

LA FIGURA DEL «DIÁLOGO TÉCNICO» EN EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Aleksandra Czajka

Universidad de Adam Mickiewicz en Poznan (Polonia)

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: El trabajo lleva a cabo un estudio acerca de la figura del «diálogo técnico», reconocida en el Derecho comunitario por la exposición de motivos de la Directiva 18/2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Se analizan los beneficios derivados del correcto uso del concepto, poniendo de manifiesto la obligación de cumplimiento del principio de competencia leal y transparencia. Se proponen modos de aplicación del «diálogo técnico», apoyándose en las experiencias en cuestión de las entidades locales alemanas. Finalmente, se ofrece una serie de argumentos a favor del uso frecuente y pleno de la figura.

PALABRAS CLAVE: Diálogo técnico, Contratación pública, Fase previa a la convocatoria del concurso, Derecho Comunitario, Directiva 18/2004.

ABSTRACT: The work carries out a study on the instrument of a technical dialogue, introduced by recital 8 of Preamble to Directive 2004/18/EC on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. This paper analyzes the benefits of the proper use of institution of the dialogue, which requires protection of the principle of equal treatment and competition. The article proposes a variety of methods from which to choose in order to initiate a technical dialogue, based on the experiences of German public authorities. Finally, it offers arguments in favor of the frequent exercise of dialogue techniques.

KEY WORDS: Technical dialogue, Public procurement, Period prior to launch of public procurement proceedings, European Union Law, Directive 2004/18/EC.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DIÁLOGO TÉCNICO EN LA NORMATIVA Y *SOFT LAW* COMUNITARIOS. III. FUNCIONES Y BENEFICIOS DEL USO DEL DIÁLOGO TÉCNICO. IV. PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN EL DERECHO COMUNITARIO ORIGINARIO. V. LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LA COMPETENCIA LEAL Y SU REALIZACIÓN EN LOS DERECHOS ESTATALES. VI. MODOS DE APLICACIÓN DEL DIÁLOGO TÉCNICO. VII. OBSERVACIONES FINALES Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, mediante el que se pretende implementar *soluciones* tecnológicamente *innovadoras*, puede requerir la involucración de expertos externos. La Directiva 2004/18/CE permite la búsqueda o el uso del asesoramiento especializado a través de la figura del «diálogo técnico», antes de la convocatoria del procedimiento de adjudicación o durante la fase de *preparación* del *pliego de condiciones*, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia.

El factor principal para el desarrollo de innovaciones consiste en posibilitar al sector público (el usuario y el consumidor de soluciones que se han de introducir) tener un debate con los interesados con la finalidad de que se reconozcan con mayor precisión las expectativas sobre necesidades y posibilidades de las partes del proyecto.

Definir las necesidades propias es el primer paso para cada procedimiento de adjudicación; esta actividad del órgano contratante es la que en realidad determina todas las siguientes acciones, indicando a los adjudicatarios potenciales en cuanto a sus capacidades de presentar ofertas de soluciones innovadoras.

El sector público debe identificar sus necesidades para, a continuación, analizar el mercado de potenciales contratistas. Las Directivas europeas que coordinan los procedimientos de adjudicación prevén la posibilidad de establecer el diálogo técnico antes de la aplicación de un determinado procedimiento de adjudicación.

El diálogo técnico es un instrumento en las manos del poder público que permite disfrutar del potencial de los científicos o de las empresas de *consulting* y de asesoramiento antes de iniciar el procedimiento de adjudicación del contrato; es, por lo tanto, una herramienta de consultas entre el sector público y los potenciales oferentes.

II. EL DIÁLOGO TÉCNICO EN LA NORMATIVA Y *SOFT LAW* COMUNITARIOS

El considerando número 11 de la Directiva 18/2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, establece que antes del «lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, los poderes adjudicadores pueden mediante un "diálogo técnico" solicitar o aceptar asesoramiento que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia».

El diálogo técnico es una fórmula que ha sido aprobada y recomendada por la Comisión Europea. Ya en su Comunicación del 27 de noviembre de 1996¹, la Comisión reveló que dada la complejidad de la mayor parte de los proyectos, algunos de los cuales pueden exigir soluciones enteramente novedosas, puede ser necesario un diálogo técnico entre los poderes adjudicadores y las empresas privadas interesadas antes de la publicación del concurso (punto 5.23 de la Comunicación).

En su siguiente Comunicación del 11 de marzo de 1998², la Comisión enfatizó que el diálogo técnico es un procedimiento mediante el cual un poder adjudicador inicia discusiones técnicas con suministradores potenciales en la fase de definición de necesidades, antes del inicio del procedimiento de adjudicación del contrato, respetando siempre la igualdad de trato y sin restringir la competencia (punto 10 de la Comunicación).

El legislador estatal puede establecer las condiciones básicas para el uso eficiente del diálogo técnico; sin embargo, la aplicación del mismo por parte de los Estados miembros de la UE es escasa. Cabe destacar que dicho instrumento no se ha introducido aún en la normativa de contratación pública española (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). En Polonia, por ejemplo, la proclamación de la figura del diálogo técnico en el ordenamiento jurídico se efectuó en febrero del corriente año (2013), mediante la modificación de la Ley de 29 de enero de 2004, de Contratación Pública. Lamentablemente, en los tres artículos dedicados a dicha figura (31a ~~o~~ 31c) el legislador se limitó a repetir casi palabra por palabra la fórmula usada en la exposición de motivos de la Directiva 18/2004. Existiendo diversas incertidumbres en torno de la aplicación del diálogo técnico, cabe dudar de si tal regulación exigua animará a los poderes públicos a realizar diálogos con plenitud de uso.

El empleo del diálogo técnico es admisible aunque no se hubiera previsto en la legislación estatal una norma que directamente incorporase dicha figura. La normativa comunitaria vigente sobre contratación pública no impone el uso de asesoramiento en la fase previa al concurso público. La definición del diálogo técnico derivada de la Directiva «clásica» lleva a la conclusión de que la aplicación del mismo es admisible *prima facie*. La Comisión Europea alienta a practicar el diálogo técnico mencionando su utilidad y carácter innovador, sobre todo en las etapas precedentes a proyectos de cooperación público-privada.

III. FUNCIONES Y BENEFICIOS DEL USO DEL DIÁLOGO TÉCNICO

Hay que tener en cuenta que la mayor ventaja del diálogo técnico es que no produce ninguna carga al presupuesto público, siendo un peculiar instrumento «sin coste».

Una entidad adjudicadora encuentra ventajas con respecto al diálogo técnico en la adjudicación de contratos públicos innovadores y en la gestión útil, racional y económica de

1 Comunicación de la Comisión Europea de 27 de Noviembre de 1996, "El Libro Verde de la contratación pública europea: Reflexiones para el futuro", a propuesta del Sr. MONTI.

2 Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 1998, "Los contratos públicos en la Unión Europea" COM(1998) 143, Bruselas.

recursos financieros públicos. Dicho diálogo permite a la Administración pública beneficiarse del potencial de empresas de asesoramiento, expertos e investigadores, con carácter previo a la convocatoria del concurso público, lo que puede contribuir a corregir los errores o inexactitudes de la documentación concursal.

El uso del diálogo técnico proporciona la oportunidad de conocer las mejores, más novedosas y ventajosas soluciones, como asimismo los logros técnicos, tecnológicos y organizativos en el ámbito del objeto del futuro contrato público.

El debate anterior a la convocatoria de adjudicación, de carácter abierto y transparente entre entidad contratante y adjudicatarios, está pensado como ayuda práctica, sobre todo para los entes que integran la Administración Local así como el resto de entidades públicas, en la preparación de la documentación contractual desde el punto de vista de los parámetros del equipamiento e infraestructuras y de los criterios para la evaluación de las ofertas; esto facilita e incluso permite a los contratantes establecer contacto con las novedosas tecnologías más recientes lanzadas en el mercado.

Cabe subrayar que el diálogo técnico no solo sirve como un método para recibir el asesoramiento o solicitar las informaciones, sino también para confrontar las necesidades de las Administraciones públicas con las posibilidades de satisfacerlas a través del mercado de compras públicas de suministros, obras y servicios; además, permite examinar lo que está disponible en el mercado, siendo el paso previo a la convocatoria del concurso.

IV. PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN EL DERECHO COMUNITARIO ORIGINARIO

El aporte del asesoramiento e informaciones orientadas a la descripción del objeto del contrato o contenido del mismo debe llevarse a cabo por medio del diálogo técnico basado en el principio de competencia leal. La satisfacción de dicho principio radica en que se garantice el trato igualitario, a lo largo del diálogo, de todos los contratistas potenciales y de las soluciones ofertadas.

Como estipula el considerando 11 de la Directiva 18/2004, el diálogo técnico puede tener lugar antes del lanzamiento de la adjudicación; de esto deriva que el diálogo puede ejecutarse con independencia del tipo del procedimiento que se utilice (abierto, restringido o negociado) para una eventual futura adjudicación del contrato.

Una vez ejecutado el diálogo técnico por el órgano de la Administración pública, no existirá obligación alguna para ésta de convocar un procedimiento de concurso público. De hecho, la única razón para que el sector público aplique el instrumento del diálogo es el análisis del mercado y obtención de las informaciones y consejos que puedan inspirar la decisión en cuanto a la convocatoria de una adjudicación pública.

De lo antedicho se desprende que las entidades públicas adjudicadoras pueden beneficiarse de la ayuda de los expertos externos en la fase de preparación de la documentación contractual. El problema aparece cuando los sujetos que formaron parte de las consultas con un órgano contratante anuncian su intención de participar en el procedimiento de adjudicación del contrato que figura en la documentación.

Como ya ha sido advertido, el legislador comunitario permite al órgano administrativo promover el diálogo técnico, es decir, solicitar y aceptar las indicaciones adecuadas para la elaboración de pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas de un determinado procedimiento de adjudicación, siempre que dichas indicaciones no tengan como efecto impedir la competencia.

En el Derecho europeo no existe una prohibición general de participar en un procedimiento o de presentar una oferta por parte de cualquier persona que haya contribuido al desarrollo de obras, del suministro o de los servicios relativos a un determinado contrato público; es decir, que por haberse encargado de la investigación, la asesoría, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, no se da lugar a la exclusión automática del procedimiento de adjudicación del licitador.

De igual modo se pronuncia El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual viene señalando que las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se oponen a una norma nacional conforme a la cual «se prohíbe, de modo general e indiscriminado, la participación en el contrato o la formulación de ofertas por la persona que se haya encargado de antedicha investigación, experimentación, estudio o desarrollo y, en consecuencia, de la empresa que se considera vinculada a dicha persona —sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia»³.

V. LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR COMPETENCIA LEAL Y SU REALIZACIÓN EN DERECHOS ESTATALES

Por otro lado, cabe recordar que la Directiva «clásica» obliga a que las entidades adjudicadoras velen para que se garantice la igualdad de trato entre los licitadores. Es obvio que una persona que se haya encargado de la investigación, experimentación, estudio o desarrollo del objeto de un contrato público no se encuentra —respecto de la participación en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato— en la misma situación que otra persona que no haya realizado tales actividades.

Quien haya participado en los trabajos preparatorios podrá verse favorecido a la hora de formular su oferta en virtud de la información que haya obtenido sobre el contrato público en cuestión. Habida cuenta que todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas⁴, en la situación analizada podría verse falseada la competencia entre los mismos. La solución se basa en un procedimiento que permita evaluar, en cada caso concreto, si el hecho de realizar determinados trabajos preparatorios proporciona a la persona que los haya llevado a cabo una ventaja competitiva sobre los demás licitadores.

3 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, de 3 de marzo de 2005.

4 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-87/94, de 25 de abril de 1996.

Se trata de una norma que concede la posibilidad de demostrar que no se plantean los problemas derivados de la discriminación entre los distintos contratistas; en otras palabras, que la participación en trabajos previos al procedimiento de adjudicación no implica riesgo alguno para la competencia entre los licitadores.

Existe una regulación análoga en el ordenamiento jurídico español, prevista en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Según el apartado 2 del artículo 56 de dicha Ley, «... no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras».

En Polonia, la Ley de 29 de enero de 2004, de Contratación Pública, proporciona una solución semejante a la recién citada. El artículo 24 punto 1º del apartado 2 de dicha Ley establece una de las causas que determinan la exclusión del proceso de licitación, y dispone que «no podrán contratar con el sector público las personas que hayan participado directamente en el desarrollo de obras, del suministro o de los servicios relativos a un contrato público, ni tampoco la empresa que se considera vinculada a dicha persona, salvo la situación en que dicha participación no falsee la competencia entre licitadores».

Como explica el Presidente de la Agencia de Contratación Pública en Polonia⁵, la prohibición de contratar a la cual se refiere el antedicho artículo 24 de la Ley de Contratación Pública se basa solo en la directa participación en trabajos preparatorios concretos del procedimiento de adjudicación, tales como definir el objeto del contrato, la elaboración del pliego de condiciones, las prescripciones técnicas o el cálculo del valor estimado del contrato. El Dictamen de la Autoridad recién citada permite llegar a la conclusión de que el hecho de que los potenciales licitadores, a través del diálogo técnico, presenten y promuevan sus innovadoras soluciones tecnológicas no producirá la exclusión del procedimiento de adjudicación.

VI. MODOS DE APLICACIÓN DEL DIÁLOGO TÉCNICO

Para garantizar el cumplimiento de los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea referentes a transparencia, igualdad de trato y no discriminación de todos los contratistas potenciales, es aconsejable publicar en el sitio Web de la entidad contratante el anuncio de convocatoria del diálogo técnico, incluyendo en un futuro anuncio de licitación del contrato la información sobre los resultados del diálogo.

La información acerca del diálogo técnico, su objeto y los participantes debe tomar forma de protocolo y ser incluida en la posterior documentación del procedimiento de adjudicación. Se exige la transparencia, por un lado, de los integrantes del diálogo, y por otro, de su influencia en cuanto a la descripción del objeto del contrato público.

5 Dictamen del Presidente de la Agencia de Contratación Pública en Polonia de 17 de mayo de 2010, sobre las causas de exclusión del procedimiento de contratación pública, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:676>.

Las entidades adjudicadoras gozan de la libertad de promover el diálogo técnico a fin de obtener de los terceros el asesoramiento para determinar el pliego de condiciones previo a la convocatoria del concurso público; al mismo tiempo, aquéllos conservan el derecho de participar como oferentes en un futuro procedimiento de adjudicación. El principio de igualdad de trato no quedará violado si se garantiza la participación en el diálogo técnico a quienes hayan solicitado el acceso, y que todos se manejen bajo las mismas reglas.

Como un ejemplo de buenas prácticas en el ámbito del procedimiento del diálogo técnico, puede servir el debate previo a la adjudicación del contrato de suministro del sistema de iluminación ahorrativo e innovador para los edificios públicos en Hamburgo⁶. La finalidad del diálogo radicaba en tratar de cubrir las expectativas del órgano público en cuanto al mantenimiento del sistema, el coste de su desarrollo y la posibilidad de reducción de gastos. A pesar del debate con los contratistas potenciales, la entidad adjudicadora fue asesorada por expertos externos. El uso del diálogo técnico en el caso de Hamburgo contribuyó al ahorro del consumo de energía en alrededor del 60 por ciento, así como a la mejora de la calidad y reducción del coste de iluminación a largo plazo.

En la ciudad de Heidelberg, la entidad local promovió el diálogo técnico con los mayores proveedores de comunicaciones, con carácter previo a la adjudicación del contrato de suministro de infraestructura innovadora de telecomunicaciones; durante el debate, se formularon pautas y exigencias para dicho proyecto, y la entidad pública consiguió informaciones sobre soluciones innovadoras⁷.

VII. OBSERVACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Las consultas al mercado de contratistas enmarcadas en el diálogo técnico no solo ayudan a evitar errores o inexactitudes a la hora de redactar la documentación concursal, sino que también permiten la descripción del objeto innovador del contrato público. En la mayoría de los casos, la entidad adjudicadora elabora por sí misma los pliegos de condiciones y otros documentos relacionados con el procedimiento de formalización del contrato. La solución más fácil y efectiva es el diálogo técnico que proporciona informaciones sobre tecnologías disponibles en el mercado, sus ventajas y desventajas, así como las posibilidades de adecuar varias soluciones innovadoras a las necesidades de los poderes públicos.

Hoy en día, en múltiples procedimientos se usa el precio como único criterio de valoración de las ofertas; el uso de la figura del diálogo técnico permite aplicar distintos criterios de adjudicación en la búsqueda de fórmulas de mejor valor por precio (*best value for money*), esto es, los criterios que sirven para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa.

6 Guía de la Comisión Europea, «Guide on dealing with innovative solutions in Public Procurement. 10 elements of good practice», Commission Staff Working Document, SEC(2007)280, pág. 16.

7 Guía de la Comisión Europea, «Guide on dealing with innovative solutions in Public Procurement. 10 elements of good practice», Commission Staff Working Document, SEC(2007)280, pág. 11.

- De ahí, como conclusiones más destacadas, que puedan reseñarse las siguientes:
- El diálogo técnico constituye una herramienta para solicitar asesoramiento en la descripción del objeto de un contrato público, respetando el principio de competencia leal.
 - Surge entonces como un instrumento útil en los procedimientos complejos, permitiendo las consultas con los expertos externos con carácter previo a la convocatoria del procedimiento de adjudicación.
 - Dicho diálogo favorece a las entidades adjudicatarias que no tienen suficiente conocimiento ni experiencia en el ámbito del objeto de un determinado contrato público.
 - Puede llevarse a cabo a través de diversos métodos, como encargar análisis o informes acerca de las experiencias de otros países, elaborar documentos, consultar a los expertos y científicos o promover el debate de órganos públicos con los contratistas potenciales.

Los compradores públicos no siempre saben cuáles son sus necesidades exactas y, en consecuencia, cómo definir las, surgiendo en ocasiones dificultades en cuanto a encontrar la mejor técnica para satisfacerlas; en estos casos, resulta necesario un diálogo entre la entidad contratante y los proveedores, y es ahí cuando el diálogo técnico cobra mayor importancia.

Es evidente que el sector privado tiene mejor conocimiento en cuanto a los productos disponibles en el mercado, el potencial, los precios y condiciones de venta y, sobre todo, tecnologías disponibles. El debate previo a la convocatoria del concurso público permite orientarse en las soluciones innovadoras adquiribles en el mercado. A los órganos contratantes se les permite hacer uso de un gran abanico de opciones (empresas de *consulting* y de asesoramiento, expertos científicos e investigadores) antes de iniciar el procedimiento de adjudicación del contrato; esto contribuye al buen funcionamiento de las siguientes fases del procedimiento de adjudicación.

El diálogo técnico ofrece un mayor conocimiento del mercado; esto promueve la incursión en tecnologías innovadoras a través de compras públicas que exceden los estándares de compras habituales.