

DIÁLOGO COMPETITIVO

José Luis BORREGUERO ALEJANO



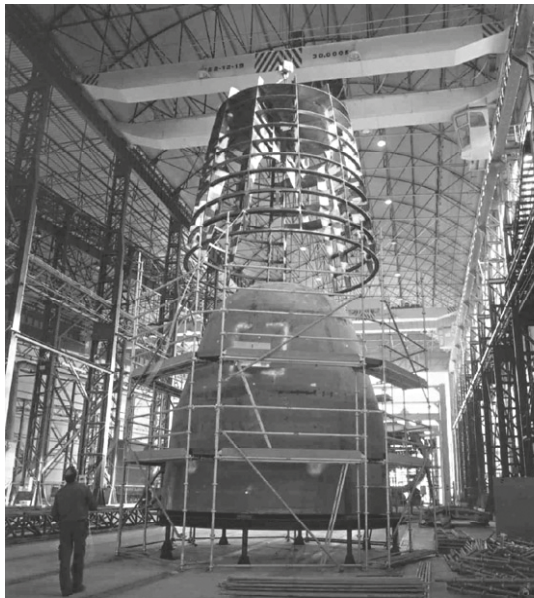
UPONGAMOS una situación hipotética en la que las Fuerzas Armadas pretenden acometer el sostenimiento de los Sistemas de Armas por familias, según una de las «novedosas» fórmulas de mejorar la operatividad del material de nuestros ejércitos.

Cualquier órgano de contratación, en esta situación, se encuentra con la dificultad de establecer un Pliego de Condiciones (Técnicas y Administrativas) que contemple toda la casuística y remuneración económica más adecuada posible al futuro contrato.

Sería éste el primer contrato de una presumible larga tanda, por lo que podremos considerar este proyecto como «particularmente complejo»; por supuesto, además, por la dificultad intrínseca que conlleva la definición de las múltiples tareas que se operan en dichos sistemas de armas, así como por otros aspectos técnicos, amén de por la forma de remuneración de los trabajos que se efectúen sobre los mismos, por la flexibilidad que se requiere en cuanto a cantidad y calidad del soporte presupuestario, por el marco administrativo legal aplicable tanto al contrato como a los posibles licitadores, por el control y vigilancia a ejercer sobre el desarrollo del contrato, etcétera.

Así las cosas, sería poco aconsejable matar al mensajero, o lo que es lo mismo, criticar al órgano de contratación por pretender aplicar una fórmula novedosa de sostenimiento que se ha ensayado en otros países de nuestro entorno con cierto éxito. Entonces, ¿cuál es la solución a esta situación? Podría seguir intentándose, una vez más, la «huida de las normas constreñidoras de la vigente legislación contractual administrativa nacional», y crear entidades instrumentales a las que aplicar un derecho diferente, menos rígido, para posibilitar la aplicación de alguno de los apartados del artículo 210 del Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; aunque, aun así, quedaría el escollo de la duración del contrato.

Con la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el ya lejano 30 de abril de 2004, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento



Construcción *Scorpene*.

Europeo y del Consejo (en lo sucesivo la Directiva), se ha materializado una de las soluciones que la Comisión venía barajando desde tres años antes: el denominado Diálogo Competitivo.

El Diálogo Competitivo podría definirse, de forma simplificada, como un procedimiento especial que tiene características en común tanto con el Procedimiento Restringido como con el Negociado, con la publicidad de un anuncio o documento descriptivo. El Diálogo Competitivo se distingue principalmente del Procedimiento Restringido en el hecho de que las negociaciones en relación con cada aspecto del contrato están

autorizadas, y del Procedimiento Negociado por el hecho de que, fundamentalmente, las negociaciones se concentran en una fase concreta del proceso.

Para analizar esta figura con un poco más de detalle, dividiremos el estudio en tres apartados:

- Campo de aplicación.
- Fases del proceso.
- Diálogo final.

Campo de aplicación

A los Órganos de Contratación que deban acometer «proyectos particularmente complejos» puede resultarles objetivamente imposible definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades o evaluar las condiciones técnicas, financieras y jurídicas que pueda ofrecer el mercado, y por ello, añade la Directiva, no se les puede criticar.

La dificultad en cuanto a las especificaciones —sigue añadiendo la Directiva— aparece en el momento en que la definición de las mismas deba hacerse bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, pudiendo incluir estas últimas las características medioambientales, y siendo, no obstante,

todas las especificaciones lo suficientemente precisas como para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los órganos de contratación adjudicar el mismo. Pero también es una dificultad la incapacidad del órgano de contratación para determinar la solución técnica más adecuada para la satisfacción de las necesidades planteadas, de entre todas las posibles. Esta última dificultad será la más habitual en la medida en que uno de los factores de complejidad del proyecto puede venir dado por la novedad de la solución que propongan los licitadores y su falta de contraste en los resultados.

Esta complejidad no podrá ser invocada por el órgano de contratación en todos los casos, sino que habrá de particularizarse en cada ocasión, dependiendo del mercado al que se demande la solución, puesto que la dificultad objetiva no es un concepto abstracto. O lo que es lo mismo, el órgano de contratación tiene la obligación de ser minucioso, hasta el punto de que, pudiendo alcanzar la definición de los recursos técnicos necesarios o establecer el marco legal y financiero adecuado, deberá hacerlo y no deberá utilizar un procedimiento especial como lo es el Diálogo Competitivo. De esta forma evitaremos la perversión de un procedimiento, tal y como ocurrió con el procedimiento negociado sin publicidad.

Por otro lado, la situación de complejidad puede sobrevenir al no tener seguridad el órgano de contratación de que los posibles licitadores van a ser capaces de asumir el riesgo económico derivado del contrato, y por ello se ve abocado a iniciar un procedimiento contractual con una forma de adjudicación con la que no va a obtener la satisfacción de la necesidad inicialmente planteada. Es decir, es el órgano de contratación quien va a invocar la complejidad, al tener que realizar la elección de su estrategia contractual.



Fases del proceso

Comienza con la redacción y publicación, por el órgano de contratación, del llamado Documento Descriptivo. Este documento es clave y equivalente al Pliego de Condiciones (Técnicas más Administrativas), puesto que con él se dan a conocer las necesidades y los requisitos para la satisfacción de las mismas.

A pesar de que los elementos fundamentales que se describen en este documento no van a poder variarse a lo largo del proceso (1), es también cierto que el Documento Descriptivo y el anuncio pueden llegar a ser más pormenorizados que las especificaciones que conocemos en la actualidad y, sin embargo, menos detallistas en cuanto a los elementos que deben cumplir los licitadores y las ofertas iniciales para su presentación. Es esta la razón, a decir de la Comisión, por la que se ha elegido el término Documento Descriptivo para diferenciarlo del conocido actualmente como Pliego de Condiciones.

En el anuncio, cuyo contenido se fija en el Anexo VII A de la Directiva, se podrán fijar los niveles mínimos de capacidad económica, financiera, técnica y profesional que los candidatos y licitadores deben cumplir para ser elegidos, aunque en cualquier caso los niveles exigidos deberán estar en consonancia con el objeto del contrato.

El número mínimo de candidatos a presentar ofertas en este procedimiento debe ser siempre superior a tres, y el órgano de contratación podrá limitar el número máximo de candidatos respetando el mínimo de tres, siempre y cuando exista un número de candidatos adecuado suficiente para la presentación de ofertas, negociación y diálogo. Esta limitación del número máximo de candidatos, cuando se quiera hacer valer, deberá ser fijada por el Órgano de Contratación en el anuncio de licitación. También deberán figurar en el citado anuncio los criterios objetivos y no discriminatorios que utilizará el órgano de contratación para la selección de los licitadores, así como la posibilidad de realizar el Diálogo Competitivo en sucesivas fases selectivas.

Cuando el objeto contractual pueda establecerse en lotes, se indicará si los candidatos pueden ofertar por uno, varios o la totalidad de estos lotes, recogiendo en el anuncio de licitación, ya que la inclusión de esta opción una vez comenzado el proceso supondría un cambio fundamental en el mismo, quedando inmediatamente invalidado.

Respecto de las variantes, entendidas éstas como soluciones alternativas a una solución estándar, no son aceptables en un Diálogo Competitivo que, por definición, carece de la denominada solución estandarizada. Sin embargo, el órgano de contratación puede estimar necesaria la aceptación de determinadas variantes para especificaciones concretas relativas a la definición del objeto contractual, con lo que dicho órgano de contratación se obliga a establecer, de forma inequívoca, los mínimos aceptables de la especificación variante y a fijarlos en el Documento Descriptivo.

El anuncio de licitación ha de contener el criterio a utilizar para la adjudicación del contrato, que en este procedimiento siempre será «la oferta económicamente más ventajosa», indicando los elementos que la determinan, así como su ponderación; siempre y cuando dichos criterios no se hubieran fijado en el documento descriptivo o vayan a incorporarse en la invitación a participar en el diálogo. El Órgano de Contratación podría no poder establecer la ponderación de los criterios, precisamente por la dificultad que supone el contrato (2), siendo ésta la razón por la que se utiliza el Diálogo Competitivo, de manera tal que no se establecería dicha ponderación en ningún documento hasta la adjudicación.

Con la publicación de este anuncio de licitación se abre un plazo para que los candidatos remitan las solicitudes de participación en el Diálogo Competitivo. El plazo a fijar por el Órgano de Contratación para la recepción de las solicitudes de participación ha de tener en cuenta la complejidad del contrato y la dificultad de la preparación y presentación de las ofertas, cumpliendo en cualquier caso con el mínimo fijado en 37 días, contados a partir de la fecha de envío de este anuncio de licitación.

Terminado dicho plazo y recibidas las solicitudes de participación, el Órgano de Contratación seleccionará, si se ha limitado el número de candidatos, a aquéllos con los que se llevará a cabo un diálogo cuyo objetivo será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer lo mejor posible sus necesidades. Durante este diálogo se podrán debatir todos los aspectos del contrato, no sólo los técnicos, sino también los de índole financiera, contractual, de precios, costes, legales e incluso administrativos.

Durante esta fase del diálogo, el Órgano de Contratación deberá cuidar la igualdad de trato a todos los participantes, sin que se pueda revelar a ningún participante la información y soluciones propuestas por cualquier otro. La información a suministrar a cada uno debe ser cuidadosamente sistematizada al objeto de poder ofrecer la misma a cada uno de ellos, para lo cual se realizarán diálogos de forma individual con cada participante, ofreciendo la información que requiera cada uno de entre aquella previamente sistematizada, ampliando la misma a petición de uno cualquiera de ellos, en cuyo caso se comunicará al resto de los mismos, la hubieran requerido o no.

El Órgano de Contratación deberá continuar con este diálogo hasta que esté en condiciones de fijar la solución o soluciones que satisfagan, al menos, sus necesidades iniciales. Para ello, podrá requerir a los participantes la presentación por escrito de las soluciones alcanzadas después de sucesivas entrevistas, con objeto de compararlas si es preciso. Esta petición puede suponer para los participantes inversiones económicas considerables en cuanto a la preparación de las sucesivas ofertas mejoradas, por lo que el Órgano de Contratación debería tomar en cuenta tales situaciones a efectos de su compensación, para lo cual se recogerá esta circunstancia en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo. No obstante, estas precisiones, acla-

raciones, ajustes o información complementaria no podrán modificar los elementos fundamentales de la oferta inicial, cuya variación podría falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio. A estos efectos, el Consejo y la propia Comisión han señalado que: «en los procesos abiertos y restringidos todas las negociaciones con los candidatos o licitadores sobre aspectos fundamentales de los contratos implican modificaciones en las que, con probabilidad, se puede distorsionar la competencia y tener consecuencias sobre los precios, por lo que deberán ser descartadas».

La revelación de información, técnica o no, de un participante a otro, sin consentimiento, impide o cuando menos complica la posibilidad de alcanzar soluciones del tipo *Cherry-picking* (obtener una solución que combina más de una de las soluciones presentadas), por lo que si el Órgano de Contratación considera útil o necesaria este tipo de solución deberá recabar de los interesados la autorización oportuna.

Esta fase concluye con la comunicación por el Órgano de Contratación de finalización del diálogo, informando de ello a los candidatos participantes.

Diálogo final

Acto seguido, el Órgano de Contratación invitará a los candidatos elegidos a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y mejoradas durante la fase de diálogo. Dichas ofertas deberán incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto. Exclusivamente, si durante la fase de diálogo anterior el Órgano de Contratación adoptó como solución final una del tipo *Cherry-picking*, podrá solicitar de los candidatos implicados la presentación de una oferta final basada en la citada solución, con lo que será la única ocasión en la que el Órgano de Contratación podría variar las especificaciones del documento descriptivo inicial.

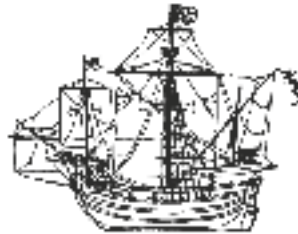
Recibidas las ofertas finales en el plazo fijado por el Órgano de Contratación, para lo cual deberá tener nuevamente en cuenta el apartado primero del artículo 38 de la Directiva 2004/18/CE, éste podría, una vez más, pedir su clarificación, especificación y/o ajuste, siempre y cuando no se modifiquen las condiciones de la solicitud, ya que de lo contrario se podría falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio. Los Órganos de Contratación tienen entonces que evaluar las ofertas finales aplicando los criterios de adjudicación, con lo que se obtendrá la oferta económicamente más ventajosa.

Una vez más, el Órgano de Contratación podrá solicitar la clarificación o confirmación de los compromisos contenidos en la oferta seleccionada, siempre que ello no implique modificación de alguno de los elementos fundamentales de la licitación o de su convocatoria y no suponga una distorsión de la competencia o sea causa de discriminación.

En el Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

actualmente en tramitación parlamentaria, este procedimiento de adjudicación, el Diálogo Competitivo, se trata en los artículos 163 a 167 con apenas variación sobre lo expuesto en los párrafos anteriores. En este contexto del Proyecto de Ley, presumiblemente, la hipótesis que planteábamos al comienzo de estas líneas, el sostenimiento por familias de los sistemas de armas de las Fuerzas Armadas, sería tratado como un contrato de los denominados de colaboración entre el sector público y el sector privado, que a tenor de lo que se establece en el apartado 3 del artículo 164 del citado Proyecto, en el que se recogen los supuestos de aplicación de este contrato, se adjudicaría en todo caso mediante el procedimiento del Diálogo Competitivo.

Según se desprende del artículo 119.3 del Proyecto citado, «el órgano colegiado que ha de evaluar la conveniencia de adoptar esta fórmula de contratación estará integrado por expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato», y supuestamente el estamento militar estará representado, al menos, para ratificar la imposibilidad o no conveniencia de solicitar a tres o más empresas europeas la preparación de ofertas para el sostenimiento de los sistemas de armas de las Fuerzas Armadas españolas. De esta forma, una de las soluciones que se preveía que nos aportaba el nuevo Proyecto de Ley se nos antoja insuficiente, por lo que deberíamos empezar a proponer otra solución.



(1) Los poderes adjudicadores evaluarán las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionarán la oferta económicamente más ventajosa... (Art. 29.7 de la Directiva 2004/18/CE).

(2) Los poderes adjudicadores podrán prescindir de indicar la ponderación de los criterios de adjudicación en casos debidamente justificados, que deben poder motivar, cuando esa ponderación no pueda establecerse previamente, debido, en particular, a la complejidad del contrato. En esos casos deben indicar los criterios por orden de importancia decreciente. (Párrafo segundo del párrafo 46 de la introducción de la Directiva 2004/18/CE).