COMISIÓN
EUROPEA

Bruselas, 28.7.2023
COM(2023) 460 final

INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO

sobre el funcionamiento de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y sobre las repercusiones en el mercado interior de las exclusiones establecidas en el artículo 12

{SWD(2023) 267 final}

INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO

sobre el funcionamiento de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y sobre las repercusiones en el mercado interior de las exclusiones establecidas en el artículo 12

1. INTRODUCCIÓN

La Comisión estima que el valor global de la contratación pública en la UE fue de aproximadamente 2 163 000 millones EUR en 2018, es decir, el 13,6 % del PIB de la UE[1], de los cuales alrededor de 670 000 millones EUR[2] estaban cubiertos por las tres Directivas sobre contratación pública. Cuando las autoridades públicas necesitan movilizar la financiación y los conocimientos técnicos privados para complementar la escasez de recursos públicos, las concesiones pueden ser una forma muy atractiva de llevar a cabo proyectos de interés público, limitando al mismo tiempo la deuda pública. Las concesiones son acuerdos contractuales por los que uno o varios poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos privados. Los contratos de concesión, que ascienden a un valor medio de 63 000 millones EUR al año, respaldan las asociaciones entre el sector público y las empresas privadas en sectores estratégicos clave. Este es el caso, en particular, del desarrollo de infraestructuras, como puertos y aeropuertos, aparcamientos, carreteras de peaje o mantenimiento de autopistas, o de la prestación de servicios de interés económico general como la energía o la eliminación de residuos.

La Directiva 2014/23/UE[3] relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en lo sucesivo, la «Directiva») se adoptó para abordar la ausencia de un marco coherente y exhaustivo para las concesiones a escala de la UE. El objetivo de la Directiva es proporcionar un marco jurídico claro que promueva el uso de concesiones y mejore al mismo tiempo el acceso de las empresas al mercado, garantizando la transparencia y la equidad en los procedimientos de adjudicación.

El artículo 53, párrafo cuarto, de la Directiva indica que la Comisión «examinará la aplicación de la presente Directiva e informará al Parlamento Europeo y al Consejo», mientras que el párrafo tercero de dicho artículo exige a la Comisión que evalúe «los efectos económicos en el mercado interior de las exclusiones [...] [del] [sector del agua]» del ámbito de aplicación de la Directiva. El presente informe presenta las principales conclusiones de dicho examen y dicha evaluación. Se basa en la información del documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva (en lo sucesivo, el «documento de trabajo de los servicios de la Comisión»), que debe leerse junto con el presente informe.

El informe y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión se basan en un conjunto de pruebas procedentes de múltiples fuentes, como los datos extraídos de la base de datos del diario electrónico de licitaciones (TED); la información facilitada por los Estados miembros

---

1 Indicadores de contratación pública 2018, DG GROW, 17 de mayo de 2021 (https://ec.europa.eu/docsroom/documents/48156).

2 Véase la nota 1, p. 1.

3 Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO L 94 de 28.3.2014, p. 1).

de conformidad con el artículo 45 de la Directiva[4]; el estudio sobre la aplicación de la Directiva sobre concesiones realizado para la Comisión por London Economics Europe y Spark Legal (2021)[5]; una encuesta puesta en marcha por los servicios de la Comisión en 2021 para recabar información de los Estados miembros sobre la organización del sector del agua y las posiciones expresadas por las partes interesadas durante un acto en línea organizado por la Comisión sobre la revisión del funcionamiento de la Directiva y la evaluación de la exclusión del agua.

La transposición tardía de la Directiva por parte de todos los Estados miembros —la Directiva no se ha aplicado en toda la UE hasta 2020— impide una evaluación completa del funcionamiento de la Directiva y de la exclusión del sector del agua en este momento. Se necesita más experiencia con la Directiva para realizar una evaluación completa de su funcionamiento, así como del impacto de la exclusión del sector del agua del ámbito de aplicación de la Directiva. No obstante, las tendencias observadas sobre la base de los datos disponibles apuntan a una mayor transparencia en los contratos de concesión, una mayor participación de las pymes en las concesiones y una mejor capacidad administrativa para supervisar la contratación pública y las concesiones a escala nacional.

2. EL MERCADO DE CONCESIONES DE LA UE

El valor total de las concesiones cubiertas por la Directiva y adjudicadas entre 2016 y 2021 se estima en 377 500 millones EUR. El valor total de las concesiones representa el 12 % del total anual del mercado de contratación pública cubierto por las tres Directivas sobre contratación pública combinadas[6]. La Directiva se aplica a las concesiones de valor igual o superior a 5 382 000 EUR[7].

El número total de concesiones adjudicadas en la UE prácticamente se ha duplicado desde el 18 de abril de 2016 (plazo de transposición) y sigue aumentando[8]. Esta tendencia al alza puede observarse en la mayoría de los Estados miembros.

4 El artículo 53, párrafo cuarto, de la Directiva indica que el examen de la aplicación de la Directiva se basará en la información que proporcionen los Estados miembros con arreglo al artículo 45, apartado 3.

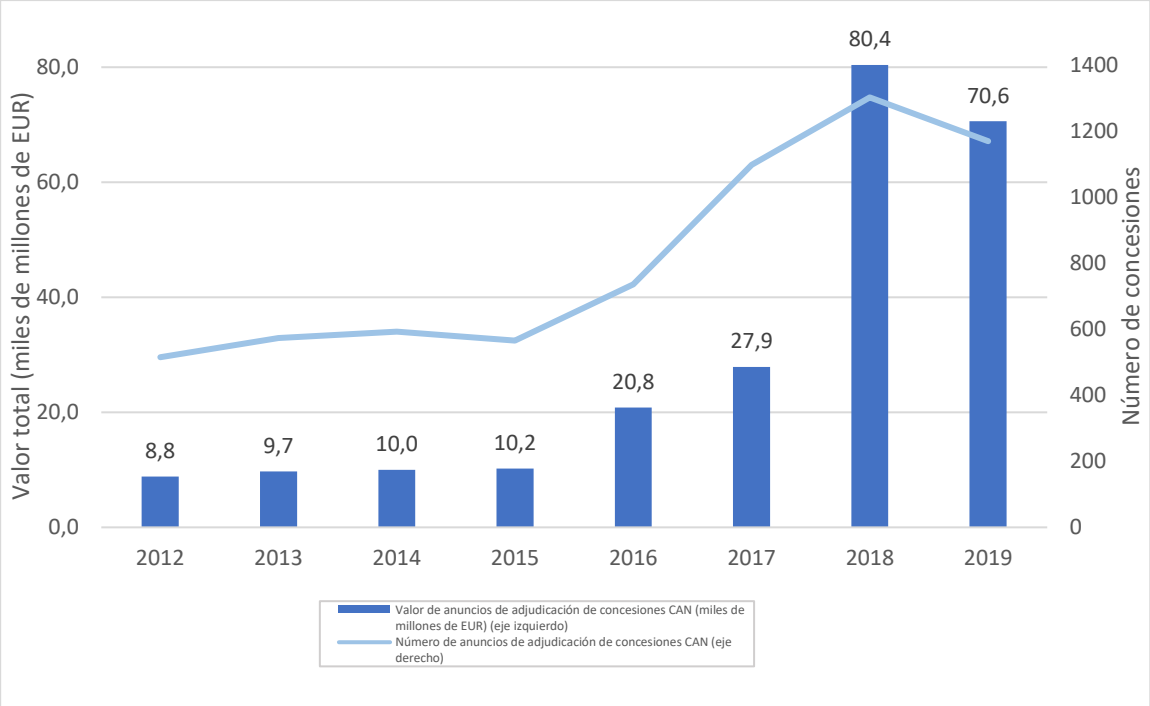
5 El estudio se publicará junto con el presente informe.

6 Datos de 2018 que hacen referencia a la Directiva 2014/23/UE, a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94 de 28.3.2014, p. 65), y a la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO L 94 de 28.3.2014, p. 243).

7 Las concesiones con valores inferiores a este umbral suelen publicarse en el TED.

8 Comparación entre el número total de concesiones adjudicadas en el período 2012-18 de abril de 2016 y el período 19 de abril de 2016-2019. Para más detalles, véase el capítulo 3 del documento de trabajo de los servicios de la Comisión.

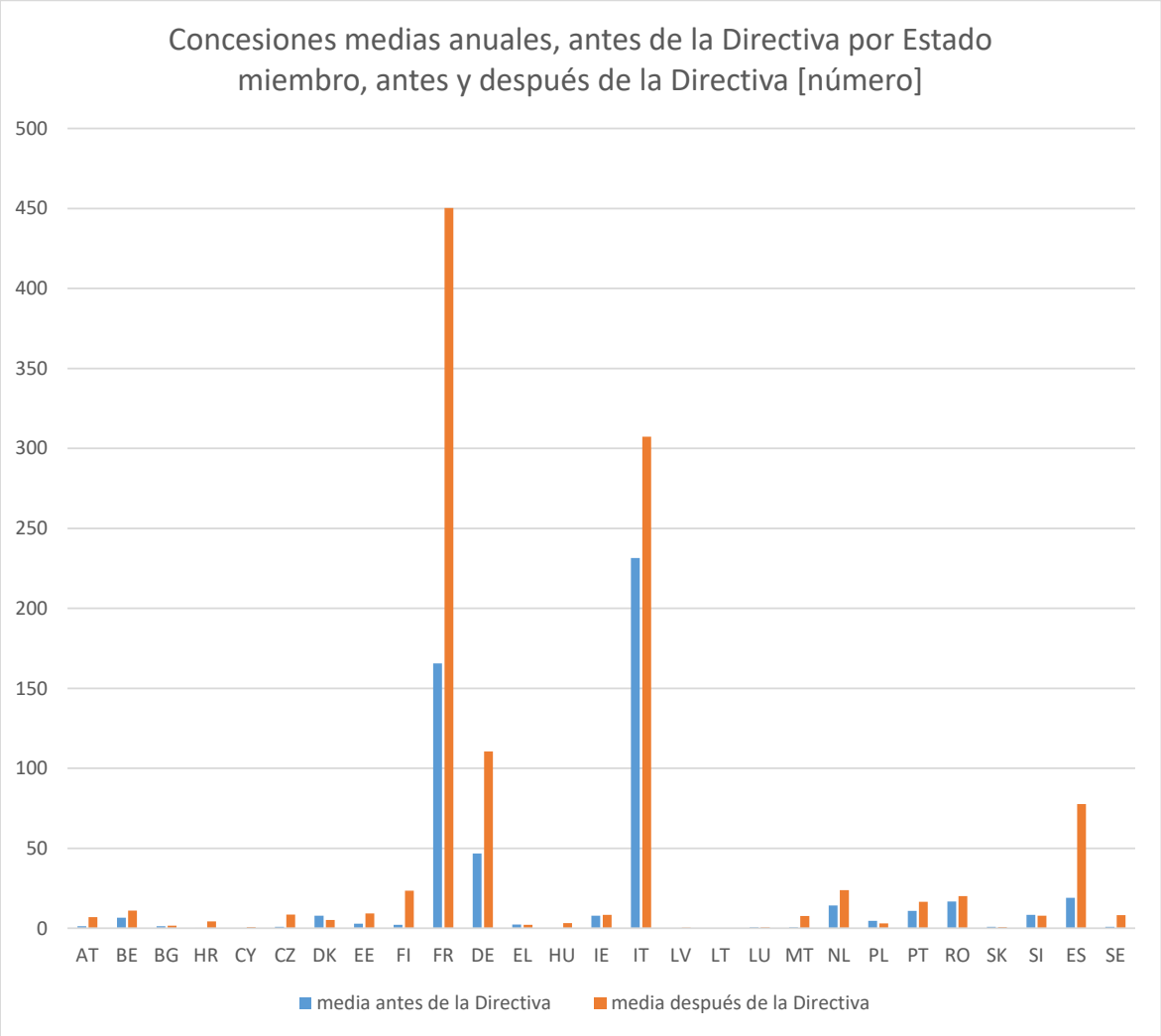
Gráfico 1: Anuncios de adjudicación de concesiones por año [número, valor en miles de millones EUR], países del EEE



Fuente: Estudio sobre la aplicación de la Directiva sobre concesiones, London Economics Europe and Spark Legal (2021), gráfico 41.

Francia e Italia representan más de dos tercios del mercado de concesiones de la UE. Junto con España y Alemania, estos Estados miembros representan el 85 % del aumento total de las adjudicaciones de concesiones en el mismo período. Estados miembros como Austria, Croacia, Finlandia, Hungría, Malta, República Checa y Suecia también han registrado grandes aumentos en el uso de las concesiones.

Gráfico 2: Número medio anual de concesiones por parte de los Estados miembros, antes y después de la Directiva [número]



Fuente: Cálculo interno basado en el Estudio sobre la aplicación de la Directiva sobre concesiones, London Economics Europe and Spark Legal (2021), gráfico 17.

El número de adjudicaciones de concesiones de servicios ha aumentado considerablemente desde el 18 de abril de 2016, el plazo de transposición. Sin embargo, el número de adjudicaciones de concesiones de obras había ido disminuyendo gradualmente antes de esta fecha y ha seguido la misma tendencia después de esta.

Los sectores con mayor número de adjudicaciones de concesiones desde 2016 son: 1) los servicios de hostelería, restauración y comercio minorista; 2) los servicios recreativos, culturales y deportivos; y 3) los trabajos de construcción.

3. TRANSPOSICIÓN Y PROCEDIMIENTOS DE INFRACCIÓN

El objetivo de la Comisión es lograr un pronto cumplimiento a fin de que los ciudadanos y las empresas perciban lo antes posible los beneficios de la legislación de la UE. Esta es la razón por la que, a lo largo de los años, la Comisión ha aumentado su apoyo a los Estados miembros para evitar, en primer lugar, que se cometan infracciones y, en caso de producirse estas, para resolverlas en las primeras fases del procedimiento, sin tener que llevar a un Estado miembro ante el Tribunal de Justicia. Esto ha dado lugar a una disminución del número de casos en los que los Estados miembros se han retrasado en la transposición de las directivas. Para reforzar este enfoque, la Comisión ha propuesto recientemente fijar objetivos concretos en materia de

ejecución con el fin de limitar al 0,5 % tanto el déficit de transposición como el de conformidad[9].

Por lo que se refiere a la Directiva, Los Estados miembros debían transponerla al ordenamiento jurídico nacional a más tardar el 18 de abril de 2016. Al expirar el período de transposición, solo seis Estados miembros habían comunicado las medidas necesarias a la Comisión y en 2016 se iniciaron procedimientos de infracción por falta de comunicación. En febrero de 2020[10], todos los Estados miembros de la UE habían transpuesto la Directiva y todas las infracciones relacionadas con la transposición tardía se han archivado. Sin embargo, tres Estados miembros no transpusieron el artículo que establece exclusiones específicas de la aplicación de la Directiva en el ámbito del agua, y tres Estados miembros lo hicieron solo parcialmente. Por consiguiente, estos Estados miembros también aplican (total o parcialmente) la Directiva a las concesiones de obras y servicios en ámbitos específicos del sector del agua.

Una evaluación de las medidas nacionales de transposición puso de manifiesto que solo diez Estados miembros cumplían plenamente todas las obligaciones de la Directiva en la fecha de expiración del plazo de transposición. Por consiguiente, la Comisión incoó procedimientos de infracción contra los demás Estados miembros en cuatro ocasiones sucesivas (enero de 2019, octubre de 2019, junio de 2021 y diciembre de 2021). A raíz de la notificación de las medidas nacionales y de su evaluación, los procedimientos contra ocho Estados miembros se han archivado formalmente como consecuencia de las medidas legislativas correctoras adoptadas por ellos. Los procedimientos restantes están en curso[11] y se refieren a elementos como el ámbito de aplicación, los criterios de exclusión de los operadores económicos y la modificación de los contratos.

En varios Estados miembros, las autoridades nacionales han publicado orientaciones en relación con las normas sobre concesiones.

4. PRINCIPALES CONCLUSIONES DE LA REVISIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LA DIRECTIVA

La Directiva persigue dos objetivos principales: 1) proporcionar seguridad en cuanto al marco jurídico mediante la definición de determinados conceptos y la codificación de ciertos principios relativos a la adjudicación de concesiones, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y 2) mejorar el acceso a los mercados de concesiones mediante el aumento de la transparencia y la equidad en los procedimientos de adjudicación.

4.1. Seguridad jurídica

La definición de «concesión»

[9] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «El mercado único cumple treinta años», [COM(2023) 162 final, de 16 de marzo de 2023].

[10] El último Estado miembro transpuso la Directiva el 26 de febrero de 2020.

[11] Algunos de los procedimientos de infracción se refieren a las tres Directivas sobre contratación pública, por lo que solo se archivarán formalmente cuando se hayan resuelto todas las cuestiones (relativas a las tres Directivas mencionadas en la nota a pie de página 6). A este respecto, puede parecer que algunos Estados miembros siguen cometiendo infracciones, aunque, en sentido estricto, las cuestiones relacionadas con la aplicación de la Directiva puedan haberse resuelto entretanto.

La Directiva establece una definición de concesiones a escala de la UE[12]. En la práctica, parece que el término «concesión» se utiliza a menudo en la legislación de los Estados miembros para sectores y cuestiones que van más allá del ámbito de aplicación de la Directiva. En particular, en la mayoría de los Estados miembros, la legislación nacional utiliza a menudo el término «concesión» para referirse a otros conceptos jurídicos, como las autorizaciones o las licencias[13].

Estas discrepancias pueden dar lugar a costes más elevados, ya que los operadores económicos que participan en concesiones transfronterizas no pueden basarse en un único significado de «concesión». También puede dar lugar a prolongados malentendidos por parte tanto de los poderes o entidades adjudicadores como de los operadores económicos, no solo sobre la interpretación de la definición aplicable, sino también sobre qué legislación se aplica.

La definición de «riesgo operacional»

La presencia de un riesgo operacional[14] es lo que diferencia los contratos de concesión de otros tipos de contratos públicos. Por lo tanto, la transposición de este concepto es fundamental para garantizar la correcta aplicación de la Directiva. Sin embargo, solo cuatro Estados miembros han transpuesto el concepto exactamente tal como se establece en la Directiva. Más de veinte Estados miembros transpusieron el concepto mediante una redacción ligeramente diferente a la prevista en la Directiva, y dos Estados miembros no abordaron en absoluto el riesgo operacional en su legislación nacional. En este momento no es posible afirmar si esas discrepancias tienen repercusiones económicas prácticas. Las diferentes interpretaciones del riesgo operacional podrían conducir a que la contratación pública para el mismo tipo de obras o prestación de servicios recibiera un trato diferente en los distintos Estados miembros, o incluso a que no estuviera sujeta a las disposiciones de transposición de la Directiva.

Modificaciones de los contratos de concesión

La Directiva también incluye disposiciones específicas sobre la modificación de los contratos de concesión, desarrolladas a través de la jurisprudencia, y ofrece soluciones prácticas para hacer frente a circunstancias imprevistas que requieran la modificación de una concesión durante su período de vigencia. Las modificaciones de los contratos deben tratarse cuidadosamente, en particular las modificaciones sin una nueva apertura a la competencia, a fin de garantizar una competencia efectiva y la transparencia.

---

12 La Directiva define las concesiones como contratos celebrados por escrito entre uno o más poderes o entidades adjudicadores y uno o más operadores económicos (concesionarios), en virtud de los cuales se encomienda a estos últimos la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios y se les remunera con el derecho a explotar las obras o servicios respectivos, o con este mismo derecho en conjunción con un pago.

13 Debe distinguirse de las «autorizaciones» o «licencias» que implican que una autoridad pública establece las condiciones para que un contratista lleve a cabo una determinada operación. Mientras que una autorización o licencia otorga a un contratista el derecho a explotar dicha autorización o licencia, el concesionario está obligado a hacerlo. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27.12.2006, p. 36) es de aplicación en el caso de las las autorizaciones y las licencias.

14 La Directiva define el concepto de «riesgo operacional». Los contratos de concesión implican siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico. Esto significa que el concesionario no podrá recuperar las inversiones realizadas y los costes incurridos en la explotación de las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de explotación, incluso aunque una parte del riesgo siga correspondiendo al poder adjudicador o a la entidad adjudicadora.

Algunos Estados miembros han elaborado orientaciones sobre las modificaciones de los contratos. Once Estados miembros han introducido un requisito explícito en su legislación nacional a fin de que cualquier modificación deba ser aprobada por una autoridad gubernamental distinta de la autoridad contratante responsable del contrato inicial. Sin embargo, la modificación de los contratos durante su período de vigencia, incluidas la prórroga indebida de los contratos y las enmiendas sin una nueva convocatoria de licitación, se señalan a menudo como una fuente de aplicación incorrecta.

Concesiones y otras asociaciones público-privadas

La Directiva aclara los casos en que un contrato celebrado entre un poder adjudicador y un operador económico no está sujeto a las normas de adjudicación de concesiones. Esto se rige por los principios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que no existe legislación de la UE que defina y regule el concepto de asociación público-privada.

Los Estados miembros han adoptado diferentes enfoques a la hora de legislar en materia de asociaciones público-privadas. Algunos marcos jurídicos nacionales incluyen normas que especifican cómo se relacionan las asociaciones público-privadas con las normas sobre concesiones, mientras que en otros Estados miembros existen definiciones divergentes del término «socios público-privados» a escala nacional o menos claridad en cuanto al modo en que la legislación sobre este tema se refiere a la definición de concesiones y a las normas sobre estas.

4.2. Aplicación y ejecución: fuentes de aplicación incorrecta de las normas de adjudicación de contratos de concesión

Todos los Estados miembros señalan que han realizado unos significativos y fructíferos esfuerzos para establecer autoridades y estructuras de control que garanticen la aplicación correcta y eficiente de las normas de adjudicación de concesiones. La mayoría de los Estados miembros han designado una única autoridad de supervisión de la contratación pública. Los informes de los Estados miembros no distinguen entre concesiones y otros tipos de contratación pública. Por lo tanto, la información sobre las causas de una aplicación incorrecta o de problemas estructurales o recurrentes se presenta de forma generalizada para todos los tipos de contratación.

La causa más frecuente de aplicación incorrecta o de inseguridad jurídica, según indican los Estados miembros, es la falta de competencias en materia de contratación pública, la modificación de los contratos durante su período de vigencia, el cálculo del valor estimado de la contratación y la división artificial en lotes.

Por lo que se refiere a la aplicación práctica de las normas, los Estados miembros señalan dificultades relacionadas con la interpretación y la verificación de los motivos de exclusión, la formulación de criterios de adjudicación significativos distintos del precio únicamente, incluidos los relacionados con objetivos estratégicos, el uso del procedimiento negociado sin publicación, la clasificación de los contratos como contratos públicos o concesiones, y la transparencia.

Los Estados miembros habían establecido legislación e instituciones generales de lucha contra la corrupción incluso antes de la adopción de la Directiva. En la mayoría de los Estados miembros, las autoridades nacionales de competencia, los fiscales y otros organismos de ejecución son los principales responsables de llevar a cabo estas políticas. Además, algunos

Estados miembros disponen de instituciones específicas dedicadas a la lucha contra el fraude o la corrupción.

Con el fin de mitigar los riesgos de conflicto de intereses, corrupción, colusión y cárteles, la mayoría de los Estados miembros han adoptado medidas de Derecho indicativo, como estrategias nacionales de lucha contra la corrupción, orientaciones (por ejemplo, detección de conductas colusorias, sensibilización y formación o programas de clemencia para los operadores que presentan actividades de información y prevención), códigos de conducta para los funcionarios y profesionalización. Además, la mayoría de los Estados miembros han adoptado medidas que van más allá de los requisitos de la Directiva, mediante la introducción de, por ejemplo, definiciones más amplias de conflicto de intereses, sanciones o incluso la anulación de contratos en consonancia con las directrices de la OCDE[15].

Cuadro 1: Orientaciones para abordar la colusión en la contratación pública y las concesiones

La Comisión ha publicado recientemente nuevas orientaciones[16] para las entidades y poderes adjudicadores europeos sobre cómo abordar los presuntos casos de colusión en la contratación pública y las concesiones.

Las orientaciones enumeran las herramientas destinadas, por una parte, a ayudar a los Estados miembros y a los poderes adjudicadores a reforzar sus capacidades para afrontar los casos de colusión y, por otra, a fomentar la cooperación entre las autoridades centrales nacionales de contratación pública y las autoridades de competencia con el fin de garantizar el apoyo a los poderes adjudicadores. Las orientaciones también incluyen consejos sencillos para los poderes adjudicadores sobre cómo aplicar el motivo de exclusión por colusión contemplado en las Directivas sobre contratación pública.

4.3. Conclusiones relativas a un mejor acceso al mercado de concesiones

A la hora de evaluar si la Directiva ha mejorado el acceso al mercado de concesiones, se han tenido en cuenta los siguientes factores: i) la transparencia a través de la publicación; ii) la participación de las pymes en la adjudicación de concesiones; iii) el número de ofertas; y iv) la participación transfronteriza en el mercado de concesiones de la UE.

Transparencia a través de la publicación

Los datos extraídos del TED sugieren que, desde el 18 de abril de 2016, se ha producido un aumento importante del número de anuncios de concesión publicados: de 664 en 2016 a 1 877 en 2021. Del mismo modo, la media anual de los anuncios de adjudicación de concesiones publicados ha aumentado de 143 en 2016 a 993 en 2021.

No obstante, parece que el número de anuncios de concesión sigue siendo aproximadamente el doble del número de anuncios de adjudicación de concesiones[17]. Esta discrepancia entre el

15 OCDE, *Recomendación para combatir la colusión en la contratación pública*, disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf.

16 Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo, C(2021) 1631 de 15.3.2021.

17 Los anuncios de concesión se publican en el Diario Oficial al inicio del procedimiento de licitación para garantizar una publicidad adecuada de la licitación, mientras que los anuncios de adjudicación de la

número de anuncios de concesión y de anuncios de adjudicación de concesiones se da en todos los Estados miembros y parece deberse a varios factores, como, por ejemplo, el hecho de que, si bien las concesiones pueden anunciarse mediante anuncios, es posible que finalmente no se adjudiquen, o a que los anuncios de contratos múltiples pueden acabar convirtiéndose en una única adjudicación de concesión[18].

Se espera que la calidad de los datos notificados en el TED aumente con la aplicación del Reglamento (UE) 2019/1780[19], sobre nuevos formularios normalizados para la publicación de anuncios (formularios electrónicos), que será obligatoria a partir del 25 de octubre de 2023[20].

Si bien el aumento de la publicación de los anuncios de concesión y de los anuncios de adjudicación de concesiones sugiere que la transparencia ha mejorado desde el 18 de abril de 2016, también cabe destacar que se ha producido un aumento en las adjudicaciones de concesiones sin la publicación previa de un anuncio de licitación[21] en el TED. Desde 2018, el valor anual total de las concesiones adjudicadas sin publicación de un anuncio de concesión ha sido superior al de las concesiones adjudicadas tras la publicación de un anuncio de concesión. Por ejemplo, en 2021 el valor total de las concesiones adjudicadas sin publicación de un anuncio de licitación fue de 44 000 millones EUR, mientras que el valor total de las concesiones adjudicadas con publicación de un anuncio de concesión fue de 37 000 millones EUR. Las adjudicaciones de concesiones sin publicación previa se producen principalmente en el sector de la distribución de electricidad, caracterizado por unos pocos proveedores y en el que razones técnicas o la existencia de derechos exclusivos pueden explicar la ausencia de competencia.

La participación de las pymes en la adjudicación de concesiones

Antes del 18 de abril de 2016, la información sobre el tamaño de los contratistas no se registraba en el TED, por lo que no es posible comparar la incidencia de las adjudicaciones a pymes antes y después de esta fecha. Sin embargo, desde 2016 se ha producido un aumento significativo del número de concesiones adjudicadas a pymes: del 22,4 % en 2016 al 31,6 % en 2021. Hay indicios de que los Estados miembros que proporcionan orientaciones nacionales con respecto a las concesiones atraen a más pymes[22].

Sin embargo, en términos de valor, las pymes no representan una parte igualmente importante de los contratos adjudicados. Según el TED, a las pymes se les adjudicaron principalmente

---

concesión se publican al final y contienen información sobre el resultado del procedimiento de licitación. Para más información, consúltese el capítulo 5.2, «Mejorar el acceso al mercado de concesiones», del documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al informe.

18 La diferencia también puede ser metodológica, ya que las concesiones no adjudicadas y canceladas se han eliminado de la base de datos que registra los anuncios de adjudicación, pero no de la base de datos que registra los anuncios de concesiones.

19 Reglamento de Ejecución (UE) 2022/2303 de la Comisión de 24 de noviembre de 2022, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1780, por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública (DO L 305 de 25.11.2022, p. 12).

20 El Reglamento (UE) 2022/2303 se aplica a partir del 14 de noviembre de 2022. Entre esa fecha y el 24 de octubre de 2023, el uso de formularios electrónicos por parte de los compradores es únicamente opcional. La mayoría de los Estados miembros harán el cambio al final del período transitorio.

21 De conformidad con el artículo 31, apartado 4, de la Directiva, en determinadas circunstancias y para determinados sectores, no podrá obligarse a los compradores públicos a publicar un anuncio de concesión.

22 Estudio sobre la aplicación de la Directiva sobre concesiones, London Economics Europe and Spark Legal (2021), p. 108.

contratos de escaso valor (la cuota de las pymes ha oscilado entre el 11,2 % en 2017 y el 3,9 % en 2021). Aunque los grandes concesionarios solo obtuvieron dos de cada tres contratos de concesión en el período en cuestión, estos contratos representaron casi el 92 % del mercado de concesiones en términos de valor. El número y el valor de las concesiones adjudicadas a las pymes es relativamente bajo en comparación con su importancia general en la economía.

La Estrategia para las pymes y el Plan de Acción sobre Derechos de Propiedad Intelectual[23] señalaron que la contratación de innovación ofrece oportunidades no aprovechadas para las empresas emergentes y el desarrollo de soluciones innovadoras. La inversión pública y la innovación constituyen dos instrumentos fundamentales para afrontar los desafíos que plantean la recuperación, la transición ecológica y digital y la creación de una economía más resiliente en la Unión. La Comisión considera que la contratación pública ecológica es un instrumento importante para estimular la demanda de productos de cero emisiones netas a gran escala, tal como se refleja en el Plan Industrial del Pacto Verde[24].

Además, en 2021, la Comisión adoptó una nota orientativa sobre la contratación de innovación[25] destinada a impulsar la contratación de innovación y ayudar a los operadores económicos a desarrollar soluciones innovadoras en ecosistemas industriales clave, sobre todo en aquellos en los que resulta crucial la inversión pública.

Número de ofertas de licitación

El análisis de los datos recogidos del TED desde el 18 de abril de 2016 muestra que la media anual del número de ofertas de licitación por anuncio de adjudicación de concesión disminuyó entre 2016 y 2019. En 2020 y 2021, el número medio de ofertas aumentó, pero la cifra de 2021 (2,44 ofertas por adjudicación) se mantiene por debajo de los valores de 2016.

Participación transfronteriza[26] en el mercado de concesiones de la UE

En el caso de las concesiones de escaso valor que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva, la proporción de operadores económicos que presentan ofertas en su mercado nacional para obtener una concesión en otro Estado miembro (transfronterizas directas) es del 2,4 %. El porcentaje de operadores económicos que presentan ofertas y ganan a través de filiales locales (transfronterizas indirectas) es del 15,5 %. Las adjudicaciones transfronterizas de concesiones de alto valor se sitúan en el 3,4 % en el caso de las ofertas transfronterizas directas y en el 8,5 % en el caso de las ofertas transfronterizas indirectas[27].

---

23 Comunicación de la Comisión: Aprovechar al máximo el potencial innovador de la UE: un plan de acción en materia de propiedad intelectual e industrial para apoyar la recuperación y la resiliencia de la UE. COM(2020) 760 final, de 25.11.2020.

24 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Un Plan Industrial del Pacto Verde para la era de cero emisiones netas», COM(2023) 62 final de 1.2.2023.

25 Comunicación de la Comisión «Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación», C(2021) 4320 final de 18.6.2021.

26 Contratos adjudicados dentro de la UE por un poder adjudicador o una entidad adjudicadora en un Estado miembro a un operador económico de otro Estado miembro.

27 Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final report, [«Estudio sobre la medición de la penetración transfronteriza en el mercado de la contratación pública de la UE, Informe final», documento en inglés], Proinia SpA, BIP Business Integration

Por lo que respecta a las adjudicaciones (transfronterizas) dentro de la UE, las empresas con sede en Francia, pero con filiales en otros Estados miembros, figuran entre las adjudicatarias de contratos de concesión intracomunitarios (transfronterizos) más frecuentes, seguidas de las empresas de Luxemburgo, Alemania y Suecia[28].

Una encuesta realizada en el marco de un estudio[29] reciente indica que las empresas perciben los siguientes obstáculos en relación con el proceso de participación transfronteriza y extranjera y la ejecución de los contratos: requisitos administrativos y marco jurídico onerosos, difícil acceso a la información sobre contratación pública e idioma.

Cuadro 2: Participación extranjera en el mercado de concesiones de la UE

Al comparar el número de adjudicaciones intracomunitarias (transfronterizas) con las extracomunitarias (extranjeras)[30], prevalecen los concesionarios procedentes de países no pertenecientes a la UE. En cuanto a las adjudicaciones extracomunitarias, las empresas con sede en el Reino Unido y Estados Unidos, pero con filiales dentro de la UE, son las adjudicatarias extranjeras de contratos de concesión más frecuentes.

La Comisión ha adoptado medidas para evitar la distorsión del mercado interior debido a subvenciones extranjeras, también en el mercado de la contratación pública y las concesiones. A este respecto, el Reglamento sobre las subvenciones extranjeras[31], adoptado el 14 de diciembre de 2022, pretende abordar adecuadamente las licitaciones que se benefician de subvenciones extranjeras en relación con las concesiones y los contratos públicos que provocan distorsiones en el mercado interior. La Comisión está facultada para examinar, previa notificación anterior a la adjudicación de un contrato, la información relativa a las contribuciones financieras extranjeras concedidas a los operadores económicos participantes en el contexto de un procedimiento de concesión o de contratación pública. Las notificaciones previas son obligatorias por encima de un umbral de 250 millones EUR, a fin de reflejar los casos económicamente significativos. El Reglamento se aplicará a partir del 12 de julio de 2023.

El Reglamento sobre el Instrumento de contratación internacional (IPI)[32] tiene por objeto abrir los mercados de contratación y concesión de terceros países que restringen el acceso de los operadores económicos, los productos o los servicios de la UE, permitiendo a la Comisión investigar casos y celebrar simultáneamente consultas con el tercer país en cuestión para eliminar las supuestas restricciones. Sin embargo, si las consultas con ese

Partners-Spa, Economics for Policy a knowledge Center of Nova School of Business and Economics Lisboa, marzo de 2021, pp. 66 y 78.

28 Para más detalles, véase el capítulo 5.3 «Participación transfronteriza y extranjera en el mercado de concesiones de la UE» del documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al informe.

29 Véase la nota a pie de página 25, p. 10.

30 Contratos adjudicados por un poder adjudicador o una entidad adjudicadora en un Estado miembro a un operador económico de un tercer país.

31 Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (DO L 330 de 23.12.2022, p. 1).

32 Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2022, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (Instrumento de contratación internacional-ICI) (DO L 173 de 30.6.2022, p. 1).

tercer país fracasan, la Comisión puede adoptar medidas ICI para restringir el acceso de operadores, bienes y servicios de ese tercer país a los mercados de contratación y de concesiones de la UE.

5. CONCLUSIONES SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA DIRECTIVA EN EL SECTOR DEL AGUA

La Directiva excluye las concesiones para el suministro o la explotación de redes destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua. Quedan excluidas todas las concesiones relativas al suministro de agua a estas redes, así como las relativas a la eliminación o al tratamiento de aguas residuales. Sin embargo, algunos Estados miembros han decidido incluir todas estas actividades en sus medidas nacionales de transposición.

Panorama del sector del agua en la UE

En 2021, la industria del agua de la UE suministró agua potable a aproximadamente 450 millones de residentes en la UE. Según Eurostat, casi 15 500 empresas se dedican a la recogida, el tratamiento y el suministro de agua, y unas 11 000, a las aguas residuales. Aunque las empresas activas en el sector del agua operan principalmente a escala nacional, existe cierta participación transfronteriza, sobre todo de forma indirecta, a través de filiales locales de propiedad extranjera.

Desde el punto de vista económico, el agua es un sector que requiere mucho capital, con deficiencias del mercado que pueden requerir la intervención del Estado. Entre ellos cabe citar, por un lado, el carácter esencial del agua y, por otro, la magnitud de las inversiones a fondo perdido en redes, especialmente en zonas remotas o escasamente pobladas, que suponen largos plazos de recuperación y riesgos sustanciales. El reconocimiento de la importancia social y la prevención de las deficiencias del mercado en el sector del agua han dado lugar al tratamiento especial que recibe en la Directiva sobre concesiones.

Los Estados miembros aplican diversos modelos de gestión para la prestación de servicios relacionados con el agua. La forma en que se organizan los servicios del agua depende de una combinación de factores históricos, culturales, económicos y sociales.

Las diferentes formas de participación del sector privado en el ámbito del agua en Europa se remontan al siglo XIX. El número de contratos en los que participan socios privados empezó a aumentar significativamente a partir de 1980. Entre los factores que pueden haber favorecido la participación del sector privado cabe citar la posible mejora de la calidad y la eficacia de los servicios y la mayor eficiencia de la gestión (es decir, un acceso más fácil a los mercados de capitales). No obstante, la participación pública siguió siendo importante para satisfacer unas necesidades sociales más amplias.

El sector del agua desde el 18 de abril de 2016

Tres Estados miembros (República Checa, Polonia y Rumanía) aplican plenamente en el sector del agua las disposiciones de la Directiva sobre concesiones, mientras que otros tres (Bulgaria, Francia y España) la aplican parcialmente.

Según los datos históricos de GWI WaterData[33] sobre el sector del agua, los Estados miembros que han decidido aplicar la Directiva en el ámbito del agua ya tenían una experiencia significativa con una participación privada similar en el pasado. Por el contrario, algunos Estados miembros que decidieron mantener el sector del agua al margen de sus medidas nacionales de transposición tenían algún antecedente de participación del sector privado, en particular Italia, Alemania y Portugal.

Desde abril de 2016, existe una mayor transparencia en relación con los contratos de concesión en el sector del agua. Según el TED, hubo alrededor de 225 anuncios de adjudicación de concesiones en el período de 2016 a 2021, con aumentos que fueron desde 3 anuncios de adjudicación de concesiones en 2016 a 66 anuncios de adjudicación de concesiones en 2021. La gran mayoría de las concesiones (194) fueron otorgadas por poderes adjudicadores franceses, seguidos por autoridades de la República Checa (18), España, Polonia y Rumanía.

El valor total de los anuncios de adjudicación de concesiones registrado en el TED en el sector del agua ascendió a casi 7 000 millones EUR entre 2016 y 2021. En comparación con el valor total de las concesiones adjudicadas durante el mismo período (377 500 millones EUR), el valor de las concesiones en el sector del agua representa menos del 2 %. Asimismo, si se compara con otro sector importante de servicios públicos, el sector de la electricidad, el valor de las concesiones en el sector del agua solo representa el 3,6 %. El valor total anual de los anuncios de adjudicación de concesiones en el sector del agua aumentó en los primeros años de la Directiva, multiplicándose por más de diez entre 2016 y 2018. Disminuyó ligeramente en los dos años siguientes, pero el aumento en 2021 compensó este descenso.

El número medio de ofertas recibidas por licitación para las concesiones en el sector del agua y la participación de las pymes fueron ligeramente inferiores a la media en otros sectores. Esto puede explicarse por el hecho de que el sector del agua está muy especializado y requiere mucho capital en comparación con otros sectores. Además, el concesionario debe tener capacidad financiera para asumir por adelantado el coste total de la inversión, así como los riesgos operacionales.

Por lo que se refiere a la participación transfronteriza, parece haber una incidencia relativamente elevada de la participación transfronteriza en las licitaciones a través de filiales locales, pero de propiedad extranjera.

La mayoría de las partes interesadas opinan que los sistemas vigentes en los Estados miembros funcionan bien y apoyan la exclusión del sector del agua del ámbito de aplicación de la Directiva. Invocan ejemplos de remunicipalización de los servicios relacionados con el agua y argumentan que la participación del sector privado no se considera necesaria. Por otra parte, los representantes del sector empresarial destacaron sus experiencias positivas derivadas de la Directiva. La conclusión general fue que la elección del sistema de gestión depende del contexto y de factores sociales locales (eficiencia operativa, inversión a largo plazo, asequibilidad, conservación del agua, seguridad del suministro, salud pública, etc.).

Debido a la escasez de datos, todavía no es posible extraer conclusiones firmes sobre las repercusiones de la Directiva en el sector del agua.

[33] La base de datos GWI Global Ultimate Owners contiene datos de los proyectos municipales de tratamiento de aguas y aguas residuales en los que el sector privado soporta la totalidad o parte de los costes de inversión de capital.

6. PERSPECTIVAS

La Comisión trabaja para mejorar el funcionamiento de la Directiva, en particular mediante nuevas iniciativas sobre transparencia y calidad de los datos.

La transparencia de las licitaciones y los resultados de las concesiones es fundamental para alcanzar los objetivos de la Directiva. Se basa en datos de calidad sobre las concesiones adjudicadas por los Estados miembros, fácilmente accesibles para todos los agentes del mercado interior. La Comisión está planificando una serie de acciones e iniciativas para mejorar la transparencia y la calidad general de los datos relativos a la Directiva y su aplicación.

El 16 de marzo de 2023, la Comisión anunció la creación del **Espacio Europeo de Datos sobre Contratación Pública (EDCP)**[34]. El EDCP conectará las bases de datos europeas, incluidos los datos de TED sobre contratación pública y concesiones, y los conjuntos de datos nacionales sobre contratación pública disponibles en los portales nacionales, y constituirá el pilar central de la transformación digital de la contratación pública y las concesiones en la Unión El EDCP permitirá la elaboración de políticas basadas en datos. Además, los compradores del sector público se beneficiarán del EDCP a través de una mejor planificación de las licitaciones, la evaluación comparativa y el intercambio de conocimientos, una mayor digitalización, y una detección más fácil del fraude y la colusión. El EDCP también mejorará el acceso a las convocatorias,

en particular para las pymes. La transparencia también es fundamental para la **Acción preparatoria — Transparencia en la contratación pública**[35] de la Oficina de Publicaciones de la UE. La Oficina de Publicaciones identificó cuatro ámbitos de actividad que giran en torno a los datos de TED: disponibilidad, calidad, legibilidad e interoperabilidad. Se prevé que varios proyectos contribuyan a la ejecución de la Acción preparatoria.

Además, el 17 de abril de 2023 la Comisión lanzó la Comunidad de Compradores Públicos[36] La **Plataforma de Compradores Públicos** es una iniciativa para mejorar la colaboración en la contratación pública. Los compradores públicos pueden beneficiarse del intercambio de conocimientos y mejores prácticas en toda la UE en lugar de trabajar individualmente en cuestiones complejas. La comunidad aspira a capacitar a los compradores públicos y a quienes trabajan en la contratación pública (compradores, proveedores, universidades y otras partes interesadas) para que se unan y se conecten con la Comisión Europea para fomentar el intercambio de información de vanguardia sobre el mercado y de conocimientos especializados en materia de contratación pública y estimular la acción conjunta y la colaboración sistemática en la contratación pública. Uno de los objetivos de esta colaboración es mejorar el acceso de las pymes al mercado de concesión y contratación pública.

---

34 Comunicación de la Comisión «Contratación pública: Un espacio de datos para mejorar el gasto público, impulsar la elaboración de políticas basadas en datos y mejorar el acceso de las pymes a las licitaciones» (2023/C98I/01), DO C 98I de 16.3.2023, p. 1.

35 https://simap.ted.europa.eu/web/simap/preparatory-action-on-transparency-in-public-procurement

36 Página de inicio | Comunidad de Compradores Públicos (Public Buyers Community) (europa.eu)

7. CONCLUSIONES

La Directiva lleva aplicándose en todos los Estados miembros solo tres años y, por lo tanto, se dispone de poca información, lo que impide realizar una comparación completa con el período anterior a la existencia de la Directiva.

Aunque en esta fase, parece demasiado pronto para concluir si la Directiva ha alcanzado sus objetivos de aumentar la seguridad jurídica y garantizar un mejor acceso al mercado de concesiones de la UE, pueden extraerse algunas conclusiones preliminares, que se resumen a continuación.

Todos los Estados miembros han transpuesto la Directiva y han creado **autoridades y estructuras de control para garantizar la aplicación correcta y eficiente de las normas** para la adjudicación de contratos de concesión. No obstante, en la gran mayoría de los Estados miembros se sigue detectando una interpretación poco clara y una aplicación incorrecta de las normas.

La Directiva **también ha aportado más transparencia al proceso de adjudicación. El número de concesiones publicadas ha aumentado gradualmente** desde 2016. Aunque las concesiones de mayor valor se adjudican principalmente sin la publicación de un anuncio de licitación y, por tanto, sin convocatoria de licitación, esta situación puede explicarse por el hecho de que dichas concesiones corresponden principalmente a la distribución de electricidad que, en algunos Estados miembros, se caracteriza por la existencia de derechos especiales o exclusivos o de un monopolio legal. Por consiguiente, estas adjudicaciones no plantean problemas desde el punto de vista del cumplimiento de la Directiva sobre concesiones.

En cuanto al nivel de competencia para las concesiones, se ha observado que la **Directiva no ha tenido unas repercusiones coherentes en el nivel de participación en los concursos para contratos de concesión.**

Además, a pesar de estar abierto a licitadores de otros Estados miembros, **el mercado de concesiones de la UE no ha atraído hasta ahora mucha participación transfronteriza.** Esta situación no es específica del mercado de concesiones, sino más bien común a la contratación pública en general y varía considerablemente de un Estado miembro a otro.

El nivel de participación de las pymes parece haber aumentado en los últimos cinco años, aunque la cuota de las pymes en el mercado de concesiones es relativamente baja en comparación con su cuota en el conjunto de la economía.

Teniendo en cuenta la importancia de las pymes para la economía de la UE, los escasos datos disponibles sugieren que los Estados miembros y las entidades o poderes adjudicadores **deberían dar prioridad a las pymes en el contexto de la adjudicación de concesiones.**

Por lo que se refiere al sector del agua, los escasos datos procedentes de unos pocos Estados miembros tampoco permiten extraer conclusiones firmes sobre las repercusiones de la Directiva en el sector del agua en general.

La Comisión ha puesto en marcha recientemente varias iniciativas, como el Espacio de Datos sobre Contratación Pública, la Acción preparatoria sobre transparencia en la contratación pública y la Plataforma de Compradores Públicos para intensificar el fomento de la transparencia y la calidad de los datos en los mercados de concesiones y contratación pública.

Con el tiempo, la experiencia adquirida con la Directiva permitirá realizar evaluaciones más detalladas. El próximo informe que elaborará la Comisión debería arrojar más luz sobre las repercusiones reales de la Directiva en el mercado de concesiones.