

EL NUEVO CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN EL ÁMBITO SANITARIO

Ana Sánchez Lamelas

*Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Cantabria;
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Burgos*

SUMARIO: I. Introducción: una referencia al “ámbito sanitario”.- II. Breve alusión al contexto comunitario.- III. Aproximación a los problemas que puede plantear la regulación vigente del contrato de colaboración público-privada: ideas para el debate.- 1.- La preceptos a tener en cuenta.- 2.- Algunas cuestiones para el debate.- ¿Un tipo de contrato o un modo de contratar?. - La complejidad, la subsidiariedad y la obtención de ventajas como elementos clave determinantes del uso del contrato de colaboración público-privado. - Actuaciones preparatorias: el documento de evaluación y el programa funcional. - El diálogo competitivo como mecanismo para la adjudicación. - El régimen jurídico del contrato.- IV. Conclusiones tras el debate.

1. INTRODUCCIÓN. UNA REFERENCIA AL “ÁMBITO SANITARIO”

Las siguientes páginas son la reproducción de mi intervención en el XVIII Congreso Derecho y Salud que se celebró en Santander los días 11, 12 y 13 de noviembre de 2009 y de las conclusiones que resultaron del debate posterior.

Gracias a la generosa invitación de sus organizadores y, en especial, del Presidente de la Asociación Juristas de la Salud, Rafael A. Millán Calenti, tuve la oportunidad de exponer algunas reflexiones sobre el Contrato de Colaboración Público-Privada para que fueran objeto de debate en una mesa de trabajo con los congresistas. El origen de estas notas explica que se expongan sin las correspondientes referencias doctrinales que se han tenido en cuenta para su elaboración, en un intento de ceñirme con la mayor de las fidelidades a lo que allí se expuso.

En este contexto, para introducir el tema de debate y procurar la participación de los asistentes, se realizó una breve descripción del contrato de colaboración público privada, tal y como está diseñado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de las Administraciones Públicas, haciendo especial incidencia en aquéllos aspectos que pueden resultar polémicos y en los que, por tanto, puede centrarse la discusión.

De otro lado, y puesto que el título de la mesa de trabajo incluye una referencia al ámbito sanitario, no puede dejar de plantearse con carácter inicial si realmente existen aquí peculiaridades normativas. La respuesta debe ser negativa. A la vista de la regulación del contrato de colaboración público-privada, podemos decir que no es posible hablar de un régimen jurídico específico del contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario.

Cuestión distinta, que merece la pena destacar, es que el empleo de esta figura pueda ser muy útil en el ámbito sanitario para, por ejemplo, la construcción de hospitales públicos, dadas las dificultades que tradicionalmente ha encontrado el encaje de este tipo de obras en el contrato de concesión de obra pública.

En efecto, debe recordarse que tradicionalmente el contrato de concesión de obra pública se concibe como mecanismo para la construcción de obras que, siendo susceptibles de explotación económica, sirven para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general (art. 220 del TRLCAP RD Legislativo 2/2000).

Esta configuración del contrato de concesión de obra pública había llevado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a negar que pudiera emplearse para la construcción de edificios destinados a albergar servicios administrativos o usos sociales y culturales (Informe 61/2003, 70/2004). Esto es, en definitiva, obras o edificios que sirvieran para servicios o actividades que no conllevaran una explotación económica como es el caso, a mi juicio, de los Hospitales públicos. En el mismo sentido se había pronunciado el Consejo de Estado en su Dictamen 3375/2001, así como otros consejos consultivos autonómicos.

Pues bien, la actual Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos, también asume la misma concepción del contrato de concesión de obra pública. Aunque esta norma no contiene un precepto como el citado artículo 220 del TRLCAP, sí contempla en su artículo 229.b), entre las obligaciones del contratista, la de explotar la obra asumiendo los riesgos económicos de su gestión.... Esta referencia es expresiva y permite concluir que se asume la misma concepción del contrato de concesión de obra pública a que hemos aludido.

En este contexto es en el que se sustenta la afirmación inicial de que el contrato de colaboración público privada, dada la amplitud de su objeto y la flexibilidad de su régimen jurídico, ofrece en el ámbito sanitario, y en concreto para la construcción de hospitales, una utilidad destacable puesto que, como veremos, permite ser aplicada a la construcción y financiación de obras que, como los hospitales, no sirven a actividades susceptibles de explotación económica.

II.- BREVE ALUSIÓN AL CONTEXTO COMUNITARIO

El contrato de colaboración público-privado no se comprende si no es en el contexto del derecho comunitario en donde, si bien no existe un marco jurídico propio de esta figura, sí que hay una preocupación por el desarrollo de técnicas que responden a esta o similares denominaciones.

La preocupación de las instituciones comunitarias por estas técnicas procede de una doble consideración, una jurídica y otra económica.

De un lado las instituciones comunitarias han mostrado preocupación porque el empleo de mecanismos más o menos complejos de colaboración público-privada pueda conllevar niveles de endeudamiento y de déficit público superiores a los admisibles según las normas europeas sobre contabilidad. Se plantea desde esta perspectiva el problema del tratamiento de este tipo de operaciones según el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC 95). A este respecto el Eurostat mantiene que no se registran en el balance de las Administraciones cuando el socio privado asuma el riesgo de construcción de la obra pública y, además, el riesgo de disponibilidad o, en su caso, el de demanda, pero no en otro caso.

De otro lado, y este el ámbito al que nos ceñiremos, a las instituciones comunitarias les preocupa que estos mecanismos supongan, a la postre, un incumplimiento de las normas y principios comunitarios sobre contratación contenidas, principalmente, en la Directiva 18/2004, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Un buen ejemplo de este tipo de incumplimientos es el puesto de manifiesto por el Tribunal de Justicia a propósito de operaciones de privatización de empresas que, siendo originariamente íntegramente públicas, tienen encomendada de manera directa la realización de prestaciones propias de contratos sujetos al derecho comunitario.

Así en la Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Sala Primera), de 10 noviembre 2005, en el asunto C-29/04 se dice:

40 Así, ha quedado acreditado que a través de una construcción artificial de varias fases distintas,

esto es, la constitución de AbfallGmbH, la celebración con dicha sociedad de un contrato de eliminación de residuos y la cesión del 49% de sus participaciones a Saubermacher AG, se adjudicó un contrato público de servicios a una empresa de economía mixta cuyo capital social estaba participado en un 49% por una empresa privada.

41 Por consiguiente, es preciso examinar la adjudicación del referido contrato a la luz del conjunto de tales fases y la finalidad de las mismas, y no en función del orden estrictamente cronológico en que éstas se produjeron, como propone el Gobierno austriaco.

42 Examinar la adjudicación del contrato público en cuestión fijándose únicamente en la fecha en que dicha adjudicación tuvo lugar, como sugiere el Gobierno austriaco, sin tener en cuenta los efectos de la cesión poco tiempo después del 49% de las participaciones en AbfallGmbH a Saubermacher AG, menoscabaría el efecto útil de la Directiva 92/50. La consecución del objetivo que dicha Directiva pretende alcanzar, esto es, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, quedaría en entredicho si las entidades adjudicadoras pudieran recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta.

(...)

48 La adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50 (LCEur 1992\2431), ya que este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau [TJCE 2005\1], antes citada, apartado 51).

Y concluye el Tribunal,

50 Por consiguiente, a la luz de las consideraciones anteriores, procede declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50 (LCEur 1992\2431) al haberse adjudicado el contrato de eliminación de residuos en el municipio de Mödling sin haberse observado las normas de pro-

cedimiento y publicidad establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2.

En el mismo sentido, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 6 abril 2006, en el asunto C-410/04, se dice también:

30 Si, mientras esté en vigor el contrato controvertido en el litigio principal, accionistas privados entraran en el capital social de AMTAB Servizio, tal situación tendría por efecto adjudicar una concesión de servicios públicos a una sociedad de economía mixta sin licitación previa, lo que perjudicaría a los objetivos perseguidos por el Derecho comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005 [TJCE 2005, 332], Comisión/Austria, C-29/04, Rec. pg. I-0000, apartado 48).

31 En efecto, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la autoridad pública concedente excluye en cualquier caso que dicha autoridad pública pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau [TJCE 2005, 332], antes citada, apartado 49).

32 En consecuencia, si la sociedad concesionaria es una sociedad abierta al capital privado, aunque sólo sea parcialmente, esta circunstancia impide considerarla una entidad de gestión «interna» de un servicio público en el ámbito de la entidad territorial a la que pertenece (véase, en este sentido, la sentencia Coname [TJCE 2005, 247], antes citada, apartado 26).

Se pone de manifiesto en este tipo de pronunciamientos que la búsqueda de mecanismos de colaboración público-privada no puede hacerse a costa o con merma de los principios y reglas que rigen la contratación administrativa lo que, por otro lado, ya había sido puesto de relieve por las Instituciones Comunitarias y, en especial, por la Comisión, en los documentos a los que más adelante se hace referencia.

Así, aunque es cierto que no existe una normativa comunitaria que regule actualmente la colaboración público-privada, sí que existe un marco de referencia que debe ser tenido en cuenta para com-

prender la legislación española y para interpretarla correctamente.

Son de destacar al respecto los siguientes documentos de la Comisión:

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

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas 15.11.2005 [COM (2005) 569 final]

- Comunicación interpretativa de 12 de abril 2008 de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. Bruselas 30.4.2004 (DOC 12 abril 2008, núm. 91)

En el citado libro verde, ya en el año 2004, la Comisión expone que, si bien puede ser enriquecedora la cooperación entre autoridades públicas y el mundo empresarial a la hora de proyectar, financiar y gestionar infraestructuras o servicios públicos, ello no puede hacerse a costa de los principios y normas del Tratado en lo relativo a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios lo que incluye, se dice, el respeto a los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo así como, en su caso, la aplicación de las normas más concretas sobre adjudicación de contratos públicos cuando la prestación a que se refiere la colaboración público-privada entra en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre contratación, especialmente en lo relativo a las normas sobre adjudicación que en ellas se contienen.

La eficacia de la Directiva y de los principios derivados del Tratado (arts 43 a 49) no puede quedar menoscabada por formalismos vinculados a la noción de contrato que cada Estado maneje ni por el carácter oneroso que habrá de predicarse, dice la Comisión, tanto si el pago es directo por parte del socio público como si consiste en cualquier otra forma de contraprestación.

Se reclama así desde la Comisión el respeto al derecho comunitario, para lo cual recuerda, inclu-

so, que existe un procedimiento flexible de adjudicación denominado “diálogo competitivo” creado por la Directiva 18/2004.

Desde estas premisas la Comisión distingue dos formas de colaboración público-privada, la meramente contractual y la institucionalizada.

Aún simplificando lo que más en extenso señala la Comisión en los antecitados documentos, la colaboración contractual viene a identificarse con el modelo de la concesión donde la relación entre el poder adjudicador y el socio privado es a través de un vínculo directo conforme al cual el socio presta el servicio o realiza, mantiene y gestiona una infraestructura por sí mismo a cambio de una remuneración, normalmente a través de un canon. En estos casos el acto de adjudicación del contrato o de selección del socio privado deberá respetar en todo caso los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo (arts. 43 y 49 del Tratado).

La colaboración público-privada institucionalizada conlleva la creación de un ente con personalidad jurídica propia del que forman parte tanto el poder adjudicador como el socio privado. Advierte la Comisión que también en este tipo de operaciones han de respetarse los principios señalados y ello tanto si la creación del ente es ex novo como si se trata de operaciones que suponen la cesión a un tercero de participaciones sobre una entidad pública a la que corresponde previamente la gestión de misiones que entran dentro de la esfera de la contratación pública.

Profundiza en estas ideas la posterior comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas 15.11.2005 [COM (2005) 569 final]

Finalmente, ya centrada en las figuras de colaboración público-privada institucionalizada, la Comunicación interpretativa de la Comisión del año 2008 insiste en el deber de seleccionar al socio privado respetando el derecho comunitario lo que exige, entre otras cuestiones, que los criterios de selección sean previamente conocidos y no discriminatorios, debiendo conocerse, en concreto, la duración del contrato, sus posibilidades de renovación o modificación e, incluso, las de adjudicación

de nuevas tareas. Estas exigencias tienen reflejo, desde luego, en la fase posterior a la propia creación del ente mixto de manera que cualquier modificación posterior de los términos esenciales del contrato exige un nuevo procedimiento de licitación.

Hasta aquí, por tanto, se puede concluir que existe una gran preocupación de la Comisión por evitar la defraudación de sus principios y normas en materia de contratación. Este telón de fondo es el que debe regir la interpretación de la normativa que en España rige estas operaciones a la que seguidamente me referiré.

III. APROXIMACIÓN A LOS PROBLEMAS QUE PUEDE PLANTEAR LA REGULACIÓN VIGENTE DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: IDEAS PARA EL DEBATE

1.- La preceptos a tener en cuenta

El empleo de fórmulas de colaboración público-privada, tal y como esta figura es comprendida por las instituciones comunitarias, no es una novedad en nuestro ordenamiento y en la práctica administrativa. Lo que sí es novedoso es su regulación. Es la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público la que introduce por primera vez en nuestro ordenamiento un tipo contractual específico con esta denominación. Una novedad que es destacada desde la Exposición de Motivos de la Ley.

A este novedoso tipo contractual le acompaña un mecanismo ideado por el derecho comunitario para la adjudicación de contratos especialmente complejos que se denomina, como antes se ha adelantado, “diálogo competitivo”. Las dudas que plantea su puesta en práctica, como veremos, no son pocas.

En concreto, los preceptos a tener en cuenta a la hora de conocer el régimen jurídico de este contrato son los siguientes:

- El artículo 11 que lo define
- Los artículos 289, 290 y 296 que regulan respectivamente su régimen jurídico sustantivo, su duración y la mesa especial del diálogo competitivo
- Los artículos 118, 119 y 120 relativos los dos primeros a las actuaciones preparatorias y el último a su clausulado

- Los artículos 163 a 167 que regulan el diálogo competitivo

Finalmente, aún cuando al momento de la exposición oral de estos temas no se encontraba en tramitación, al momento de redactar estas páginas existe un anteproyecto de Ley del Estado, denominado de Economía Sostenible, que se propone entre otras muchas cosas reformar algunos de los preceptos antes señalados de la Ley de Contratos del Sector Público.

Así, en el estado actual del anteproyecto de ley se propone que los artículos 11 y 118 se refieran expresamente a la posibilidad de que este tipo contractual sea celebrado no sólo por Administraciones Públicas sino también por entes públicos empresariales.

Se incorpora, además, un precepto en el anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible, éste al margen de la Ley de Contratos, que regula la financiación de los adjudicatarios de contratos de colaboración público privada (arts. 38).

Por otro lado, tanto en este nuevo precepto (art. 38.3 del anteproyecto de ley) como en la nueva Disposición Adicional de la Ley de Contratos que se quiere introducir como trigésimo cuarta, se alude directamente a las fórmulas de colaboración público-privadas institucionalizadas despejando las dudas de si esta figura estaba contemplada entre las posibles dentro del tipo contractual previsto en la Ley.

En efecto, al contemplarse en nuestro ordenamiento la colaboración público-privada en una norma dirigida a regular la contratación del sector público cabría pensar que con ello únicamente se estaba haciendo referencia a la colaboración que la Comisión denomina “contractual” y no a la “institucionalizada”, cuestión que, desde luego, quedaría fuera de duda si la reforma se opera en la forma prevista.

Además, en otro orden de consideraciones, no es ya sólo que se mencione expresamente la colaboración público privada institucionalizada, sino que se incorpora en el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, a través de la indicada disposición adicional trigésimo cuarta, el deber de respetar las exigencias impuestas por el derecho comunitario en la selección del socio privado a que hace referencia la Comunicación Interpretativa de 12 de abril 2008 de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho Co-

munitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. Bruselas 30.4.2004 (DOC 12 abril 2008, núm. 91). Tales exigencias deberán cumplirse, a mi juicio, y a la vista de la jurisprudencia del TJCE, tanto si se trata de la adjudicación inicial del contrato a una empresa mixta como si se pretende privatizar una empresa pública que tuviera encomendada previamente la realización a actuaciones de naturaleza contractual.

2.- Algunas cuestiones para el debate

No se trata de analizar aquí todo el régimen jurídico de la colaboración público-privada, lo que excede de los límites de una Mesa de trabajo como la que nos reúne. Es por ello que me limitaré a apuntar algunas cuestiones que considero que pueden ser especialmente polémicas a fin de que se debata sobre ellas.

- ¿Un tipo de contrato o un modo de contratar?

El artículo 11 de la Ley indica qué tipo de prestaciones pueden ser objeto del contrato que nos ocupa y, si bien se ve, todas ellas son, a su vez, objeto de otros contratos típicos, de obras, suministro, servicios y, en particular, de la concesión de obra pública.

En realidad, cuando se trata de proyectar, construir y mantener una obra pública resulta difícil diferenciarlo, por su objeto, de un contrato de concesión de obra pública al que podrían sumarse otras prestaciones (suministros, prestaciones de servicios, mantenimiento, etc.), sin duda, haciendo uso de la figura del contrato mixto (art. 12 LCSP).

La diferencia reside en que en el caso del contrato de colaboración público-privado no se exige que la obra en cuestión sea susceptible de explotación comercial algo que, aún no tan claramente como en la legislación anterior, parece derivarse como exigencia también hoy en día en el contrato de concesión cuando se prevé entre los derechos del concesionario el de explotar la obra pública (arts. 7.1 y 228 LCSP). Entonces nos encontraríamos ante un contrato de obras al que se sumarían otras prestaciones también típicas.

El caso es que, sea cual sea la complejidad o amalgama de prestaciones que se deseen obtener

(servicios, junto con suministros y mantenimientos...) lo cierto es que todas estas prestaciones conforman por sí mismas contratos típicos y, juntas todas ellas, contratos mixtos más o menos complejos.

Cabe plantearse entonces si más que ante un tipo de contrato estamos ante una manera de adjudicar o contratar. Y si esto es así, la pregunta que hemos de formularnos es la de ¿qué es lo que justifica la regulación de esta figura que supone, a la postre, una distinta regulación de la selección del adjudicatario y, también, una diversidad en el régimen jurídico aplicable al contrato resultante?

En efecto, si atendiendo a su objeto estamos, en realidad, ante un contrato mixto, porqué se crean reglas especiales y no se acude al artículo 12 de la Ley 30/2007 según el cual *“cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”*.

La respuesta, como veremos seguidamente, viene dada no por el objeto, sino por las circunstancias que han de concurrir para justificar el uso de la figura: la complejidad del contrato, la inexistencia de alternativas útiles (la subsidiariedad) y la obtención de ventajas.

- La complejidad, la subsidiariedad y la obtención de ventajas como elementos clave determinantes del uso del contrato de colaboración público-privado.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, permite acudir al contrato de colaboración público-privado si se dan tres datos o rasgos esenciales que se contemplan en los artículos 11 y 118 de la Ley 30/2007: la complejidad de la operación, la subsidiariedad en su uso y la obtención de ventajas.

Ha de tratarse, según el artículo 118 de la Ley, de un contrato tan complejo que hace que la propia Administración no sea capaz de definir, antes de la licitación, los medios técnicos, jurídicos o financieros para alcanzar su objetivo (complejidad). Ahora bien, esa dificultad no exime a la Administración, según el art. 11.2, de una adecuada justificación sobre el uso de este contrato ya que se le

exige poner de manifiesto que las finalidades públicas que busca no se alcanzan con el uso de las formas ordinarias de contratación (subsidiariedad) y que, en concreto, la colaboración público-privada va a suponer ventajas de coste, eficacia, imputación de riesgos... de manera que existen razones jurídicas, económicas, administrativas y financieras que aconsejan usa esta fórmula de contratación (obtención de ventajas).

Ciertamente no puede dejar de observarse una cierta dificultad en la práctica para que la Administración reconozca su incapacidad de para definir los medios necesarios para llevar a cabo actividades, obras o servicios que lleva realizando de antiguo (carreteras, hospitales, colegios, etc.). Tal dificultad, de existir, no será técnica o jurídica sino, probablemente, financiera, y exigirá explicar adecuadamente las ventajas que aporta el uso de la colaboración público privada frente a los mecanismos tradicionales de contratación.

Si bien se ve, a la postre se permite alterar el régimen sustantivo de los contratos (arts. 289 y 290) y la forma de adjudicación que correspondería a la prestación principal en un contrato mixto, si se justifica adecuadamente que ello supone un uso más eficiente de los recursos. La obtención, en definitiva, de un mayor valor por precio.

Esto, trasladado al ámbito sanitario, permitiría plantear la construcción y mantenimiento de infraestructuras hospitalarias mediante sistemas similares al de la concesión tradicional de obras públicas susceptibles de explotación económica. Habría que explicar entonces las ventajas que ello puede suponer desde un punto de vista económico, administrativo y financiero por implicar, por ejemplo, una mayor transmisión de riesgos al contratista, tanto en la construcción como en la explotación, y un sistema de pago por objetivos, sin perjuicio de otras fórmulas adicionales remuneración.

- Actuaciones preparatorias: el documento de evaluación y el programa funcional

La dificultad o complejidad del contrato y las ventajas que reporta el empleo de esta fórmula se deben exponer en un “documento de evaluación” que elabora la Administración contratante (art. 118) para lo cual se servirá de un órgano especial, la mesa del diálogo competitivo (art. 296.2), en el

que habrá personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo.

Así, la Administración se sirve de expertos que evalúan su incapacidad para definir anticipadamente los medios técnicos o los mecanismos jurídicos o financieros para alcanzar su objetivo y que justifican la decisión de acudir a otras formas de contratación. Nada se dice sobre si tales expertos podrán ser empleados de la Administración Pública o personal externo, contratado al efecto, puesto que únicamente se prevé que sean designadas por el órgano de contratación.

Tras este reconocimiento inicial, el órgano de contratación ha de elaborar un “programa funcional” (art. 119) que va a ser el elemento clave del procedimiento de licitación, del diálogo competitivo. Este “programa funcional” es el equivalente del “documento descriptivo” que debe usarse normalmente en el diálogo competitivo (art. 165.1) puesto que sirve igualmente para explicar la necesidades a satisfacer; los requisitos jurídicos, técnicos o económicos mínimos de las ofertas; y los criterios de adjudicación.

Este documento va a ser, sin duda, el elemento central en la contratación, equivalente al pliego, que ordena el proceso selectivo y que limita la facultad de elección entre las ofertas resultantes.

En efecto, el “programa funcional” debe elaborarse antes de invitar a los posibles licitadores y de publicar el correspondiente anuncio (art. 165). En él se indican no sólo las necesidades que deben ser cubiertas, sino los criterios para seleccionar entre todas ellas la económicamente más ventajosa (art. 167.2) de manera que si bien la Administración no sabe realmente cómo alcanzar sus objetivos sí sabe lo que quiere y cómo seleccionarlo.

Es comprensible, desde luego, la preocupación por fijar anticipadamente los criterios de selección, incluso la fijación de su orden de importancia o ponderación, puesto que sólo si existen se garantiza realmente la concurrencia en condiciones de igualdad y transparencia. Ahora bien, no se puede ocultar que resulta difícil definir unos criterios de adjudicación, cuando quien ha de hacerlo desconoce los medios técnicos, jurídicos, financieros o administrativos que pueden ser más eficaces para alcanzar su objetivo. ¿Qué deberá valorar entonces?, ¿a qué aspecto debe dársele más valor?

La respuesta, desde luego, no es sencilla.

- El diálogo competitivo como mecanismo para la adjudicación

El artículo 166 de la Ley de Contratos se refiere al diálogo con los candidatos previendo que su finalidad es precisamente determinar esos medios que la Administración no ha sido capaz de definir y que resultan necesarios para alcanzar su objetivo.

Durante el diálogo, la Administración ha de mantener una posición neutral tratando igual a los licitadores, en especial, en lo que se refiere a la información que se les facilita. En concreto no se podrá revelar información de las soluciones propuestas entre candidatos, salvo que exista acuerdo al efecto.

El diálogo con los candidatos concluye cuando la Administración es capaz de identificar las soluciones que responden a sus necesidades, momento en que se cierra con la invitación a los participantes para que presenten sus ofertas finales, que han de ser conformes con las soluciones presentadas durante el proceso de diálogo.

La selección finalmente se hará, a la vista de las ofertas finales, sobre la base de los criterios predefinidos en el “programa funcional”, a la oferta económicamente más ventajosa.

Dos problemas son los que se pueden plantear.

De un lado que la lógica imposibilidad de transferencia de información entre licitadores, impida la generación de una solución que pudieran ser, a la postre, la mejor, por conjugar elementos de todas ellas.

De otro, que los criterios de adjudicación, por su anticipada definición, no den cabida a soluciones que, a la postre, aparezcan como las mejores para la satisfacción del interés general. Dicho en otros términos que, dado que la Administración ha debido definir los criterios de selección previamente a conocer las posibles soluciones, y precisamente porque desconoce cómo pueden ser, no es impensable que estos criterios puedan no ser adecuados para valorar las soluciones propuestas.

Tales dificultades no permiten ocultar que, en definitiva, el valor principal que no puede ser cuestionado, y que se pretende preservar, es de la transparencia y la adecuada concurrencia en igualdad de oportunidades que de otra manera no podría ser garantizado.

El mecanismo diseñado, ideado por el ordenamiento comunitario, se mueve así en el difícil

equilibrio que supone procurar, por un lado, la flexibilidad necesaria para generar soluciones imaginativas y eficientes y, por otro, mantener los principios de igualdad, transparencia y publicidad que han de regir en la selección del contratista.

El respeto a estos principios exige, además, como señala la Comisión en su Comunicación de 12 de abril de 2008 citada más atrás, que estos principios se respeten tanto en el momento de la adjudicación como a lo largo de la vida del contrato. Lo contrario podría suponer, a la postre, un fraude de los anteriores principios.

En este sentido indica la Comisión que la modificación del contrato para adaptarlo a cambios económicos, técnicos o jurídicos, sólo será posible si está prevista previamente en los pliegos. Se advierte entonces que, según reiterada jurisprudencia del TJCE, cualquier modificación esencial del contrato requiere nueva licitación entendiendo que son esenciales, por ejemplo, el objeto de las obras o los servicios a prestar por el adjudicatario o los cánones impuestos a los usuarios del servicio.

- El régimen jurídico del contrato

Ya se ha dicho que, conforme al artículo 289 de la Ley, el régimen del contrato será, en principio, el que rige la prestación principal con la importante salvedad de que se le permite separarse en aquéllos extremos que se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar.

Se abre así una puerta para establecer regímenes específicos relativos, entre otros aspectos, al reparto de riesgos (art. 120.b), fijación de objetivos de rendimiento y penalidades (art. 120.c y h); sistemas de remuneración (art. 120.d) e, incluso, el plazo (art. 290).

Por ello si bien inicialmente se cuestionaba que el Contrato de Colaboración público privado fuera, en puridad, un tipo contractual, lo cierto es que en definitiva pueda acabar siendo un contrato con especialidades relevantes, derivadas de su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiares, para el que se articula, además, un mecanismo especial, aunque no exclusivo, de adjudicación.

IV. CONCLUSIONES TRAS EL DEBATE

Tras el debate sobre los temas expuestos se concluyó:

- Que la figura del contrato de colaboración público-privada puede ser útil en el ámbito sanitario y, en concreto, para la proyección, construcción, mantenimiento y financiación de hospitales públicos.
- Que, no obstante, el régimen jurídico diseñado para estos contratos y, en especial, el diálogo competitivo, plantea problemas en la práctica como lo pueden ser:
 - * La dificultad de anticipar y mantener los criterios de selección cuando se desconocen los medios para alcanzar el objetivo contractual.
 - * La dificultad en la propia negociación o diálogo para conformar la solución o soluciones adecuadas cuando se afirma, al tiempo, que la Administración ha de procurar una posición neutral.
- Se valoró positivamente, no obstante, el esfuerzo normativo por mantener los principios de igualdad y transparencia en este tipo de contratos.
- En línea con lo anterior se insistió en que el respeto a estos principios exige también limitaciones y cautelas a la hora de introducir cambios en el contrato tras su adjudicación.