

A LA COMISION EUROPEA

PROPUESTA A LA CONSULTA PÚBLICA DE EVALUACIÓN DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La **Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES)** es una organización empresarial independiente fundada en 2012, cuyo único objetivo es la promoción e impulso de la Colaboración Público-Privada en España, y en particular de las concesiones de infraestructuras y servicios públicos, bajo estándares de alta calidad técnica y seguridad jurídica alineados con los Estados de la Unión Europea con mejores prácticas en este ámbito.

CCIES integra empresas de diversos sectores (infraestructuras viarias, grandes servicios públicos, movilidad urbana, transporte, telecomunicaciones, salud, vivienda, deporte, servicios sociales, ... etc.) unidas en el compromiso común de impulsar una regulación adecuada, segura y eficiente de las distintas formas jurídicas de Colaboración Público-Privada.

En el marco de la consulta pública sobre la evaluación de las Directivas sobre Contratación Pública y Concesiones de 2014, y en particular en relación a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, desde la Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos, formulamos las siguientes consideraciones:

- 1. La legislación europea debe regular de forma armonizada la EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS. Debe superar el ámbito actual que se centra en regular la preparación y adjudicación.**

En la regulación de las directivas y en su transposición se observa una excesiva preocupación por la fase de preparación y adjudicación, lo que ha llevado a alargar en exceso los procesos de licitación, siendo así que los poderes adjudicadores muchas veces

prefieren optar por fórmulas in house antes que buscar en el mercado un operador especializado. En los contratos concesionales, es esencial el seguimiento del contrato, la verificación del cumplimiento de los objetivos, la posibilidad de adaptar la prestación a las necesidades sobrevenidas que van surgiendo durante la vida del contrato. La fase de ejecución es por tanto, un factor esencial que contribuye a garantizar el éxito de los servicios concesionados. Es por ello que se considera fundamental que la legislación europea regule de manera armonizada la fase de ejecución de los contratos.

2. **La legislación – tipo europea ha de recoger la relevancia de las CONCESIONES PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS y de las pequeñas concesiones de estos servicios en el entorno regional y local. No ha de limitarse a la regulación de las concesiones de grandes infraestructuras.**

La regulación de las concesiones de servicio debe tener en cuenta que la gran mayoría de los contratos de este tipo se otorgan en el entorno local y por tanto se trata de concesiones pequeñas, cuyas reglas y principios deben tener en cuenta esta realidad. El marco regulador no distingue si la concesión es otorgada por el Estado, una Región, un gran municipio o un pequeño municipio, las reglas son las mismas para todos, pero la complejidad regulatoria dificulta a los pequeños municipios que puedan licitar de manera eficiente concesiones de servicios.

3. **Debe ser superada la regla de la vinculación de la DURACIÓN de las concesiones a la recuperación de la inversión, que actualmente contiene el artículo 18.2 de la Directiva 23/2014. Las concesiones de servicios són algo más que un mero instrumento de financiación, deben poder tenerse en cuenta también elementos técnicos, estratégicos, ambientales, de innovación, beneficios socioeconómicos, sociolaborales, de fomento de la participación de PYMEs, etc.. que contribuyan a mejorar la relación calidad precio.**

El diseño de una concesión de servicios y en particular la determinación del plazo de duración no puede hacerse depender exclusivamente del período de recuperación de la inversión. Esta regla, contenida en el art. 18.2 de la Directiva 23/2014 implica concebir la concesión como un mero instrumento de financiación con el que obtener fondos privados sin necesidad de acudir al mercado financiero y sin incrementar el endeudamiento público. Sin embargo, las concesiones de servicios són algo más que un mero instrumento de financiación: son un instrumento de colaboración público privada

que deben permitir a las Administraciones públicas transformar sus servicios, alinearlos a los objetivos de sostenibilidad ambiental, modernizarlos mediante la digitalización y la incorporación de la innovación más puntera, y garantizar al mismo tiempo un impacto social positivo.

Es por ello que, en la determinación de la duración del contrato, deben tenerse en cuenta también elementos técnicos, estratégicos, ambientales, de innovación, beneficios socioeconómicos, sociolaborales, de fomento de la participación de PYMEs, etc.. dado que todos ellos contribuyen a configurar una óptima prestación.

- 4. Debe definirse con rigor y seguridad jurídica el concepto de RIESGO OPERACIONAL, en línea con lo establecido en la legislación internacional y la jurisprudencia del TJUE, en particular cuando se trata de servicios esenciales en los que debe primar el principio de continuidad del servicio.**

La definición del riesgo operacional contenida en la Directiva 23/2014 contiene una serie de conceptos jurídicos indeterminados que es necesario aclarar en aras de garantizar la seguridad jurídica. Debe dejarse claro que hay concesiones de servicios esenciales donde el riesgo operacional debe trasladarse tan solo en parte al concesionario, y ello no debe de ser obstáculo para que se siga pudiendo hablar de concesión de servicios (TJUE- 10 de septiembre de 2009, Eurowasser (C-206/08). El concepto del riesgo operacional no debe impedir el mantenimiento del equilibrio económico del contrato o de la honesta equivalencia de las prestaciones.

- 5. La legislación europea de concesiones debe acoger el principio del MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO (cláusula Rebus sic Stantibus o Hardship) en situaciones de variación sustancial de las condiciones en las que fue otorgada la concesión.**

Las situaciones sobrevenidas que no se han podido tener en cuenta en el momento de la celebración del contrato y que alteran la relación entre las partes colocando a una de ellas en una situación de excesiva onerosidad respecto de la otra deben ser tenidas en cuenta durante la vida del contrato, para poder restablecer el equilibrio inicialmente pactado. De lo contrario, o bien dejaran de licitarse contratos de concesión de servicios por implicar riesgos inasumibles para los operadores, o bien las ofertas se encarecerán para intentar asegurar riesgos sobrevenidos que no siempre acabarán produciéndose.

El concepto del riesgo operacional introducido por la Directiva 23/2014 ha acabado desterrando principios tradicionales de la contratación pública como han sido la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus para garantizar el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos.

6. La legislación europea debe regular de forma más flexible la MODIFICACIÓN DE LAS CONCESIONES, para facilitar su adaptación a los cambios regulatorios, progreso tecnológico y transformaciones sociológicas.

La aplicación del régimen de modificaciones contractuales previsto en la Directiva 23/2014 hace que sea cada vez más difícil para una autoridad contratante exigirle al concesionario durante la vida del contrato la adaptación a los cambios regulatorios, al progreso tecnológico y a los cambios sociológicos, por cuanto las más de las veces se alega por los operadores públicos que esa adaptación supone un cambio sustancial respecto del contrato licitado inicialmente. Se hace necesario aclarar el concepto del cambio sustancial como límite para modificar un contrato. Debe hacerse primar la satisfacción del interés general, del resultado buscado por el contrato, a la resolución anticipada del mismo por imposibilidad de modificar un contrato por cambio sustancial.

7. Garantizar y primar factores que van más allá del precio, como la CALIDAD del servicio, la INNOVACIÓN y la SOSTENIBILIDAD, y no admitir las OFERTAS A PÉRDIDAS o PRECIO CERO.

Las Directivas no han conseguido evitar que las licitaciones de concesiones sean auténticas subastas donde prima el precio frente a la calidad, con ello la directivas no han conseguido que por la vía de las concesiones se consiga el efecto transformador de la sociedad y de la economía que con ellas también se pretendía. Debe la regulación europea establecer de manera imperativa que no puedan hacerse ofertas a pérdidas o a precio cero que puedan suponer dumping empresarial y poner en riesgo la satisfacción del interés y del propósito buscado por el contrato.

Por tanto, debe primar en la adjudicación factores que tengan en cuenta la calidad, la innovación y la sostenibilidad. Máxime cuando haya estándares de calidad fijados por la UE en diferentes ámbitos. Incluso si esos estándares no son obligatorios, como en el caso de la taxonomía ambiental, debería exigirse a los poderes adjudicadores que los

tuvieran en cuenta como standard de calidad

8. Se ha de regular la INICIATIVA PRIVADA de las concesiones, al objeto de fomentar la utilización de esta figura. Para ello se debe reconocer puntuación adicional al proponente, derecho a la compensación por los gastos incurridos y regular el derecho de tanteo del empresario proponente de la iniciativa privada.

La colaboración público privada, debe partir también de la iniciativa privada. Màxime teniendo en cuenta que el mayor número de concesiones de servicios se dan en el ámbito local, donde es menor la capacidad del poder adjudicador para proveer y atender todas las necesidades.

Para fomentar la iniciativa privada en la transformación de servicios públicos es necesario reconocer una ventaja al operador que tenga la iniciativa como puede ser la obtención de una puntuación adicional en la valoración de las ofertas, el derecho a la compensación por los gastos incurridos en la elaboración del proyecto y el reconocimiento del derecho de tanteo al operador proponente de la iniciativa privada.

9. La gestión de servicios públicos por OPERADORES DEL SECTOR PÚBLICO debe estar siempre sometida a un test de eficiencia que justifique que la gestión directa va a ser más eficiente que la gestión indirecta, y deberá exigirse informe favorable de la autoridad de la competencia cuando la actividad se vaya a gestionar en régimen de monopolio de hecho o de derecho.

Se hace necesario establecer una regulación más clara y precisa en relación a las capacidades de operar en el mercado que tienen los operadores públicos que operan in house. La salvaguarda de los derechos de los ciudadanos en la obtención de servicios públicos de calidad exige que los operadores públicos se sometan a un test de eficiencia y de sostenibilidad que justifique que la asignación de una actividad de mercado sin licitación no afecta al mercado, por cuanto la elección escogida es en último término la mejor del mercado.

Adicionalmente, cuando las actividades asignadas a los medios propios de una autoridad pública sean actividades que se vayan a prestar en régimen de monopolio, ya sea de hecho o de derecho, debería ser necesario que hubiera un pronunciamiento favorable de la autoridad de la competencia, por cuanto el cierre del mercado que ello supone podría afectar de manera injustificada a la competencia por el mercado.

Por lo que respecta a las sociedades mercantiles de titularidad pública o entidades públicas pertenecientes a más de un poder adjudicador, la regulación europea debería establecer reglas claras, sin conceptos jurídicos indeterminados, para establecer cuándo esa sociedad o entidad compartida está efectivamente controlada conjuntamente por más de un poder adjudicador y en consecuencia, cuándo un poder adjudicador que controle conjuntamente una sociedad o entidad puede evitar licitar y adjudicar directamente un encargo que de otro modo sólo podría adjudicarse previa licitación.

10. Se ha de regular correctamente el RIESGO DE CONCESIONES FALLIDAS, estableciendo las garantías de los financiadores y la posibilidad de sustitución del concesionario (Cláusula Step-In) de forma flexible.

Resulta necesario que la regulación europea tenga en cuenta el rol de los financiadores, puesto que el éxito de los contratos concesionales, sobre todo de los de mayor importancia y volumen económico, depende de la bancabilidad de los proyectos. La garantía de recuperación de la inversión no amortizada en caso de resolución anticipada de un contrato es una garantía fundamental para que en determinados proyectos concesionales los licitadores puedan conseguir financiación de terceros. Al mismo tiempo, resulta fundamental permitir que los financiadores puedan garantizar la viabilidad de un proyecto concesional facultándoles para sustituir al concesionario en los casos en que la gestión no garantice la viabilidad económica de la concesión.

Esperando que dichas consideraciones sean acogidas adecuadamente, les saluda atentamente,

Francesc Sibina

Presidente de la Cámara de Concesionarios, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES)