su caso, su representación.

Documentación que acredite la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera, técnica o profesional.

Declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar.

Para las empresas extranjeras, cuando el contrato vaya a ejecutarse en España, la declaración de someterse a los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, con renuncia, en su caso, al fuero de jurisdicción extranjero que pudiera corresponder al licitante.

Aquellos documentos exigidos en el anuncio de licitación por ser necesarios conforme a la Ley.

Procedimiento de Adjudicación de los CPP – Diálogo Competitivo

2ª Fase: Solicitudes de Participación y Selección de Solicitantes (II)



Selección de Solicitantes: (artículo 165 y artículos 149 a 150)

El órgano de contratación, previa comprobación de la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará, en base a los criterios fijados, a los solicitantes que deban pasar a la siguiente fase, y que serán invitados a tomar parte en el Diálogo Competitivo.

Las invitaciones, que remite la Administración a los solicitantes seleccionados, para tomar parte en el Diálogo contendrán: (arts. 165 y 150)

Referencia al anuncio de licitación publicado.

Indicarán la fecha y el lugar de inicio de la fase de consultas.

La lengua o lenguas utilizables, si se admite alguna otra además del castellano.

Documentos relativos a las condiciones de aptitud que, en su caso, se deban adjuntar.

Ponderación relativa a los criterios de adjudicación del contrato o, en su caso, el orden decreciente de importancia de dichos criterios, si no figurasen en el anuncio de licitación.

En cuanto a la documentación que debe acompañar a la invitación:

Un ejemplar del documento descriptivo y copia de la documentación complementaria o indicaciones para acceder a estos documentos.

Si el ejemplar del documento descriptivo o la documentación complementaria obra en poder de entidad u órgano distinto al que tramita el procedimiento, se precisará la forma en que puede solicitarse y, en su caso, fecha límite para ello, así como importe y modalidades de pago de las cantidades que, en su caso, hayan de abonarse.

Procedimiento de Adjudicación de los CPP – Diálogo Competitivo

3ª Fase: Diálogo con los candidatos



Diálogo con los candidatos:

Tiene por objeto determinar y definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades del órgano de contratación. Podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados.

Debe garantizarse:

Igualdad.

Competencia.

Protección de la información suministrada.

En este sentido, el art. 166.2 de la Ley dispone que el órgano de contratación no podrá:

Facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventaja a determinados licitadores con respecto al resto.

Revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales sin previo acuerdo de éste.

El diálogo podrá articularse en fases sucesivas (art. 166.3) lo que deberá indicarse en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, con el objeto de ir reduciendo progresivamente el número de soluciones a examinar.

El diálogo proseguirá hasta que el órgano de contratación se encuentre en condiciones de determinar las soluciones que pueden responder a sus necesidades (art.166.4).

Tras la declaración de cierre del diálogo se invita a los participantes a que presenten su oferta “*final*”, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante el diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que pueden estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano.

Procedimiento de Adjudicación de los CPP – Diálogo Competitivo

4ª Fase: Presentación, Examen de ofertas y Adjudicación.



Presentación y examen de las ofertas: (art. 167)

El órgano de contratación podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que no suponga modificación de sus elementos fundamentales.

La evaluación de la oferta se hará en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo.

El órgano de contratación podrá requerir al licitador cuya oferta se considere más ventajosa económicamente para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o licitación, se falsee la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio.

Adjudicación:

Se seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente en base al precio ofertado (art. 167.2)

Procedimiento de Adjudicación de los CPP – Diálogo Competitivo

Conclusiones



La regulación del Diálogo Competitivo, en el art. 166 de la Ley, es demasiado abierta y contiene algunos conceptos poco definidos (ie: alcance de los ajustes, elementos fundamentales, número de fases, etc.)

Debe tenerse en cuenta que la Ley se ha limitado, en la práctica, a transcribir los preceptos de la Directiva 2004/18 CE.

En todo caso, sería conveniente solventar algunas dudas y lagunas que ya se manifiestan en la Ley para conseguir así una mayor seguridad jurídica.

GESLEX es un despacho de abogados, líder a nivel nacional en Contratación Pública, formado por profesionales de las distintas áreas del derecho, donde nuestros principios son el trabajo, la vocación, el orden, la disciplina, la honradez y la creatividad, nuestro compromiso es crecer y generar empleo, por que podemos y queremos ser grandes junto a ti.

Un ejemplo de nuestros clientes que han confiado en nosotros en Contratación Pública:

- Aguas de Barcelona AGBAR
- Unión Fenosa
- Iberdrola
- Iberinco
- Airbus EADS
- Acciona. Iberinsa
- AENA
- Computer Associates
- Banco de Santander
- CDTI
- Grupo Zeta
- Arsys
- Laboratorios Intervet
- Vodafone
- BBVA
- GloboMedia
- La Sexta



Lideres en Contratación Pública

Gracias por su atención

2009