

LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU NECESARIA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

José Antonio Moreno Molina

**Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Castilla-la Mancha y
Director de la Revista Contratación Administrativa Práctica**

Fecha de la ponencia: 16 de abril de 2015

SUMARIO

- I.- LAS DIRECTIVAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA
- II.- LA TRASPOSICIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS AL DERECHO ESPAÑOL
- III.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS
- IV.- LA NUEVA DIRECTIVA RELATIVA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
 - 1) La Estrategia Europa 2020 y el Acuerdo sobre Contratación Pública. Influencia sobre las nuevas directivas.
 - 2) Integridad de los procedimientos de contratación pública.
 - 3) Procedimientos de adjudicación de los contratos.
 - 4) Mayor flexibilidad y uso de la negociación.
 - 5) La obligación de utilización de medios electrónicos.
 - 6) Nuevas técnicas para la contratación agregada y electrónica.
 - 7) Impulso de la participación de las PYME.
 - 8)
- V.- BIBLIOGRAFÍA

I.- LAS DIRECTIVAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública constituye uno de los sectores en que el desarrollo del Derecho administrativo de la Unión Europea ha llegado más lejos y, consiguientemente, donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros se está produciendo con mayor intensidad (GIMENO FELIU, 2010, págs. 15 y ss.). En efecto, la Unión cuenta con unas muy desarrolladas reglas sobre los procedimientos de preparación, selección, adjudicación y ejecución de los contratos públicos de obras, suministros y servicios.

El completo “corpus iuris” europeo sobre contratación pública está integrado tanto por normas de Derecho originario y de Derecho derivado como por la decisiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las ha interpretado y cuya doctrina han ido incorporando las sucesivas directivas europeas en la materia.

Como característica destacada y una muestra evidente de la importancia concedida por la Unión a este sector del ordenamiento jurídico, la legislación sobre contratación pública comprende en la actualidad tanto normas sustantivas como procesales y de recursos.

Entre las primeras se encuentra a la cabeza por su generalidad la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que ha derogado a la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sin precedente en la normativa europea; y también la Directiva 2014/25/UE del Parlamento 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; la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública; y la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Por lo que se refiere a las directivas de recursos en los procedimientos de contratación, en la actualidad están vigentes la Directiva 89/665/CEE, aplicable a los contratos de obras y suministros y la Directiva 92/13/CEE, para los contratos en los sectores especiales. Ambas normas fueron modificadas por la Directiva 2007/66/CE, del Consejo y el Parlamento Europeo.

Sin embargo, pese a todas estas normas, los mercados de contratación pública en la Unión siguen siendo de ámbito más nacional que europeo: más del 98 % de los contratos adjudicados con arreglo a las directivas europeas fueron a licitadores nacionales (aproximadamente el 96 % del valor total)⁷⁶.

Por ello, las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014 pretenden simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de las normas y los procedimientos contractuales en la Unión Europea.

II.- LA TRASPOSICIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS AL DERECHO ESPAÑOL

El Consejo de Ministros del 17 de abril de 2015 aprobó los informes del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. Se trata de los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público y de Contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

El Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público tiene como principal objetivo la trasposición al Derecho español de las Directivas 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales, incorpora al ordenamiento español el contenido de la Directiva

⁷⁶ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación pública y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (SEC 2011, 1586 final, pág. 3).

2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y también, en lo que afecta a estos contratos, de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El Estado español tiene la obligación de transponer las Directivas 2014/23, 24 y 25 hasta el 16 de abril de 2016, por lo que resulta imprescindible la aprobación de los anteproyectos para no incumplir el Derecho comunitario, como por desgracia ha sido tradición en España en materia de contratos públicos.

Pero más allá de esta obligación de transposición, se trata de una excelente oportunidad para llevar a cabo una reforma sustancial de nuestro sistema de contratación pública y aprobar una nueva regulación que de forma decidida simplifique e impulse el cumplimiento de los principios esenciales de la contratación pública y permita una uniformidad jurídica en toda los contratos del sector público español⁷⁷.

Y sin duda esta es la dirección que sigue el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que supone un importante salto cualitativo respecto a la regulación anterior en el respeto de la transparencia, la integridad, la igualdad de acceso a la contratación y la libre concurrencia; que es más respetuoso con el Derecho europeo hasta el punto de ser incluso más garantista en aspectos como los modificados; y que introduce sustanciales reformas que sin duda redundarán en una mejora global del sistema contractual público español.

En este sentido, se recogen en el texto muy destacables novedades regulatorias como las siguientes: el principio de integridad aparece expresamente recogido en el artículo primero de la norma como un objeto principal de la misma; se incluyen en el ámbito subjetivo de aplicación de la nueva LCSP de los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, si tienen financiación pública mayoritaria; se produce un ajuste de los tipos contractuales al Derecho de la Unión Europea, con una definición del contrato de concesión de servicios que se caracteriza por la existencia de riesgo y con la supresión de la figura del contrato de gestión de servicios públicos; desaparece el contrato de colaboración público privada; se regula un procedimiento abierto con tramitación

⁷⁷ Como bien apunta el profesor GIMENO FELIÚ, nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado ("La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. una visión desde la perspectiva de la integridad", Ponencia presentada en el X Congreso de la AEPDA. Madrid, febrero de 2015).

simplificada y publicación obligatoria en Internet para contratos no armonizados en suministros y servicios y de menos de 2 millones de euros de valor estimado en obras (salvo para los poderes adjudicadores no Administraciones públicas que lo podrán utilizar para todo importe); en el procedimiento negociado se desarrolla de forma completa el proceso y contenido de la negociación; desaparece por fin el tradicional supuesto en la legislación española del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía; se incorpora de la Directiva 2014/24 el nuevo procedimiento de asociación para la innovación para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de I+D en obras, servicios y productos, para su posterior adquisición por la Administración; entre las medidas en favor de la participación de las PYMES en la contratación pública destaca la nueva regulación de la división en lotes de los contratos, que permite que se invierta la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que si no se divide el contrato en lotes habrá que justificarlo en el expediente.

El novedoso Libro III de la nueva LCSP se reserva a los contratos de poderes adjudicadores no administraciones públicas y otros entes del sector público, y comprende los preceptos que en el TRLCSP se encontraban principalmente en el título II (Preparación de otros contratos) del Libro II y en el capítulo II (Adjudicación de otros contratos del sector público) del título I (Adjudicación de los contratos) del Libro III. Respecto a estos sujetos, la medida sin duda de más alcance en favor de la transparencia y la libre concurrencia es la supresión de las Instrucciones Internas de Contratación, lo que permitirá una importante uniformización de las reglas de contratación pública.

En relación con el control de la contratación pública, el recurso especial pasa a ser obligatorio en los contratos sujetos a regulación armonizada si bien se deslegalizan las cuantías, por lo que las CCAA podrán rebajar los límites; se suprime la posibilidad de creación de tribunales locales de recursos contractuales; cabrá recurso contra modificaciones y la naturaleza del recurso ya no será precontractual; y se acaba con la dualidad jurisdiccional y se recupera la teoría de los actos separables, de forma que todas las cuestiones de preparación y adjudicación, al margen del importe y la naturaleza del poder adjudicador, se residenciarán en el orden contencioso-administrativo.

La nueva LCSP apuesta de forma decidida por la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos a lo largo de todo el procedimiento de contratación.

Por otra parte, con el objetivo de mejorar la gobernanza, se crea en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado un Comité de Cooperación, en el que participarán Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

III.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

La acción de las instituciones de la Unión Europea en relación con las compras públicas, que se inició en los años 70 y ha ido cada vez adquiriendo más y más importancia tanto política, jurídica y social como económica⁷⁸, tiene como principal objetivo la creación de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior comunitario. Se basa en los principios fundamentales consagrados en el Derecho originario de la Unión Europea de igualdad de trato, convocatoria de licitaciones transparente y no discriminatoria, reconocimiento mutuo y lucha contra el fraude y la corrupción.

En nuestros días se aprecia una notable aproximación en la regulación jurídica de los contratos públicos en los diferentes ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, impulsada por la aprobación de toda una serie de directivas comunitarias que pretenden garantizar el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. Los valores que defiende la legislación sobre contratos para la Unión Europea son los relacionados con la garantía de la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y no nacionales (RODRÍGUEZ ARANA, JINESTA LOBO, NAVARRO MEDAL, y MORENO MOLINA, J.A., 2011, 31 y ss.).

Los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales⁷⁹ y comunitarias⁸⁰ de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación (HUERGA LORA, A., 2005, 234). Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su

⁷⁸ Los contratos públicos suponen el 19,7% del Producto Interior Bruto europeo, véase el documento *Public procurement indicators 2010*, de 4 de noviembre de 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf (fecha de consulta: 10 de febrero de 2013).

⁷⁹ *El Tribunal Constitucional español ya había señalado en su sentencia de 22 de abril de 1993 que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas.*

⁸⁰ La prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) es considerada por el Tribunal como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89).

transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, tanto preparatorias como ejecutorias.

Como ha declarado reiteradamente el TJUE, el principio de igualdad de trato de los licitadores, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento⁸¹. El principio de igualdad tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores⁸².

Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora⁸³. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate⁸⁴.

IV.- LA NUEVA DIRECTIVA 2014/24/UE RELATIVA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

1.- La Estrategia Europa 2020 y el Acuerdo sobre Contratación Pública. Influencia sobre las nuevas directivas.

La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM 2010, 2020), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para alcanzar estos

⁸¹ Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, no publicada en la Recopilación, apartado 38)

⁸² Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110

⁸³ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, España contra Comisión Europea, apartado 48.

⁸⁴ Sentencia “Succhi di Frutta”, citada anteriormente, apartado 111.

objetivos, mejorando el entorno empresarial y las condiciones para que las empresas innoven y fomentando un uso más generalizado de la contratación ecológica que favorezca una economía con pocas emisiones de carbono y que haga un uso más eficaz de los recursos.

Al mismo tiempo, la Estrategia Europa 2020 hace hincapié en que la política de contrataciones públicas debe garantizar un uso más eficaz de los fondos públicos y en que los mercados públicos deben seguir teniendo una dimensión que abarque a toda la Unión.

En su Comunicación de 13 de abril de 2011 titulada "Acta del Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza", la Comisión Europea incluyó entre las doce medidas prioritarias clave que debían adoptar las instituciones de la UE antes del final de 2012, la revisión y modernización del marco normativo de la contratación pública para flexibilizar la adjudicación de los contratos y para que los contratos públicos puedan servir mejor como apoyo de otras políticas.

La Comisión publicó el 27 de enero de 2011 un Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE⁸⁵ con el que puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos y hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas.

La consulta abierta al sector público y privado finalizó el 18 de abril de 2011, y la Comisión recibió 623 respuestas, procedentes de autoridades centrales de los Estados miembros, compradores públicos de ámbito local y regional, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil y ciudadanos particulares. El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania, Francia y, un poco por debajo, de Bélgica, Italia, los Países Bajos, Austria, Suecia, España y Dinamarca.

Los resultados de la consulta se resumieron en un documento de síntesis⁸⁶, que reflejó una mayoría de propuestas que defendieron la necesidad de simplificar los procedimientos y hacerlos más flexibles, a través de menores cargas administrativas

⁸⁵ "Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente", COM (2011), 15 final, de 27 de enero de 2011.

⁸⁶

Véase

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf (fecha de consulta 24 de marzo de 2013)

relacionadas con la elección del licitador y permitiendo un mayor uso de un procedimiento de licitación con negociación.

Sin embargo, hubo mucha mayor diversidad de opiniones en cuanto al uso estratégico de la contratación pública para lograr los objetivos sociales de la Estrategia Europa 2020. Muchas de las partes interesadas, en especial las empresas, manifestaron una reticencia general ante la idea de utilizar la contratación pública en apoyo de otros objetivos políticos. Otras partes, en concreto las organizaciones de la sociedad civil, se pronunciaron con fuerza a favor de ese uso estratégico.

El citado Libro Verde y las respuestas al mismo nos sitúan ya en la pista de los principales aspectos que va a abordar la nueva Directiva relativa a la contratación pública, que tienen dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, 2011, 2).

La norma plantea la necesidad de simplificar las normas, incrementar su eficiencia y eficacia y hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto político, social y económico⁸⁷. Unos procedimientos más racionales y eficientes incrementarían la flexibilidad para los poderes adjudicadores, beneficiarían a todos los operadores económicos y facilitarían la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. La mejora de las normas sobre contratación pública permitiría asimismo que los poderes adjudicadores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como la protección del medio ambiente y la promoción de la innovación.

En la elaboración de la nueva directiva sobre contratación ha desarrollado un papel muy relevante el Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial

⁸⁷ Véase el apartado 2 de la exposición de motivos de la Directiva relativa a la contratación pública y el apartado 4 de la exposición de motivos de la Directiva relativa a los contratos públicos en los sectores especiales.

del Comercio⁸⁸, que se encuentra en proceso de revisión y cuyo nuevo texto consensuado a finales de 2011 constituye la base para la directiva europea⁸⁹.

El proceso para la revisión del ACP ha tenido dos importantes hitos, al llegarse a un primer acuerdo en 2006 y culminar las negociaciones el 15 de diciembre de 2011. La Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del ACP, se adoptó formalmente el 30 de marzo de 2012⁹⁰.

Por lo que se refiere a la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, tiene como objetivo reducir la inseguridad jurídica en la adjudicación de contratos de concesión en beneficio de las autoridades públicas y los operadores económicos. La legislación de la UE no restringe la libertad de los poderes y entidades adjudicadores a la hora de desempeñar los cometidos de interés público que son de su competencia merced a sus propios recursos, pero si deciden recurrir a una entidad

⁸⁸ El ACP que está actualmente en vigor se firmó en Marrakech el 15 de abril de 1994, al mismo tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC, y entró en vigor el 1º de enero de 1996.

Son partes en el ACP Armenia, Canadá, la Unión Europea en relación con sus 27 Estados miembros, Hong Kong-China, Islandia, Israel, Japón, Corea, Liechtenstein, los Países Bajos en relación con Aruba, Noruega, Singapur, Suiza, Taipei Chino (Taiwán) y los Estados Unidos.

Mediante la Decisión 94/800/CEE, el Consejo aprobó el ACP. Desde entonces parte del ordenamiento jurídico comunitario europeo y obliga tanto a las instituciones de la Comunidad como a los Estados miembros.

⁸⁹ Véase la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (COM(2013) 143 final, de 22 de marzo de 2013); la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece la posición que debe adoptar la Unión Europea en el seno del Comité de Contratación Pública con respecto a las Decisiones de aplicación de determinadas disposiciones del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (COM(2013) 142 final, de 22 de marzo de 2013) y el Anexo a la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece la posición que debe adoptar la Unión Europea en el Comité de Contratación Pública por lo que respecta a las decisiones de aplicación de determinadas disposiciones del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (COM(2013) 142 final, de 22 de marzo de 2013).

⁹⁰ Véase la página oficial de la OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm, fecha de consulta 20 de abril de 2013.

Sobre el proceso de renovación del acuerdo sobre contratación pública de la OMC véase Anderson, R. D., "Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations", *Public Procurement Law Review*, Issue 4 (2007).

externa para desempeñar tales cometidos, es necesario dar a todos los operadores económicos de la UE un acceso efectivo al mercado.

En el contexto de graves limitaciones presupuestarias y dificultades económicas que existe en numerosos Estados miembros de la UE, preocupa a las instituciones comunitarias especialmente la asignación eficiente de los fondos públicos. Un marco legislativo adecuado en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión estimularía la inversión pública y privada en infraestructuras y servicios estratégicos con la mejor relación calidad-precio.

La Comisión destacó el potencial que tendría una iniciativa legislativa relativa a los contratos de concesión para crear un marco de la UE de apoyo a la colaboración público-privada en su Comunicación de 2009 "Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada" (COM(2009) 615 final).

2.- Integridad de los procedimientos de contratación pública.

La Directiva 2014/24/UE plantea diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública, un objetivo fundamental en la actualidad de nuestro Derecho y prácticas administrativas nacionales (GIMENO FELIÚ, 2010, 517 y MEDINA ARNÁIZ, 2010, 1 a 20), para cuya mejor garantía se debe exigir el respeto en todo caso de los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia.

Se regulan así los denominados conflictos de intereses, las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas y las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia.

La importancia económica, política y social de la contratación pública, los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de este sector un ámbito peligrosamente expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción.

La norma prevé en primer lugar medidas para prevenir los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, que aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en

las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores⁹¹.

En el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE se entiende por «intereses particulares» en un contrato público los intereses familiares, afectivos, económicos, políticos u otros intereses compartidos con los candidatos o los licitadores, incluidos los conflictos de intereses profesionales.

También se establecen medidas en la propuesta contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento. Estas actividades ilícitas infringen los principios básicos de la Unión Europea y pueden dar lugar a graves falseamientos de la competencia.

La Directiva recoge los impedimentos a la adjudicación, cuya concurrencia obliga a los poderes adjudicadores a no adjudicar el contrato al licitador que presente la mejor oferta. Entre las condiciones previstas en este sentido por la norma europea se encuentran que el licitador no sea capaz de aportar los certificados y documentos exigidos por la propia Directiva.

En la regulación de las ofertas anormalmente bajas, el artículo 69 de la Directiva recoge establece también garantías para hacer más transparentes los procedimientos de contratación e impedir prácticas fraudulentas. Se profundiza así en la exigencia por parte de los poderes adjudicadores respecto a los operadores económicos para que expliquen el precio o los costes facturados.

El poder adjudicador deberá verificar la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no justifiquen el bajo nivel de los precios o costes, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo 69 de la propuesta.

⁹¹ Véase al respecto el Libro Verde de la Comisión sobre "la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente", COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, pág. 54, así como las respuestas a las consultas del Libro Verde dadas por los investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER JURI 2009-12116), recogidas en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 505 y 506.

Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta cuando hayan comprobado que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o por las disposiciones internacionales de Derecho social y medioambiental.

Por otra parte, también al establecer medidas de gobernanza en los contratos públicos, la propuesta obliga a los Estados miembros a establecer estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar y llevar a cabo los procedimientos de contratación. Para reforzar la lucha contra la corrupción y el favoritismo, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados al organismo de supervisión, que podrá así examinar estos contratos a fin de detectar pautas sospechosas, y de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos.

3.- Procedimientos de adjudicación de los contratos.

La evaluación de impacto de las medidas a adoptar en la reforma de las directivas sobre contratos públicos realizada por la Comisión puso de manifiesto que el carácter desproporcionado de los procedimientos genera costes excesivos. Un procedimiento normal cuesta cerca de 28.000 euros (por término medio, 5.500 euros para la entidad o poder adjudicador y 3.800 euros por empresa licitadora). En el umbral más bajo de las directivas, aplicable a los contratos de suministros y servicios (125.000 euros), estos costes representan entre el 18 y el 29 % del valor del contrato. Otro dato importante son las significativas variaciones observadas en los resultados de los Estados miembros (por ejemplo, la diferencia en el tiempo que se requiere desde la fecha de envío del anuncio de contrato hasta la adjudicación puede llegar a los 180 días)⁹².

La nueva Directiva 2014/24/UE contempla que los poderes adjudicadores puedan utilizar como procedimientos normales de adjudicación de los contratos el abierto y el restringido.

Novedad en los procedimientos son las denominadas asociaciones para la innovación, en las que cualquier operador económico podrá solicitar participar en

⁹² Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación pública y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (SEC 2011, 1586 final, pág. 4).

respuesta a un anuncio de licitación con vistas a establecer una asociación estructurada para el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y los costes acordados⁹³.

Como procedimientos de utilización limitada, sólo si concurren las causas tasadas que fija la propuesta, se regulan el procedimiento de licitación con negociación, con o sin publicidad previa, y el diálogo competitivo.

Una novedad destacada de la Directiva, contemplada en su artículo 40, consiste en que, antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado a fin de evaluar su estructura y su capacidad e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación.

Para ello, los poderes adjudicadores podrán solicitar o aceptar el asesoramiento de estructuras de apoyo administrativo o de terceras partes o participantes en el mercado, siempre que dicho asesoramiento no impida la competencia y no dé lugar a infracciones de los principios de no discriminación y transparencia.

La Directiva contiene una disposición específica de protección contra el trato de favor injustificado a participantes que hayan asesorado al poder adjudicador o hayan participado en la preparación del procedimiento.

Cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, “el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia” (artículo 41).

Estas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de cualquier información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. El candidato o el

⁹³ El valor del contrato será el valor máximo estimado, excluido el IVA, de las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación; y el contrato se adjudicará de conformidad con las normas aplicables a los procedimientos de licitación con negociación.

licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

Al regular la selección de los participantes y la adjudicación de los contratos, el artículo 56 de la nueva Directiva reitera que la adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 67 a 69, siempre que se cumpla, junto a otras condiciones que establece el propio precepto, “que la oferta haya sido presentada por un licitador que no esté excluido de conformidad con el artículo 57 y que cumpla los criterios de selección establecidos por el poder adjudicador de conformidad con el artículo 58 y, cuando proceda, las normas y los criterios no discriminatorios contemplados en el artículo 65”.

En relación con la adjudicación de los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos, a los que el Título III somete a un régimen de contratación particular, con un umbral más elevado de 500.000 euros, el artículo 76.1 de la Directiva establece que los Estados miembros pondrán en vigor las normas nacionales para la adjudicación de los contratos “con el fin de garantizar las autoridades contratantes cumplir con los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos”.

4.- Mayor flexibilidad y uso de la negociación

El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea, planteó como uno de las cuestiones necesitadas de revisión a escala europea la posibilidad de introducir una mayor flexibilidad en los procedimientos de contratación, permitiendo a los poderes adjudicadores que negocien las condiciones del contrato con los licitadores potenciales.

La propuesta tuvo una excelente acogida en la consulta pública abierta por el Libro Verde, de forma que una clara mayoría de los grupos de partes interesadas apoyó la idea de permitir un mayor uso de un procedimiento de licitación con negociación⁹⁴. La negociación podría dar a los poderes adjudicadores más flexibilidad para obtener de la contratación resultados que satisfagan realmente sus necesidades.

La utilización de negociaciones en los procedimientos de contratación está contemplada en el ACP, siempre que se notifique en el anuncio de licitación.

⁹⁴ Véase el documento de síntesis de las respuestas al Libro Verde en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf (fecha de consulta 19 de abril de 2013).

Pero esta opción debe estar supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo. Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas.

El propio Tribunal europeo de Justicia ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción «más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos» (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, apartado 37).

Para proteger a los licitadores contra prácticas abusivas o discriminatorias y garantizar además el derecho a una buena administración, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación⁹⁵. En este sentido, podría ser útil tomar como referencia el modelo de las subastas electrónicas.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que dar mayor libertad a los poderes adjudicadores solo reportará resultados útiles si estos tienen la experiencia técnica, el conocimiento del mercado y las destrezas necesarios para negociar un buen acuerdo con los proveedores.

La Directiva 2004/18/CE contemplaba al procedimiento negociado como de utilización rigurosamente excepcional, que se permite sólo en los tasados supuestos establecidos por la propia norma.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación estricta⁹⁶. Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a

⁹⁵ Véanse las Contribuciones al Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente (COM(2011) 15 final), presentadas por los miembros investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva» (Ref. DER JURI 2009-12116). IP: José M. Gimeno Feliu.

⁹⁶ Sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C 57/94, Rec. p. I 1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C 318/94, Rec. p. I 1949, apartado 13.

las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.

En el procedimiento negociado, las entidades y los poderes adjudicadores consultan a los operadores económicos de su elección y negocian con uno o más de ellos las condiciones del contrato que se va a celebrar. Esta negociación de las condiciones de la oferta no es posible en los procedimientos abierto y restringido.

La Directiva 2004/17/CE preveía una mayor flexibilidad, al permitir a las empresas de servicio público elegir libremente adjudicar sus contratos mediante procedimiento negociado.

Pues bien, el considerando 42 de la Directiva 2014/24/UE, reconoce que existe una necesidad generalizada de mayor flexibilidad y, en particular, de un acceso más amplio a un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones, como las que prevé el ACP explícitamente para todos los procedimientos. Por ello plantea que, salvo disposición en contrario en la legislación del Estado miembro de que se trate, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de utilizar un procedimiento de licitación con negociación conforme a lo establecido en la Directiva, en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.

Sin embargo, este procedimiento debe estar acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia. Esto dará a los poderes adjudicadores mayor margen para adquirir obras, suministros y servicios perfectamente adaptados a sus necesidades específicas. Al mismo tiempo, debería incrementar también el comercio transfronterizo, ya que la evaluación ha mostrado que los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado con publicación previa son obtenidos en un número especialmente elevado de ocasiones por ofertas transfronterizas.

En este sentido, el artículo 26 de la directiva, al establecer los cinco tipos de procedimientos de contratación competitivos a disposición de los Estados miembros y las autoridades contratantes, fija como regla general la utilización de los procedimientos abiertos o restringidos.

Pero también prevé las asociaciones para la innovación, el procedimiento de licitación con negociación y el diálogo competitivo.

En concreto, serán causas que permitan acudir al procedimiento negociado o al diálogo competitivo:

a) con respecto a las obras, suministros o servicios que cumplan uno o varios de los siguientes criterios:

- I. que las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles;
- II. que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras;
- III. que el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera, o por los riesgos inherentes a los mismos;
- IV. que el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica en el sentido del anexo VII, puntos 2 a 5;

b) con respecto a las obras, suministros o servicios en los que, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, sólo se presenten ofertas irregulares o inaceptables. En tales situaciones, los poderes adjudicadores no estarán obligados a publicar un anuncio de licitación si incluyen en el procedimiento a todos los licitadores, y sólo a ellos, que cumplan los criterios contemplados en los artículos 57 a 64 y que, con ocasión del procedimiento abierto o restringido anterior, hayan presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación;

Se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador. Se considerarán inaceptables, en particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del poder adjudicador tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación” (artículo 26.4).

Pero es el artículo 29 el que regula las distintas fases del procedimiento de licitación con negociación, en el que cualquier operador económico podrá solicitar participar en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información solicitada para la selección cualitativa.

En el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, los poderes adjudicadores describirán la contratación y los requisitos mínimos que habrán de cumplirse y especificarán los criterios de adjudicación, para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en las negociaciones. Los poderes adjudicadores indicarán en las especificaciones técnicas qué partes de estas definen los requisitos mínimos.

El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, de la invitación a confirmar el interés; el plazo mínimo para la recepción de las ofertas será de 30 días a partir de la fecha de envío de la invitación.

Solo los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información solicitada podrán presentar una oferta por escrito, que será la base de las negociaciones ulteriores. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos adecuados a los que invitar a participar en el procedimiento.

Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación.

Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros.

Los poderes adjudicadores no revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de soluciones específicas u otra información confidencial.

Los procedimientos de licitación con negociación podrán realizarse en etapas sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en la documentación de la contratación. En el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en la documentación de la contratación, el poder adjudicador indicará si va a recurrir a esta opción.

5.- La obligación de utilización de medios electrónicos.

Frente a la debilidad de la Directiva 2004/18 en la implantación de medios electrónicos en la contratación pública, la nueva Directiva 2014/24/UE obliga a los Estados a utilizar estos medios en el plazo de 30 meses desde la entrada en vigor de la misma.

Dispone en este sentido el artículo 23.1 de la nueva norma que los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, y, en particular, la presentación electrónica de ofertas y solicitudes.

De esta forma, cuando el artículo 90 de la Directiva fija el plazo de adaptación de la legislación de los Estados miembros a las normas de la nueva directiva, establece un plazo máximo de 24 meses, que no obstante permite ampliar hasta los 54 meses para las comunicaciones electrónicas entre licitadores y poderes adjudicadores.

Ahora bien, el uso de medios electrónicos será obligatorio en el plazo general de 24 meses de entrada en vigor de la directiva en relación con lo establecido en los artículos 34 (referido a los sistemas dinámicos de adquisición), 35 (subastas electrónicas), 36 (catálogos electrónicos), 37.3 (comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación dirigidos por una central de compras⁹⁷), 51 (envíos de los anuncios a la Comisión) y 53 (disponibilidad electrónica de la documentación de la contratación).

Como destaca el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE (SEC 2010, 1214), Portugal es el primer país de los 27 miembros de la Unión Europea que apostó por la obligatoriedad del uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación, en la mayoría de los contratos públicos. En concreto, esta obligación se estableció en el párrafo 1 del artículo 9 del Decreto-Ley n.º 18/2008, de 29 de enero, que aprobó el «Código dos Contratos Públicos» (Código de los Contratos Públicos, en adelante, CCP)⁹⁸,

⁹⁷ No obstante, la aplicación del artículo 22.1 para centrales de compras con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35.4 puede ser postergado por los Estados miembros hasta 36 meses después de la entrada en vigor de la Directiva.

⁹⁸ El CCP tiene una intención codificadora y ha venido a agrupar en un único texto legal todas las disposiciones relativas a las fases preparatorias y ejecutorias de los contratos públicos que anteriormente se encontraban dispersas en diversas normas. De esta forma, el CCP traspone tanto la Directiva 2004/18/CE, sobre contratos del sector público, como la Directiva 2004/17/CE, sobre contratos en los denominados sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales), corrigiendo la limitada e incompleta trasposición de las citadas directivas comunitarias realizada por

con un horizonte temporal de un año después de la fecha de entrada en vigor de la norma, a partir de la cual las autoridades contratantes y los contratistas ya no podrían utilizar documentos de papel en las propuestas o solicitudes en los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, este plazo se prorrogó por medio del Decreto-Ley n.º 223/2009, del 11 de septiembre, que fijó de plazo hasta el 31 de octubre de 2009. Por lo tanto, desde el 1 de noviembre de 2009, resulta obligatorio el uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación.

La Comisión Europea publicó el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea (SEC 2010, 1214), para impulsar la utilización de las TIC a fin de lograr una contratación pública más eficaz en todo el mercado único, al tiempo que avanzar hacia una revisión coordinada y global del actual marco de contratación pública de la UE.

En el Libro Verde se recuerdan las grandes ventajas de una utilización más generalizada de la contratación electrónica. Entre ellas cabe destacar una mayor accesibilidad y transparencia (la contratación electrónica puede mejorar el acceso de las empresas a la contratación pública gracias a la automatización y centralización del flujo de información sobre las oportunidades de licitación concretas); ventajas en relación con los procedimientos concretos (frente a los sistemas basados en el soporte de papel, la contratación electrónica puede contribuir a que las entidades adjudicadoras y los operadores económicos reduzcan sus costes administrativos, y a que se agilicen los procedimientos de contratación, lo que en las actuales circunstancias económicas podría tener una acogida muy favorable ya que aumentaría al máximo el potencial que puede obtenerse a partir de recursos limitados); ventajas en cuanto al logro de una mayor eficacia en la gestión de la contratación (en los casos en que existan centrales de compras,

las normas anteriores, que dio lugar a las Sentencias condenatorias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) contra la República portuguesa de 18 de diciembre de 2007, Comisión/Portugal, Asunto C-284/07, y de 3 de abril de 2008, Comisión/Portugal, Asunto C-289/07. Junto al CCP, como legislación vigente en Portugal en la materia hay que destacar el Decreto-Ley n.º 143-A/2008, que establece los términos a que debe obedecer la presentación y recepción de propuestas y candidaturas en el ámbito del CCP; el Decreto-Ley n.º 34/2009 establece medidas excepcionales de contratación pública destinadas a la rápida ejecución de los proyectos de inversión pública considerados prioritarios; el Decreto-Ley n.º 200/2008, que aprueba el régimen jurídico aplicable a la constitución, estructura orgánica y funcionamiento de las centrales de compras; el Reglamento n.º 330/2009, del Sistema Nacional de Compras Públicas; la Resolución de la Asamblea de la República n.º 17/2010, sobre transparencia en los contratos públicos; la Ley n.º 3/2010 sobre medidas relativas a los retrasos en el pago a los contratistas, y el Decreto-Ley n.º 88/2009, que establece el régimen jurídico de los documentos electrónicos y de la firma digital.

el recurso a los procedimientos electrónicos podrá contribuir a la centralización de las tareas administrativas de contratación más onerosas y al logro de economías de escala en términos de gestión); y potencial de cara a la integración de los mercados de contratación en la UE (en un entorno caracterizado por la utilización del soporte de papel, la falta de información y los problemas asociados a la presentación de ofertas en relación con contratos que van a adjudicarse a cierta distancia del lugar de establecimiento de la propia empresa pueden limitar el número de proveedores que compitan en determinadas licitaciones o disuadirlos totalmente de participar en ellas. En potencia, la contratación electrónica tiene la ventaja de acortar esas distancias, salvar las deficiencias en materia de información y fomentar una mayor participación, mediante el incremento del número de posibles proveedores y la eventual ampliación de los mercados).

No cabe duda de que la contratación electrónica puede ayudar a obtener los insumos necesarios para los servicios públicos en unas condiciones ventajosas para el contribuyente en términos económicos. Las economías logradas de este modo son particularmente valiosas en el contexto actual, en el que se está ejerciendo una presión para la contención del gasto público.

Ahora bien, dichas ventajas tiene un coste. El logro de la competencia requerida para llevar a cabo la contratación por medios electrónicos exige inversiones a lo largo de toda la cadena de contratación a fin de desarrollar la capacidad necesaria y gestionar el paso de un sistema a otro. Los costes de mantenimiento varían entre varios miles y varios millones de euros, en función, lógicamente, del tamaño y la sofisticación del sistema. La experiencia ha demostrado que dichas inversiones pueden recuperarse en un plazo muy corto a través de las economías realizadas por la Administración.

Sin embargo, el mayor obstáculo a la utilización de estos nuevos sistemas electrónicos consiste en la dificultad de estimular a las entidades adjudicadoras y a las comunidades de proveedores a servirse de ellos. Las iniciativas en materia de contratación electrónica que han tenido éxito incluyen, a menudo, un gran apoyo para la formación de las comunidades de usuarios, así como un esfuerzo continuado por parte de los promotores de la contratación electrónica para fomentar y desarrollar sus sistemas.

El mercado único europeo de contratación pública electrónica se enfrenta pues a obstáculos importantes, entre ellos también la falta de interoperabilidad transfronteriza y la complejidad de la interfaz.

Frente a ello, recientemente se ha publicado el Libro de Oro de las buenas prácticas en contratación pública electrónica⁹⁹, un estudio que analiza en profundidad diversas plataformas electrónicas utilizadas para la contratación pública en la UE. En el informe se presentan no solo las buenas prácticas en el ámbito de la contratación pública electrónica, sino también las prácticas que se deben evitar.

También debe ser destacada la iniciativa de la Comisión de creación del Grupo de Expertos de licitación electrónica (eTEG), que presentará recomendaciones a los órganos de contratación, los políticos o los desarrolladores de software para simplificar la forma en que se llevó a cabo la contratación electrónica, en particular para las PYME y los proveedores transfronterizos¹⁰⁰.

6.- Nuevas técnicas para la contratación agregada y electrónica.

La Directiva 2014/24/UE quiere reforzar las técnicas que permiten la contratación agregada, a las que agrupan con las técnicas y herramientas para la contratación electrónica. Aunque los objetivos y regulación de unas y otras son diferentes, la propuesta los une porque en todos ellos prevé la utilización de medios electrónicos.

En efecto, el capítulo II del título II de la nueva Directiva lleva por rúbrica “Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada” y regula seis figuras específicas: los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas, los catálogos electrónicos, las centrales de compras y la contratación conjunta.

Hay que recordar que la Directiva 2004/18 regulaba los acuerdos marco y los sistemas dinámicos dentro de los procedimientos de adjudicación de los contratos y las subastas junto a los criterios de adjudicación. Por su parte, el TRLCSP recoge en el título II del libro III, entre los sistemas para la “racionalización técnica de la contratación” los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación y las centrales de contratación, arts. 194 a 207 (GARCÍA JIMÉNEZ, 2012).

⁹⁹ Puede consultarse en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procurement/golden-book/catalogue_en.htm (versión en inglés), fecha de consulta 21 de abril de 2013.

¹⁰⁰ Véase al respecto la web del Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/> (fecha de consulta 20 de abril de 2013) y la de la Unión Europea, <http://ec.europa.eu> (fecha de consulta 20 de abril de 2013).

La principal novedad frente a la Directiva 2004/18/CE es el desarrollo normativo de la contratación conjunta entre poderes adjudicadores. Además, se ha mejorado y aclarado la regulación de los acuerdos marco y las centrales de compra y se desarrolla "in extenso" la figura de los catálogos electrónicos.

Las ventajas de la utilización de estas técnicas y herramientas va más allá de los importantes beneficios para los poderes adjudicadores y licitadores de apostar por los medios electrónicos, ya que permiten la agregación de la demanda por los compradores públicos, con el fin de obtener economías de escala, así como la reducción de los precios y de los costes de transacción. Un último aspecto destacable es la profesionalización de la gestión de la contratación.

La propuesta distingue entre la contratación conjunta esporádica y la contratación conjunta entre poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.

Respecto a la primera, permite que uno o varios poderes adjudicadores pueden acordar la realización conjunta de determinadas contrataciones específicas. Pese a las similitudes de la figura con la de las centrales de compra, su funcionalidad es distinta ya que permite a los poderes adjudicadores licitar de forma ocasional y separada en el tiempo un contrato específico de forma conjunta, pudiendo así obtener mejores ofertas por ser más atractivo el contrato que si se licitara por separado.

Cuando un solo poder adjudicador dirija los procedimientos de contratación de que se trate en todas sus fases, desde que se publique la convocatoria de licitación hasta que finalice la ejecución del contrato o los contratos subsiguientes, ese poder adjudicador será el único responsable del cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la Directiva.

Sin embargo, cuando los procedimientos de contratación y la ejecución de los contratos subsiguientes sean dirigidos por varios de los poderes adjudicadores participantes, cada uno de ellos será responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva en relación con las etapas de las que se ocupe.

Por lo que se refiere a la contratación conjunta entre poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros, el artículo 37 de la Directiva prevé que varios poderes adjudicadores podrán adquirir obras, suministros o servicios de o por medio de una central de compras situada en otro Estado miembro. En tal caso, el procedimiento de contratación se llevará a cabo de conformidad con las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que se encuentre la central de compras.

Otra posibilidad es que varios poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros adjudiquen conjuntamente un contrato público. En tal caso, los poderes adjudicadores participantes celebrarán un acuerdo en el que se determinen:

(a) las disposiciones nacionales que se aplicarán al procedimiento de contratación¹⁰¹;

(b) la organización interna del procedimiento de contratación, en particular la gestión del procedimiento, el reparto de responsabilidades, la distribución de las obras, los suministros o los servicios que se vayan a adquirir y la celebración de los contratos.

Si varios poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros optaran por constituir una entidad jurídica común, en particular una agrupación europea de cooperación territorial en virtud del Reglamento (CE) nº 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, u otras entidades reguladas por el Derecho de la Unión, los poderes adjudicadores participantes acordarán, mediante una decisión del órgano competente de la entidad jurídica común, las normas nacionales de contratación aplicables de uno de los siguientes Estados miembros:

(a) las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que la entidad jurídica común tenga su domicilio social;

(b) las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que la entidad jurídica común lleve a cabo sus actividades.

Este acuerdo podrá aplicarse durante un período indeterminado, cuando esté incorporado en el acta constitutiva de la entidad jurídica común, o bien limitarse a un período determinado, a determinados tipos de contratos o a uno o varios procedimientos de adjudicación específicos.

La propuesta prevé una serie de reglas para determinar la legislación nacional que habrá de regir la licitación en el supuesto de que no se llegue a un acuerdo para determinar la legislación sobre contratación pública aplicable.

Uno o más poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos individuales en virtud de un acuerdo marco celebrado por un poder adjudicador situado en otro Estado

¹⁰¹ Los poderes adjudicadores podrán elegir, como legislación nacional aplicable, las disposiciones de cualquier Estado miembro en el que esté establecido al menos uno de los poderes adjudicadores participantes.

miembro o conjuntamente con él, siempre que dicho acuerdo marco contenga disposiciones específicas que permitan a los respectivos poderes adjudicadores adjudicar esos contratos.

En fin, la propuesta contempla también algunas reglas sobre los posibles recursos a interponer en los supuestos de contratación conjunta transfronteriza. La norma general es que los procedimientos estarán sujetos a los mecanismos de recurso ordinarios previstos en la legislación nacional aplicable.

Para que estos mecanismos de recurso puedan funcionar eficazmente, los Estados miembros velarán por que las decisiones de las instancias de recurso, a tenor de la Directiva 89/665/CEE33 del Consejo, situadas en otros Estados miembros, se ejecuten plenamente en su ordenamiento jurídico nacional, cuando dichas decisiones conciernan a poderes adjudicadores establecidos en su territorio y participantes en el procedimiento de contratación pública transfronterizo.

En cuanto a las técnicas electrónicas, la Directiva simplifica los trámites de los sistemas dinámicos de adquisición a fin de que los poderes adjudicadores puedan sacar el máximo provecho de las posibilidades que ofrece. Se plantea así su puesta en práctica en forma de procedimiento restringido, lo que haría innecesarias las ofertas indicativas, uno de los aspectos que más complicaban su utilización. De esta forma, todo operador económico que presente una solicitud de participación y cumpla los criterios de selección debe ser autorizado a participar en los procedimientos de contratación que se lleven a cabo a través del sistema dinámico de adquisición.

En cuanto a los catálogos electrónicos, que pueden desarrollar un importante papel para incrementar la competencia y racionalizar las compras públicas, se regulan en el artículo 36. El precepto establece que los poderes adjudicadores, cuando obliguen a los licitadores a que utilicen los medios de comunicación electrónicos, podrán exigir que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico, pudiendo ir acompañadas de otros documentos que las completen. La utilización de los catálogos electrónicos se podrá hacer obligatoria por los diferentes Estados miembros en relación con determinados tipos de contratación.

Los catálogos electrónicos serán elaborados por los candidatos o licitadores para participar en un determinado procedimiento de contratación de conformidad con las especificaciones técnicas y el formato establecidos por el poder adjudicador. Cuando se acepte o se exija la presentación de las ofertas en forma de catálogo electrónico, los poderes adjudicadores deberán hacerlo constar en el anuncio de licitación o en la

invitación a confirmar el interés si se utiliza un anuncio de información previa como convocatoria de la licitación. En el pliego de condiciones se recogerá toda la información necesaria, de conformidad con el artículo 22, en relación con el formato, el equipo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

7.- Impulso de la participación de las PYME.

Un objetivo importante de la Directiva 2014/24/UE¹⁰² y, más en general, una preocupación de las instituciones europeas en los últimos años¹⁰³, es facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYME) a los mercados de contratación pública.

Ese impulso puede ayudar a liberar el potencial de las PYME para la creación de empleo, el crecimiento y la innovación, al mismo tiempo que permitirá a los poderes adjudicadores ampliar su base de proveedores, lo cual redundará positivamente en un aumento de la competencia por los contratos públicos.

Con el fin de mejorar el acceso de las PYME a los contratos públicos, la Comisión publicó en 2008 el “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”¹⁰⁴, en el que se apoya la Propuesta de Directiva sobre contratación pública.

102 Véase el Libro Verde de la Comisión sobre "la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente", COM (2011) 15 (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>), p. 30.

103 Véase la Comunicación de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulada «Pensar primero a pequeña escala» – «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas (COM(2008)0394) y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la misma (SEC(2008)2102).

La Unión Europea ha creado recientemente un nuevo portal de impulso de las PYMEs con secciones específicas para la participación de las PYMEs en los procesos de contratación pública: http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/newsbytheme.cfm?displayType=news&lang=es&tpa_id=174.

¹⁰⁴ Documento SEC 2008, 2193.

En España, la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ha publicado la “Guía práctica de la Contratación Pública para las PYME” a la que se puede acceder en la dirección: <http://www.ipyme.org/es-ES/publicaciones/Paginas/Publicaciones.aspx>. Consciente de la importancia que tiene para la PYME vender al sector público, la Guía, con un enfoque tan didáctico como práctico, describe a las empresas los distintos pasos necesarios para participar en las licitaciones públicas y aporta ejemplos para facilitar su comprensión de los conceptos.

En este sentido, la nueva norma europea plantea la simplificación de las obligaciones de información que incumben a los licitadores en los procedimientos de contratación. Se prevé así la obligación de aceptar las declaraciones de los interesados como prueba suficiente a efectos de selección. En el proceso de elaboración de las nuevas directivas se llegó a plantear la aprobación de un documento normalizado, el pasaporte europeo de contratación pública, que serviría para demostrar la inexistencia de motivos de exclusión, pero finalmente el pasaporte no pasó a la tramitación final de las propuestas de directivas.

Otro aspecto importante para la participación de las PYME es el fomento de la división en lotes —homogéneos o heterogéneos— de los contratos públicos. Si los poderes adjudicadores deciden no hacer esta división, deberán explicar de manera específica su decisión.

Con el fin de evitar obstáculos injustificados a la participación de las PYME, la Directiva contiene una lista exhaustiva de las posibles condiciones para la participación en los procedimientos de contratación y declara explícitamente que estas condiciones deberán restringirse «a aquellas que sean adecuadas para garantizar que un candidato o licitador tiene los... recursos y... la capacidad para ejecutar el contrato que se adjudique». Los requisitos relativos al volumen de negocios, que con frecuencia son un gran obstáculo para el acceso de las PYME, se limitan explícitamente al triple del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados. Por último, otro instrumento decisivo para las PYME, como las condiciones para la participación de grupos de operadores económicos, deben estar justificadas por razones objetivas y proporcionadas.

Por lo que se refiere a la subcontratación, una vía fundamental para la participación de las PYME en los contratos públicos, la propuesta prevé el pago directo a los subcontratistas. Los Estados miembros podrán disponer que los subcontratistas tengan la posibilidad de solicitar que el poder adjudicador les pague directamente los suministros, las obras y los servicios proporcionados al contratista principal en el contexto de la ejecución del contrato.

También en Francia se ha publicado una guía práctica destinada a las PYME acerca del aprovechamiento de las posibilidades que ofrece el mercado de la contratación pública («guide pratique pour la réponse des pme à la commande publique», <http://www.pme.gouv.fr/essentiel/vieentreprise/guidepratique-050208.pdf>).

Además de lo anterior, el ya comentado impulso de la utilización de medios electrónicos en la contratación pública por el que apuesta la propuesta de directiva, sin duda favorecerá también la participación de las PYME en las compras públicas.

V.- BIBLIOGRAFÍA.

AAVV (dir. GIMENO FELIÚ, J.M., coord. BERNAL BLAY, M.A.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013

ALONSO GARCÍA, C., "La legalización, por la modificación de la Ley de Costas de 2013, de un negocio jurídico fraudulento: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2013", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100, 2014, págs. 241-253

GALLEGO CÓRCOLES, I., "Las Centrales de contratación en clave local", *Revista de estudios locales. Cunal*, nº. Extra 161, 2013 (Ejemplar dedicado a: Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local / coord. por Jesús Colás Tenas, Silvia Díez Sastre), págs. 119-146

GARCÍA JIMÉNEZ, A., "Los sistemas para la racionalización técnica de la contratación pública", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 117 (2012).

GIMENO FELIÚ J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas-Aranzadi, Pamplona, 2010.

GIMENO FELIÚ, J.M., "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 147 (2010), págs. 517-535

HUERGA LORA, A. (2005), "El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario", *REDA* nº 126, p. 234.

MEDINA ARNÁIZ, T, "Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública", *Diario La Ley*, nº 7382 (2010), págs. 1 a 20.

PUERTA SEGUIDO, F.: "El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público". *Observatorio de Contratos Públicos 2011*. Civitas Thomson Reuters, editorial Aranzadi, Pamplona 2012.

PUNZÓN MORALEDA, J., "Simplificación en la contratación administrativa. Especial referencia a la contratación electrónica administrativa", en *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Dir. Gimeno Feliu, Ed. Aranzadi, 2011.

RODRÍGUEZ ARANA, J., *Derecho internacional de las contrataciones administrativas* (junto a JINESTA LOBO, E., NAVARRO MEDAL, K. y MORENO MOLINA, J.A.), Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, eds. Guayacan, San José (Costa Rica), 2011.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación", *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 1 (2011), págs. 1-11