

PARLAMENTO EUROPEO

2004



2009

Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor

**PROVISIONAL
2006/2043(INI)**

18.8.2006

PROYECTO DE INFORME

sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones
(COM (2004)0327 – 2006/2043(INI))

Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor

Ponente: Barbara Weiler

ÍNDICE

	Página
PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO	3
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	8

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO

sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (COM(2004)0327 – 2006/2043(INI))

El Parlamento Europeo,

- Visto el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (COM(2004)0327),
 - Visto el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular el artículo 5, apartado 2 del mismo, relativo al principio de subsidiariedad, así como los artículos 43 y 49, relativos a la libertad de establecimiento y a la libertad de prestación de servicios, así como los principios derivados de éstas: la transparencia, la igualdad de trato, la proporcionalidad y el reconocimiento mutuo,
 - Vistas las actuales Directivas sobre contratación pública,
 - Vista la Carta Europea sobre la autonomía administrativa de los municipios del Consejo de Europa de 15 de octubre de 1985,
 - Visto el artículo I-5 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa,
 - Visto el artículo 45 de su Reglamento,
 - Visto el informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (A6-0000/2006),
- A. Considerando que la Colaboración Público-Privada (CPP) representa distintas formas de cooperación entre entidades públicas y empresas privadas que llevan a cabo proyectos en interés de la comunidad,
- B. Considerando que, hasta el momento, no existe ninguna definición válida a escala europea ni disposiciones específicas en el marco del Derecho comunitario vigente que abarquen todas las formas de CPP,
- C. Considerando que, a menudo, la CPP representa construcciones jurídicas y de técnica financiera complicadas que asocian a empresas privadas y entidades públicas para realizar conjuntamente proyectos de infraestructuras o para prestar servicios públicos,
- D. Considerando que la CPP no debe representar un paso hacia la privatización de las funciones públicas,
- E. Considerando que la cooperación entre el Estado y las empresas puede tener efectos de sinergia, que permite una gestión más eficaz de los fondos públicos y que, cuando éstos son escasos, puede servir de alternativa a la privatización, además de contribuir a la modernización de la administración a través de la adquisición de conocimientos prácticos del sector privado,

- F. Considerando que la CPP esta sometida, básicamente, al ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado sobre el mercado interior –especialmente, los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo –, así como a las disposiciones del Derecho derivado sobre la contratación pública,
- G. Considerando que la CPP no debe limitar el derecho a ejercer la soberanía municipal o regional, en la medida en que esté previsto en los Estados miembros,
- H. Considerando que la CPP representa uno de las posibles formas de organización para la realización de cometidos de los poderes públicos y que éstos también deben poder decidir en el futuro entre llevar a cabo un cometido por sí mismos, mediante empresas propias o recurriendo a terceros procedentes del sector privado,

Observaciones generales

1. Se congratula de que la Comisión haya presentado el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, así como un informe sobre consultas públicas relativas al Libro Verde y una comunicación sobre las medidas que haya que adoptar posteriormente, en su caso, en el ámbito de la CPP;
2. Es contrario al establecimiento de un régimen jurídico propio para la CPP, si bien considera que son necesarias iniciativas legislativas en los ámbitos de la concesión de prestación de servicios y la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI);
3. Es partidario de establecer períodos transitorios para los contratos actuales que se celebraron de buena fe sobre la base del Derecho nacional, a fin de evitar la inseguridad jurídica;
4. Considera que es necesario aplicar el Derecho de contratación pública, sobre todo cuando hay que elegir a un socio privado;
5. Destaca la importancia de la transparencia que debe existir en la gestión de los fondos públicos y considera que por transparencia debería entenderse también el derecho de los cargos electos a acceder a los contratos y expedientes;
6. Opina que la existencia de normas de contratación transparentes al servicio de los ciudadanos favorece una competencia efectiva y la protección contra la corrupción;
7. Recomienda que en el funcionamiento de la CPP se prevea la rendición de cuentas obligatoria a los ciudadanos, a fin de garantizar la seguridad, la eficacia y el nivel de calidad;
8. Recomienda a los Estados miembros que faciliten el trabajo de los poderes públicos mediante modelos de contratos y que intensifiquen la formación de los responsables de la toma de decisiones que deben elegir a los socios privados para la CPP;
9. Espera que los Estados miembros adopten medidas preventivas para poder abordar a tiempo y con sensibilidad las repercusiones en los empleados de los municipios;

10. Se opone al establecimiento de una agencia europea para la CPP, si bien se muestra partidario de otras formas de intercambio de experiencias, tales como la interconexión nacional y regional de polos de excelencia en materia de CPP;
11. Lamenta que la Comisión haya elegido la forma de la Comunicación para la concesión de contratos por debajo de los valores umbral y considera necesaria la codecisión del Parlamento y del Consejo;

La CPP como contrato público

12. Está de acuerdo con la Comisión en que la elección del socio privado en la adjudicación de contratos públicos de obras o servicios deberá regirse básicamente por las Directivas relativas a la adjudicación de contratos;
13. Opina que la entidad pública debe poder elegir entre el procedimiento abierto y el procedimiento cerrado;
14. Considera que, por razones de transparencia, el procedimiento de negociación debe limitarse a aquellos casos excepcionales en los que no puedan ponderarse previamente ni el tipo ni la envergadura de las obras;
15. Es partidario de que, por razones de flexibilidad, la adjudicación de contratos se lleve a cabo básicamente mediante un diálogo competitivo y pide a la Comisión que concrete la condición relativa a la complejidad jurídica y financiera; opina que se debe excluir cualquier posibilidad de que los participantes en el procedimiento puedan publicar información confidencial;

La CPP como concesión

16. Se congratula de que, tras una evaluación exhaustiva de las consecuencias, la Comisión se proponga legislar en el ámbito de la adjudicación de concesiones; opina que ello podría contrarrestar la inseguridad jurídica existente y reforzar la competencia en general;
17. Cree que la legislación debe proporcionar una definición clara de las concesiones que las distinga de los contratos públicos, y que debe establecer criterios de selección que puedan ser objeto de comprobación objetiva;
18. Opina que las concesiones deben tener una duración limitada, para que los candidatos no queden excluidos innecesariamente y durante mucho tiempo de la competición;
19. Considera que el diálogo competitivo es el procedimiento adecuado de adjudicación también en el ámbito de las concesiones, ya que por su flexibilidad responde generalmente a la complejidad de las concesiones sin cuestionar los principios de transparencia, igualdad de trato y proporcionalidad;
20. Apoya a la Comisión en su tarea de comprobar si deben establecerse normas de adjudicación únicas para todos los tipos de CPP sobre la base del Tratado, independientemente de que se califique a cada CPP de contrato público o de concesión;

La CPPI y el ámbito interno (*in house*)

21. Apoya el deseo de la Comisión de actuar frente a la inseguridad jurídica evidente en el ámbito de la CPPI;
22. Considera, sin embargo, que una comunicación interpretativa no constituye el instrumento adecuado, sino que es imprescindible la codecisión del Parlamento y el Consejo;
23. Pide, por el contrario, a la Comisión que adopte una iniciativa legislativa en cuyo marco se clarifiquen o completen las actuales Directivas en materia de adjudicación de contratos por lo que se refiere a los temas de la CPPI y del ámbito interno (*in house*);
24. Considera necesario, habida cuenta del imperativo de transparencia y de la prohibición de la discriminación, que se aplique el Derecho de contratación pública cuando se establezca una nueva CPPI, siempre y cuando ésta implique la adjudicación de un contrato público, una concesión o la realización otros cometidos públicos a una empresa privada; opina que ello debe ser válido también cuando se establezca una CPPI mediante la venta de partes de una empresa pública;
25. Comprende que la jurisprudencia desbordante provoque inseguridad jurídica general en la aplicación de los criterios internos y pide a la Comisión que establezca criterios que dejen a los municipios un margen de maniobra para las decisiones;
26. Opina que cuando la primera licitación para la constitución de una empresa mixta es precisa y exhaustiva no es necesaria otra licitación;

Colaboración entre municipios

27. Expresa su satisfacción por el establecimiento en pro de la autonomía organizativa municipal y de una administración eficaz, de formas de colaboración a nivel municipal, a fin de obtener efectos de sinergia, entre otros;
28. Considera que la inseguridad jurídica existente, provocada sobre todo por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-84/03 (Comisión contra España) es intolerable y pide a la Comisión que legisle en este ámbito;
29. Pide a la Comisión que fije criterios para distinguir entre las formas de colaboración entre municipios que no están sujetas al Derecho de adjudicación de contratos y las formas de colaboración entre municipios que afectan al mercado interior; opina que uno de los criterios posibles podría ser la dimensión espacial o que podría preverse una cláusula «de minimis» extraída del Derecho de competencia;
30. Rechaza la aplicación del Derecho de contratación pública en los casos en los que los municipios deseen desempeñar cometidos conjuntamente con otros municipios en su ámbito geográfico de actuación, sin ofrecer a terceros en el mercado las perspectivas correspondientes;
31. Considera inapropiada en este contexto la distinción entre delegación y mandato y rechaza la aplicación del Derecho de adjudicación de contratación pública a ambos casos.
32. Considera, en cambio, que la aplicación del Derecho de contratación pública es necesaria

cuando se ofrecen prestaciones en el marco de la colaboración entre municipios como empresa privada en el mercado o se recurre, para el desempeño de cometidos públicos, a empresas privadas o a otros municipios fuera del ámbito de la colaboración entre municipios;

o

o o

33. Encarga a su Presidente que transmita la presente Resolución al Consejo y a la Comisión, así como al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Observaciones generales

En los últimos años, la CPP disfruta en toda Europa de popularidad creciente. Los modelos de colaboración presentan considerables diferencias entre unos Estados miembros y otros, dependiendo del marco legislativo nacional y de los sectores en los que se aplican. Puesto que actualmente no existe una definición europea común de la CPP, este concepto viene a describir con carácter general determinados acuerdos entre las entidades públicas y el sector privado. Estos acuerdos se refieren a medidas referentes al suministro de infraestructuras públicas o a la prestación de servicios públicos.

Si se realizan de forma correcta, las operaciones de CPP suelen reducir los costes del ciclo de vida, mejorar el reparto de riesgos, acelerar la ejecución de las obras públicas y la prestación de servicios públicos, mejorar la calidad y producir efectos de ahorro.

De un análisis más pormenorizado se desprende que el grado de desarrollo de la CPP en la Unión Europea presenta bastantes diferencias. Grosso modo, se pueden distinguir tres grupos de Estados miembros: un grupo de cabeza, formado por el Reino Unido, Francia, Alemania, Irlanda e Italia, un grupo intermedio y otro grupo de Estados con menor experiencia en este ámbito. Los Estados de Europa Central y Oriental constituyen un grupo aparte, debido a sus especiales características económicas y políticas. Las operaciones de CPP representan en estos países un papel especialmente importante en la creación de una infraestructura moderna. El grupo de cabeza de Estados miembros mencionado se caracteriza por poseer una amplia experiencia en distintos sectores, desde las obras de infraestructura en el transporte por ferrocarril y por carretera hasta los proyectos en los ámbitos sanitario, educativo y penitenciario. Asimismo, estos Estados tienen a menudo una idea clara de las ventajas e inconvenientes de los proyectos de CPP en sectores concretos. No es raro que ya existan leyes especiales a escala nacional o regional y que se hayan desarrollado métodos de evaluación específicos para medir los resultados. Otros Estados, como Irlanda, han creado órganos administrativos propios para desarrollar y centralizar los conocimientos y la experiencia en materia de CPP.

A partir especialmente de las experiencias del Reino Unido, que puede considerarse un país pionero en la aplicación de la CPP, pero también de otros Estados, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Algunos sectores parecen más idóneos que otros para la aplicación de modelos de CPP. Los proyectos de infraestructuras de transporte por ferrocarril y por carretera han demostrado en general un valor añadido mensurable. Queda por determinar si se pueden lograr resultados similares en los ámbitos sanitario y educativo y en otros sectores. Dado que los contratos llevan poco tiempo vigentes, no es posible realizar una valoración concluyente. Los sectores que están sujetos a un rápido cambio tecnológico, como el de las TI, no parecen, en cualquier caso, adecuados para proyectos de CPP. Es prácticamente imposible establecer normas de calidad fiables a largo plazo sin impedir posibles innovaciones y una mejora de la calidad de los servicios.
- Resulta importante elegir los parámetros adecuados para medir la relación coste-utilidad de un proyecto de CPP.

- Parece que los proyectos de CPP aventajan al sistema de contratación clásico en las fases de planificación y diseño, pero muestran serias dificultades en la fase de aplicación.
- Asimismo, se necesitan mejores medios para controlar e influir de forma eficaz en el comportamiento del sector privado. Entre ellos hay que considerar la posibilidad de imponer sanciones creíbles, como la inclusión de cláusulas en las que se prevea un descuento en el pago o la rescisión del contrato.
- Por último, las orientaciones políticas nacionales y las competencias existentes desempeñan un papel clave para el desarrollo y el éxito de la CPP. La creación de órganos especializados en la Administración pública y la mejora de las competencias de gestión tanto en el sector privado como en el público darán lugar probablemente a mejores resultados en el futuro. En muchos lugares parece necesario un cambio de mentalidad en la Administración pública.

A modo de recapitulación, cabe señalar que la CPP no constituye ninguna solución milagrosa. Resulta complicado planificarla, ejecutarla y ponerla en funcionamiento. Se necesita mucho tiempo para conseguir resultados tangibles. Por tanto, es importante hacer una evaluación previa de si el sector público debe emprender una determinada CPP y cómo debe hacerlo. Los gobiernos deberían, en primer lugar, concentrarse en mejorar sus capacidades administrativas y sus métodos de evaluación, en lugar de ampliar la aplicación de la CPP a nuevos sectores. Habría que garantizar que, en caso de que se emprenda una CPP, los riesgos sean asumidos por la parte que mejor pueda afrontarlos y que se aprovechan de forma eficaz las ventajas que brinda la participación del sector privado. Sin este planteamiento, el sector público corre el peligro de llevar a cabo proyectos de CPP por razones inadecuadas, como una mejora a corto plazo de la situación presupuestaria en perjuicio de una solidez financiera a largo plazo.

A la luz del actual marco jurídico de la CPP, cabe señalar que no existe a escala europea una legislación especial aplicable a la selección del socio privado ni a la fase de ejecución. En lo que respecta a la selección del socio privado, se aplican los principios generales del Tratado CE y las Directivas en vigor en materia de contratos públicos. En virtud del Tratado CE, todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero está sujeto a los principios básicos generales de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios de los artículos 43-49 del Tratado CE. Por consiguiente, los contratos sobre operaciones de CPP deben cumplir los requisitos de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo. Asimismo, los contratos de este tipo que tengan el carácter de contratos públicos están sujetos a lo previsto en las Directivas sobre contratación pública. Existen algunas disposiciones especiales aplicables a las concesiones de obras, mientras que los contratos de servicios no están regulados, hasta la fecha, por el Derecho derivado. En cuanto a la ejecución de la CPP, son de aplicación las leyes nacionales, que deben atenerse a las normas superiores del Tratado CE.

Dada la inexistencia de un marco jurídico común a escala europea para las operaciones de CPP y la heterogeneidad de las legislaciones nacionales, se plantea la cuestión de si es necesario un régimen uniforme para garantizar la transparencia y una competencia efectiva entre los operadores del mercado. En la consulta que siguió al Libro Verde, una mayoría de los participantes se manifestó en contra de la adopción de una normativa horizontal sobre la CPP, mostrando más bien sus preferencias por la adopción de iniciativas en relación con las concesiones y la CPP institucionalizada, aunque no hubo consenso en cuanto a la forma.

La CPP constituye básicamente una forma de contratación pública. Sin embargo, debido sobre todo a la jurisprudencia cada vez más amplia del TJCE, se ha creado una situación de inseguridad jurídica que habría que rectificar. Para ello, la Comisión ha de presentar iniciativas legislativas. Asimismo, hay que analizar con detalle dónde se puede unificar la normativa sin difuminar las diferencias. Básicamente, hay que iniciar el proceso legislativo con cautela, porque las operaciones de CPP son a menudo acuerdos complejos, cuyo atractivo solo puede mantenerse a la luz de una reglamentación flexible. En cuanto al tipo de medidas, son preferibles las medidas legislativas a las comunicaciones. Aunque las dudas de la Comisión son comprensibles, puesto que las Directivas relativas a la contratación pública se aprobaron hace dos años y todavía no han sido transpuestas en muchos Estados, la importancia de la materia objeto de regulación exige la codecisión del Parlamento Europeo y del Consejo. Se descarta de plano la adopción de normas de “Derecho indicativo”. Tampoco las comunicaciones interpretativas aportan la deseada seguridad jurídica, sino que, por el contrario, conducen a la iniciación de ulteriores procedimientos ante el Tribunal de Justicia.

Desde la perspectiva de la política normativa, habría que defender el claro punto de vista de que allí donde se seleccione un socio privado, hay que optar por la aplicación de procedimientos transparentes. Además de los requisitos de transparencia y de competencia leal entre los operadores del mercado, existe la razón básica de que el sector privado y el público están motivados por intereses distintos. En cambio, hay que actuar de modo distinto cuando la colaboración se establece entre municipios, como expresión de la soberanía organizativa municipal. Dado que los problemas que plantea la CPP varían según el tema, en lo que sigue se tratan por separado.

Operaciones de CPP en las que el acto de adjudicación es un contrato público

En las operaciones de CPP en las que el acto de adjudicación tiene el carácter de contrato público se plantea especialmente la cuestión de la aplicación del procedimiento de adjudicación.

La introducción del diálogo competitivo ha supuesto la aparición de un nuevo procedimiento de adjudicación, que viene a sumarse a los conocidos procedimientos abiertos, restringidos y negociados. En el procedimiento de diálogo competitivo se combinan elementos de los procedimientos de licitación y de negociación. Se sitúa por debajo del procedimiento abierto y del restringido, pero por encima del procedimiento negociado. Los Estados miembros pueden recurrir al diálogo competitivo en el caso de adjudicaciones de contratos particularmente complejos. La definición de este concepto plantea dificultades. Existe una complejidad particular cuando el organismo adjudicador:

- no es objetivamente capaz de definir los medios técnicos que pueden responder a sus necesidades y objetivos y/o
- no es objetivamente capaz de establecer la organización jurídica o financiera, o ambas, de un proyecto.

Por tanto, cabe plantearse si los proyectos de CPP se caracterizan normalmente por tal complejidad particular. Hay que decir al respecto que suelen ser particularmente complejos,

aunque no siempre es así. Hay que evaluar cada caso individualmente. En todo caso, cabe señalar que el procedimiento del diálogo competitivo para la adjudicación de contratos de CPP es preferible, porque combina las ventajas del procedimiento restringido con las del procedimiento negociado. Su flexibilidad permite elaborar soluciones óptimas en contextos de máxima presión competitiva. Entre sus inconvenientes se cuentan la complejidad y el esfuerzo que exige a todos los participantes. Ambos, no obstante, se ven compensados por la elevada transparencia en comparación con el procedimiento negociado. De esta forma, se reduce el peligro de comportamientos ajenos a la competencia. A fin de facilitar la aplicación del procedimiento, la Comisión debería especificar el concepto de «complejidad jurídica y financiera».

Operaciones de CPP en las que el acto de adjudicación es una concesión

Uno de los puntos principales en el debate en curso sobre la CPP gira en torno a la cuestión de si, en el caso de las concesiones de servicios, debe establecerse un régimen comunitario y, en caso afirmativo, si éste ha de ser independiente del aplicable a los contratos públicos o si ambos pueden integrarse. Hace unos años, la Comisión ya presentó una Comunicación sobre las concesiones en el Derecho comunitario. A raíz de los resultados de esa consulta, la Comisión decidió empezar con una valoración de las consecuencias, antes de decidir si publicar otra comunicación interpretativa o una propuesta de directiva. Cabe acoger con satisfacción esta forma de proceder.

La inexistencia que en este ámbito de toda obligación de coordinación de las disposiciones en vigor, así como el hecho de que sean muy pocos los Estados miembros propicios a regular específicamente las concesiones de servicios, se oponen a la apertura comunitaria de los mercados afectados. Esta situación no solo implica el peligro de una pérdida de competitividad, sino que además causa inseguridad jurídica. Resulta ésta, ante todo, de las dificultades de delimitación, ya que en el caso de proyectos de CPP complejos no siempre resulta fácil identificarlos como concesiones de servicios o como contrato de servicios.

Por tanto, la ventaja decisiva de una regulación jurídica del procedimiento de adjudicación en el caso de las concesiones radica en la seguridad jurídica a escala europea que implica. Y seguridad jurídica significa además seguridad de inversiones, que tienen a su vez un efecto positivo sobre la competencia. Una regulación de las concesiones debería establecer un procedimiento de adjudicación concreto que tenga en cuenta las características específicas de esta institución. También aclararía que las autoridades no pueden otorgar a una empresa una concesión sin un procedimiento de selección competitivo. Esta competencia supone por regla general – en beneficio de los contribuyentes – unos precios más bajos por unos servicios de igual o incluso mejor calidad. Mientras la oferta no se ajuste a lo previsto en una regulación jurídica, quedará la sospecha de que las concesiones de servicios sirven para eludir la normativa sobre adjudicación de contratos.

La CPP institucionalizada (CPPI) y las entidades *in house*

La CPPI implica la creación de una entidad económica común del socio privado y el público.

Esta entidad tiene como misión preparar o prestar un servicio en beneficio de los ciudadanos, normalmente en el ámbito de los servicios de interés general. Ahora bien, la CPP institucionalizada puede llevarse a cabo no sólo mediante la creación de una empresa mixta, pero también mediante la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado, es decir, modificando una entidad existente.

En tal sentido, cabe preguntarse si estos dos procedimientos, creativo o modificativo, son relevantes desde el punto de vista de la normativa sobre adjudicación de contratos públicos. La Comisión considera que el socio privado de la empresa debe ser seleccionado a la luz de las obligaciones de transparencia y no discriminación y en función de la forma concreta del contrato, según lo dispuesto en las Directivas sobre contratación pública o en el Tratado CE. Cabe seguir la línea de la Comisión, dado que solo es posible garantizar una competencia leal mediante una selección del socio privado basada en criterios objetivos. Una vez seleccionado un socio privado de una empresa mixta, cualquier licitación ulterior para la adjudicación del contrato resultaría ser un esfuerzo burocrático innecesario. Por tanto, habría que evitar una duplicación de licitaciones.

A este respecto, también se plantea la cuestión de si la adjudicación de un contrato público o de una concesión a una empresa mixta obliga a seguir un procedimiento de licitación. (la llamada problemática de las entidades *in house*). Las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos «Teckal» y «Stadt Halle» han establecido los criterios de referencia.

Según la sentencia en el asunto Teckal, la participación del organismo adjudicador en la empresa mixta no justifica la excepción de los principios reguladores de la adjudicación. Lo decisivo es que la adjudicación se hace a una persona jurídica distinta. Tan sólo se exceptúa la aplicación del Derecho en materia de contratación cuando el organismo adjudicador ejerce sobre la empresa mixta un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, a la vez, la empresa realiza la parte esencial de su actividad para el sector público. Únicamente las entidades que cumplen ambos criterios pueden considerarse entidades *in house* con respecto al organismo adjudicador. La sentencia del asunto Stadt-Halle ha aportado más claridad. En ella, el Tribunal de Justicia declara que un organismo adjudicador solo puede confiar una tarea a una empresa propia sin atenerse a la legislación sobre contratación pública cuando sea el único socio de la misma. En opinión del Tribunal, solo entonces ejerce sobre la empresa un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

Hay que estar de acuerdo con esta jurisprudencia, básicamente por dos motivos: por un lado, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta a los intereses públicos. Por otro lado, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría el objetivo de evitar el falseamiento de la competencia y el principio de igualdad de trato de los interesados. Otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la empresa pública una ventaja en relación con sus competidores.

Cooperación intermunicipal

En virtud de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2005 (Comisión contra

España), los acuerdos de cooperación entre corporaciones municipales no pueden excluirse de forma general del Derecho sobre contratación pública. Debe aplicarse esta normativa siempre que dos personas jurídicas distintas celebren un contrato a título oneroso. No influye para nada su estatuto jurídico. Puede tratarse de dos corporaciones locales. La sentencia dio lugar a un debate entre los municipios europeos sobre si las formas de cooperación intermunicipal están sujetas al Derecho sobre adjudicación de contratos y en qué casos.

La respuesta a esta pregunta puede extraerse del concepto de comunidad. Es característica del ordenamiento jurídico de la comunidad en Europa y en los Estados miembros la diferencia entre Estado y sociedad. La sociedad, a la que también pertenece el ámbito de la economía, se caracteriza por la libertad, la autonomía privada y el mercado; el Estado, por el contrario, hay que entenderlo con sus subdivisiones como unidad organizada de poder y de toma de decisiones. La particularidad de un Estado federal radica en que sus subdivisiones estatales poseen personalidad jurídica propia que las diferencia de la personalidad jurídica del Estado como conjunto. No obstante, a efectos de diferenciación en relación con la sociedad, estas subdivisiones siguen formando parte de la estructura estatal. Las normas sobre la cooperación entre los poderes públicos forman parte, al igual que los contratos públicos, de la organización administrativa nacional y, por tanto, hay que diferenciarlas de los llamados contratos de subordinación entre la Administración y los ciudadanos.

A la luz de lo expuesto, los casos de cooperación intermunicipal son básicamente acuerdos sobre competencia dentro de la organización administrativa de un Estado miembro. Según la Comisión, se producen reordenaciones internas de las necesidades públicas. Por tanto, las transferencias de tareas entre municipios no son operaciones de adquisición a terceros, sino medidas de organización intraestatales. Se asigna una determinada tarea dentro del Estado a otro órgano. En este ámbito, la UE no posee ninguna competencia. La organización administrativa nacional se basa en el principio básico de la autonomía organizativa y procedimental de la UE y así lo considera también el Tribunal de Justicia. Si en estos casos se sujetase al Derecho sobre contratación pública una reorganización de las competencias dentro de la organización estatal en su conjunto, se estaría imponiendo una privatización indirecta. Tal cosa no es deseable, porque básicamente el Estado es libre de decidir si presta él mismo los servicios o si los cede en el mercado a terceros. El Derecho sobre contratación pública es un Derecho que regula las consecuencias de una privatización. Asimismo, tal concepción estaría en contradicción con el artículo 295 del Tratado CE, según el cual el Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados miembros.

La soberanía organizativa municipal está garantizada tanto a escala nacional como europea. Desde el punto de vista europeo, resulta por un lado de la idea de subsidiariedad del artículo 5 del Tratado CE y, por otro, de los artículos 2 y 4 de la Carta europea de autonomía regional. También el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa reconoce expresamente en su artículo I-5 la autonomía regional y municipal, así como sus estructuras organizativas conforme a la legislación nacional, cuando dice que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, *también en lo referente a la autonomía local y regional*.

Naturalmente, no todos los acuerdos entre autoridades soberanas *per se* están exento del cumplimiento de la legislación sobre contratación pública. Antes bien, hay que delimitar las medidas de carácter puramente organizativo de los acuerdos entre autoridades administrativas.

A estos últimos les será de aplicación la legislación sobre contratación pública.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2005 sobre los acuerdos de cooperación en España no apunta en otra dirección. En última instancia señala que los acuerdos concluidos en el ámbito de la organización estatal no deben excluirse de forma global y general de la legislación sobre contratación pública.

A la luz de lo expuesto, la Comisión debería elaborar criterios para acabar con la inseguridad jurídica existente.