

Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2008/C 91/02)

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, el fenómeno de la colaboración público-privada (CPP) se ha desarrollado en numerosos ámbitos. La característica de esta cooperación, en general a largo plazo, es la función asignada al socio privado, que participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación), soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuye con frecuencia a la financiación del proyecto.

En el Derecho comunitario, las autoridades públicas son libres de ejercer ellas mismas una actividad económica o confiarla a terceros, por ejemplo a entidades de capital mixto creadas en el marco de una CPP. Sin embargo, cuando los organismos públicos deciden asociar a terceros a actividades económicas en condiciones que puedan calificarse de contratos públicos o de concesiones, deben observar las disposiciones del Derecho comunitario aplicables en la materia. El objetivo de esas disposiciones es permitir a todos los operadores económicos interesados presentar ofertas para contratos públicos y concesiones sobre una base equitativa y transparente, acorde con los principios del mercado interior europeo, aumentando así la calidad de este tipo de proyectos y reduciendo sus costes gracias a una mayor competencia (¹).

La consulta pública con respecto al Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (²) puso de manifiesto (³) que existía una necesidad real de clarificar la aplicación de esas normas en lo relativo a las CPP «institucionalizadas» (CPPI). La Comisión entiende por CPPI la cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones (⁴). La aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI. Por lo tanto, esta última situación no se contempla en la presente Comunicación.

La incertidumbre jurídica que, al parecer, rodea la participación de socios privados en las CPPI puede afectar al éxito de la fórmula. El riesgo de crear estructuras basadas en contratos que más tarde podrían no ajustarse al Derecho comunitario puede, incluso, disuadir a las autoridades públicas y a las entidades privadas de fundar CPPI.

En su Resolución legislativa sobre la colaboración público-privada, de 26 de octubre de 2006 (⁵), el Parlamento Europeo tomaba nota de que los operadores deseaban claridad en la aplicación de la legislación sobre contratos públicos a la creación de empresas público-privadas en relación con la adjudicación de un contrato o una concesión, e invitaba a la Comisión a formular, a la mayor brevedad, las aclaraciones pertinentes.

La presente Comunicación señala lo que deben ser, según la Comisión, las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones (⁶) en caso de creación y explotación de CPPI (⁷). El objetivo de la Comunicación es reforzar la seguridad jurídica y, sobre todo, responder a las

(¹) El Parlamento Europeo estableció al respecto que el cumplimiento de estas normas «puede constituir un instrumento eficaz para evitar las trabas indebidas a la competencia al permitir, al mismo tiempo, a las autoridades públicas definir y controlar las condiciones relativas a la calidad, la disponibilidad, las normas sociales y a la protección del medioambiente» (Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde sobre los servicios de interés general [P5_TA(2004) 0018], punto 32).

(²) COM(2004) 327 de 30 de abril de 2004.

(³) «Colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones» — COM(2005) 569 final de 15 de noviembre de 2005, p. 9.

(⁴) En los Estados miembros se utilizan terminologías y formulaciones diferentes en este contexto (*Kooperationsmodell, joint ventures, Sociétés d'Économie Mixte, etc.*).

(⁵) P6_TA(2006) 0462, apartado 35.

(⁶) La «concesión de obras públicas» es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consiste, bien únicamente en el derecho a explotar la obra, bien en dicho derecho acompañado de un precio; la «concesión de servicios» es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio (véase el artículo 1, apartados 3 y 4, de la Directiva 2004/18/CE, DO L 134 de 30.4.2004, p. 114).

(⁷) La presente Comunicación no abarca los contratos públicos y concesiones de servicios a los que se aplica el artículo 5, apartados 2 a 7 del Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo (DO L 315 de 3.12.2007, p. 1).

dudas frecuentemente manifestadas de que la aplicación del Derecho comunitario a la participación de socios privados en las CPPI, convierta estas fórmulas en poco atractivas o, incluso, resulten imposibles. La adopción de la presente Comunicación forma parte de los compromisos asumidos por la Comisión de proporcionar elementos orientativos en el ámbito de los servicios de interés general, según figuran en la Comunicación sobre los servicios de interés general, incluidos los servicios sociales de interés general⁽⁸⁾, de 20 de noviembre de 2007.

La presente Comunicación no crea ninguna normativa nueva y refleja la interpretación que la Comisión hace del Tratado CE, las directivas sobre los contratos públicos y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Hay que señalar que, en cualquier caso, la interpretación del Derecho comunitario corresponde, en último término, al TJCE.

2. LA CREACIÓN DE UNA CPPI

2.1. Principios

En relación con la creación de CPPI, no existe una normativa comunitaria específica. Sin embargo, en el ámbito de los contratos públicos y las concesiones, el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad y los artículos 43 y 49 del Tratado CE, sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente, son aplicables en caso de que una autoridad pública confíe a un tercero la prestación de actividades económicas⁽⁹⁾. Más específicamente, los principios que emanan de los artículos 43 y 49 del Tratado CE no son únicamente la no discriminación y la igualdad de trato, sino también la transparencia, el reconocimiento mutuo y la proporcionalidad⁽¹⁰⁾. Para los casos contemplados por las directivas relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos⁽¹¹⁾ («directivas sobre los contratos públicos»), existen disposiciones precisas.

El hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora⁽¹²⁾ cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto. El TJCE observó⁽¹³⁾ que la participación (aun minoritaria) de una empresa privada en el capital de una empresa en la que también participa la entidad adjudicadora en cuestión excluye, en cualquier caso, la posibilidad de una relación «interna» (*in-house*), a la que, en principio, no se aplica la legislación sobre contratos públicos, entre dicha entidad adjudicadora y dicha empresa⁽¹⁴⁾.

2.2. Proceso de creación

En la práctica, la creación de una CPPI se traduce habitualmente:

- en la creación de una nueva empresa cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora y al socio privado —en algunos casos, a varias entidades adjudicadoras y/o a varios socios privados—, y la adjudicación de un contrato público o de una concesión a esa entidad de capital mixto, de nueva creación, o
- en la participación de un socio privado en una empresa pública existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna.

⁽⁸⁾ COM(2007) 725 de 20 de noviembre de 2007; véase también el documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Questions-Réponses sur l'application des règles "marchés publics" aux services sociaux d'intérêt général» SEC(2007) 1514, que acompaña a la Comunicación de 20 de noviembre de 2007.

⁽⁹⁾ Asunto C-458/03, Parking Brixen, Rec. 2005, I-8612, apartado 61.

⁽¹⁰⁾ Véase la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (DO C 121 de 29.4.2000, p. 6).

⁽¹¹⁾ Directiva 2004/18/CE (véase la nota 6 a pie de página) y Directiva 2004/17/CE (DO L 134 de 30.4.2004, p. 1).

⁽¹²⁾ En la presente Comunicación, la expresión «entidad adjudicadora» designa tanto a los poderes adjudicadores a que se refiere el artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18/CE como a las entidades adjudicadoras a que se refiere el artículo 2 de la Directiva 2004/17/CE.

⁽¹³⁾ Asunto C-26/03, Stadt Halle, Rec. 2005, I-1, apartado 49.

⁽¹⁴⁾ Según el TJCE (asunto C-410/04, ANAV, Rec. 2006, p. I-3303, apartado 30 y ss.) lo que cuenta en lo que se refiere a la legislación sobre contratos públicos no es, sin embargo, únicamente la participación efectiva de un tercero en el capital de una empresa pública, sino la voluntad en sí de una entidad adjudicadora de abrir en el futuro el capital de una filial al sector privado. En otros términos, la adjudicación interna de un contrato público o una concesión a una empresa pública queda descartada cuando la intención es abrir el capital de ésta a las entidades privadas durante el período de ejecución de esos contratos. En cambio, según la Comisión, la simple posibilidad teórica de que una entidad privada participe en el capital de una filial de una entidad adjudicadora no pone en tela de juicio el vínculo interno entre la entidad adjudicadora y su filial.

Independientemente de cómo se haya creado una CPPI, las disposiciones de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios⁽¹⁵⁾, o cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto⁽¹⁶⁾. En cualquier caso, las entidades adjudicadoras no pueden «recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta»⁽¹⁷⁾.

La Comisión considera a este respecto que una doble licitación (la primera para la selección del socio privado de la CPPI, y la segunda, para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto) no resulta muy práctica.

Una de las posibilidades que se ofrecen para crear una CPPI conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas derivados de la doble licitación, es actuar de la manera siguiente: el socio privado es seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión⁽¹⁸⁾ que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto.

2.3. Selección de los socios privados para las CPPI

2.3.1. Base jurídica

Cuando la misión asignada a una entidad de capital mixto es la ejecución de un contrato público enteramente cubierto por las directivas sobre los contratos públicos, el procedimiento de selección del socio privado está determinado por esas directivas. Cuando se trata de una concesión de obras o de un contrato público parcialmente cubiertos por dichas directivas, paralelamente a las disposiciones pertinentes de las citadas directivas, son aplicables las normas y los principios fundamentales del Tratado CE. En el caso de los servicios que figuran en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE, se aplicarán los principios fundamentales del Tratado CE a que se refieren los artículos 43 y 49 cuando esos contratos puedan considerarse de interés indudable para las empresas situadas en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora en cuestión⁽¹⁹⁾. Por último, en el caso de una concesión de servicios o de un contrato público no cubierto por las directivas sobre los contratos públicos, la selección de un socio privado se ha de hacer con arreglo a los principios del Tratado CE.

La jurisprudencia citada en el presente documento se refiere, en parte, a los contratos públicos que están cubiertos por el conjunto de disposiciones de aplicación de las directivas. Sin embargo, dado que esta jurisprudencia se basa con frecuencia en los principios del Tratado CE, también puede resultar pertinente para la aplicación del Derecho comunitario a otras situaciones, como las concesiones o contratos no sujetos, o sujetos sólo parcialmente, a las disposiciones de aplicación de las directivas sobre los contratos públicos⁽²⁰⁾.

2.3.2. Procedimiento de adjudicación

Cuando la creación de una CPPI implica la adjudicación de un contrato público enteramente cubierto por la Directiva 2004/18/CE a una entidad de capital mixto, puede ocurrir que, dada la complejidad financiera o jurídica del contrato, los procedimientos abiertos y restringidos definidos en la citada Directiva no ofrezcan suficiente flexibilidad. Para esas situaciones, la Directiva 2004/18/CE introdujo un procedimiento innovador

⁽¹⁵⁾ Un procedimiento equitativo y transparente de selección del socio privado de una CPPI garantiza que se respeten el objetivo de libre competencia no falseada y el principio de igualdad de trato, principalmente evitando que la empresa privada que participa en el capital de la CPPI se beneficie de ventajas indebidas con respecto a sus competidores. Así, la fundación de una CPPI mediante un procedimiento de selección equitativa y transparente del socio privado de dicha entidad de capital mixto responde a las exigencias respectivas del TJCE formuladas en el asunto Stadt Halle (véase la nota 13 a pie de página, apartado 51).

⁽¹⁶⁾ Las entidades adjudicadoras pueden adjudicar directamente contratos públicos cubiertos por la Directiva 2004/17/CE a sus empresas asociadas, según se definen en el artículo 23 de dicha Directiva.

⁽¹⁷⁾ Asunto C-29/04, Comisión contra Austria, Rec. 2005, p. I-9705, apartado 42.

⁽¹⁸⁾ Si la CPPI en cuestión se crea mediante la participación de un socio privado en una empresa pública existente, el objeto del procedimiento de selección del socio privado para dicha CPPI puede ser confiar la ejecución de contratos públicos o concesiones que hasta entonces habían sido ejecutados internamente por la empresa pública.

⁽¹⁹⁾ Asunto C-507/03, Comisión contra Irlanda, [2007], apartado 32 (aún sin publicar en la Recopilación).

⁽²⁰⁾ En cuanto a las directrices para la adjudicación de dichos contratos, véase la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DO C 179 de 1.8.2006, p. 2). Algunos Estados miembros y el Parlamento Europeo introdujeron ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso de anulación contra dicha Comunicación. A la hora de adoptar la presente Comunicación, el asunto todavía está pendiente.

—el diálogo competitivo⁽²¹⁾— cuyo fin es salvaguardar tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato⁽²²⁾.

Para la adjudicación de contratos públicos enteramente cubiertos por la Directiva 2004/18/CE, el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación sólo se puede utilizar en casos excepcionales⁽²³⁾. En cambio, las entidades adjudicadoras siempre pueden recurrir al procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación cuando adjudican concesiones o contratos públicos distintos de los que están enteramente cubiertos por la Directiva 2004/18/CE.

2.3.3. *Información sobre el proyecto*

Cuando la tarea contemplada por la creación de una CPPI está cubierta por las directivas sobre los contratos públicos o por disposiciones comunitarias sectoriales que prevén disposiciones en materia de contratos públicos⁽²⁴⁾, se han de observar disposiciones específicas en materia de publicidad⁽²⁵⁾. Por lo que se refiere a los demás contratos y concesiones de servicios con arreglo a los principios de transparencia e igualdad de trato derivados del Tratado CE⁽²⁶⁾, los posibles licitadores deben tener acceso a la información adecuada sobre el proyecto de la entidad adjudicadora de crear una entidad de capital mixto para confiarle un contrato público o una concesión. El acceso a la información adecuada sólo se puede garantizar mediante la publicación de un anuncio accesible a las partes potencialmente interesadas, antes de seleccionar al socio privado.

2.3.4. *Criterios de selección y adjudicación admitidos,y requisitos de transparencia para dichos criterios*

Según la Comisión, el Derecho comunitario obliga a la entidad adjudicadora a publicar los criterios de selección y adjudicación para la determinación del socio privado de la CPPI. Los criterios aplicados deben respetar el principio de no discriminación. Esta obligación se aplica a los contratos públicos enteramente cubiertos por las directivas sobre los contratos públicos⁽²⁷⁾ y también, según la Comisión, a los demás contratos públicos y concesiones. La selección de candidatos a participar en el procedimiento y la selección de ofertas se han de efectuar tomando como base esos criterios, y la entidad adjudicadora debe observar las reglas de procedimiento y los requisitos fundamentales fijados inicialmente⁽²⁸⁾.

Las directivas sobre los contratos públicos prevén obligaciones específicas en lo que se refiere a las capacidades personales del socio privado, como son la situación personal del candidato, su capacidad económica y financiera, su habilitación para ejercer la actividad profesional en cuestión y su capacidad técnica y/o profesional⁽²⁹⁾. Estos criterios también se pueden utilizar en el contexto de las concesiones y los contratos públicos que no están enteramente cubiertos por las directivas sobre los contratos públicos.

En cuanto a los servicios sociales de interés general, el documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Questions-Réponses sur l'application des règles "marchés publics" aux services sociaux d'intérêt général»⁽³⁰⁾ ha aportado clarificaciones sobre los criterios de selección y adjudicación posibles.

2.3.5. *Elementos específicos de los estatutos, del pacto entre accionistas y del contrato público o la concesión*

Los principios de igualdad de trato y no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, a favor de cualquier licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita la apertura del mercado a la competencia⁽³¹⁾. En el marco de la creación de una CPPI, esta obligación implica, según la Comisión, que la entidad adjudicadora incluya en el anuncio de licitación, o en el pliego de

⁽²¹⁾ Véase el artículo 29 de la Directiva 2004/18/CE.

⁽²²⁾ Véase el considerando 31 de la Directiva 2004/18/CE.

⁽²³⁾ Véanse los artículos 30 y 31 de la Directiva 2004/18/CE.

⁽²⁴⁾ Véase, por ejemplo, el artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (DO L 15 de 23.1.1993, p. 33).

⁽²⁵⁾ Véase el artículo 41 y ss. de la Directiva 2004/17/CE, y los artículos 35, 36 y 58 de la Directiva 2004/18/CE.

⁽²⁶⁾ Asunto C-324/98, Telaustria, Rec. 2000, I-10745, apartados 60 y 61.

⁽²⁷⁾ Asunto C-19/00, SIAC Constructions, Rec. 2001, I-7725, apartados 41-45; asunto C-31/87 Bentjees, Rec. 1988, p. 4635, apartado 29 y ss.

⁽²⁸⁾ Aunque las especificaciones prevean la posibilidad de que los candidatos aporten mejoras técnicas a las soluciones propuestas por la entidad adjudicadora (algo que ocurrirá frecuentemente en el caso de las CPPI), esas modificaciones no podrán afectar a los requisitos fundamentales del proyecto y deberán delimitarse.

⁽²⁹⁾ Véanse los artículos 45 a 48 de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 54 de la Directiva 2004/17/CE.

⁽³⁰⁾ Véase la nota 8 a pie de página.

⁽³¹⁾ Véase el asunto C-324/98, Telaustria (véase la nota 26 a pie de página, apartado 62); asunto C-458/03 Parking Brixen (véase la nota 9 a pie de página, apartado 49).

condiciones, la información fundamental sobre los documentos siguientes: el contrato público y/o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse y los estatutos de dicha entidad, el pacto entre accionistas y todos los demás elementos por los que se rige, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse. Si la entidad adjudicadora aplica el diálogo competitivo o el procedimiento negociado, es posible que una parte de esa información no tenga que fijarse por anticipado. Estos elementos se pueden determinar durante el diálogo o la negociación con las empresas candidatas. La convocatoria de licitación debería incluir información sobre la duración prevista del contrato público que la entidad de capital mixto ha de ejecutar o de la concesión que ha de explotar.

Según la Comisión, el principio de transparencia impone que se indique claramente en la documentación del anuncio de licitación las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones. La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz.

Es deseable que el contrato entre la entidad adjudicadora y el socio privado defina, de entrada, el camino a seguir cuando no se adjudica ninguna tarea adicional a la entidad de capital mixto y/o cuando no se renuevan los contratos públicos que tiene encomendados. Según la Comisión, conviene formular los estatutos de manera que permitan un cambio posterior de socio privado. Como el socio privado no se puede excluir de oficio de un nuevo procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora deberá prestar especial atención, en ese caso, a la obligación de transparencia y a la igualdad de trato de todos los licitadores.

3. LA FASE POSTERIOR A LA CREACIÓN DE LA CPPI

El TJCE ha observado que las empresas abiertas, incluso parcialmente, al capital privado no se pueden considerar estructuras de gestión «interna» de un servicio público por cuenta de las entidades territoriales a las que pertenecen⁽³²⁾. De ello se desprende que las normas aplicables a los contratos públicos y las concesiones, tanto si emanan del Tratado CE como de las directivas sobre los contratos públicos, deben cumplirse a la hora de adjudicar a las entidades de capital mixto contratos públicos o concesiones distintos de los licitados en el marco del procedimiento que ha dado lugar a la creación de la CPPI en cuestión. En otros términos, las CPPI deben conservar su campo de actividad inicial y no pueden obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el Derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones.

Sin embargo, como la CPPI se suele crear para prestar un servicio durante un período bastante largo, debe estar en condiciones de adaptarse a determinados cambios operados en el entorno económico, jurídico o técnico. Las disposiciones comunitarias sobre contratos públicos y concesiones no impiden tener en cuenta estas evoluciones siempre que se cumplan los principios de igualdad de trato⁽³³⁾ y de transparencia⁽³⁴⁾. Así, cuando la entidad adjudicadora desea, por motivos concretos, que algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar tras la elección del adjudicatario, se ha de prever expresamente esa posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación o en los pliegos de condiciones, y definir el marco en el que se ha de desarrollar el procedimiento, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio y se encuentren, por lo tanto, en pie de igualdad en el momento de presentar su oferta⁽³⁵⁾.

Cualquier modificación de los términos esenciales del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones exige un nuevo procedimiento de licitación⁽³⁶⁾. El TJCE considera que un término es esencial, en particular, cuando se trata de una estipulación que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta⁽³⁷⁾. Cabe citar, como ejemplo de términos esenciales del contrato, el objeto de las obras o los servicios que ha de prestar el adjudicatario, o los cánones impuestos a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario.

⁽³²⁾ Véase el asunto C-231/03, Coname, Rec. 2005, I-7287, apartado 26; asunto C-410/04, ANAV (véase la nota 14 a pie de página, apartado 32).

⁽³³⁾ Véanse, entre otros, los asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, Lombardini y Mantovani, Rec. 2001, I-9233, apartado 37, y el asunto C-315/01, GAT, Rec. 2003, I-6351, apartado 73.

⁽³⁴⁾ Véanse, entre otros, el asunto C-92/00, HI, Rec. 2002, I-5553, apartado 45, y el asunto C-470/99, Universale-Bau, etc., Rec. 2002, I-11617, apartado 91.

⁽³⁵⁾ Véase el asunto C-496/99 P, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA, Rec. 2004, I-3801, apartado 118.

⁽³⁶⁾ Véase el asunto C-337/98, Comisión contra Francia, Rec. 2000, I-8377, apartado 50.

⁽³⁷⁾ Véanse el asunto C-496/99 P, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA, y la nota 35 a pie de página, apartado 116 y ss.

Hay que recordar que, por lo que se refiere a los contratos públicos enteramente cubiertos por las directivas y las concesiones de obras, el Derecho derivado especifica las situaciones excepcionales en las que está permitida la adjudicación directa y sin apertura a la competencia de obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto inicialmente considerado ⁽³⁸⁾.

En Derecho comunitario, la entidad de capital mixto es libre, como cualquier operador económico, de participar en las licitaciones públicas ⁽³⁹⁾. Esto vale también para las adjudicaciones que son necesarias por una modificación importante o una prolongación de los contratos públicos o las concesiones ya adjudicados a la entidad de capital mixto por la entidad adjudicadora que la creó. En ese caso, la entidad adjudicadora debe prestar especial atención a la obligación de transparencia y a la igualdad de trato de todos los licitadores. Deben tomarse medidas de salvaguardia específicas para garantizar la separación estricta de las personas que preparan la licitación y deciden sobre la adjudicación de la misión dentro de la entidad adjudicadora, por una parte, y las que se ocupan de la gestión de la CPPI, por otra, y para impedir cualquier transmisión de información confidencial de la entidad adjudicadora a la entidad de capital mixto.

⁽³⁸⁾ Véanse los artículos 31 y 61 de la Directiva 2004/18/CE, y el artículo 40, apartado 3, letras f) y g) de la Directiva 2004/17/CE. La Comisión considera que las excepciones pertinentes pueden aplicarse también a los contratos no cubiertos por las directivas, incluidas las concesiones de servicios (véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto C-525/03, Comisión contra Italia, apartados 46 a 48). En principio, la Comisión considera que las modificaciones de los términos esenciales de una concesión de servicios no previstas en los documentos de la licitación sólo son aceptables cuando son necesarias en razón de una circunstancia imprevista, o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas (artículo 46 del Tratado CE).

⁽³⁹⁾ El considerando 4 de la Directiva 2004/18/CE requiere a los Estados miembros que vean por que la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no distorsione la competencia con respecto a licitadores privados.