

El Derecho de la Unión Europea en Materia de Contratos Públicos

Dr. José Antonio Moreno Molina, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-la Mancha (España) y Director de la Revista Contratación Administrativa Práctica

SUMARIO

PRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS

ABREVIATURAS UTILIZADAS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO.- ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL PERÚ. IMPORTANCIA ECONÓMICA Y SOCIAL.

- I.- El marco normativo europeo de la contratación administrativa.**
- II.- El Derecho de la Unión Europea aplicable a la contratación pública no está integrado sólo por las Directivas sobre contratos sino también y de forma relevante por los principios del Tratado de la Comunidad Europea tal y como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia.**
- III.- El marco normativo peruano.**
- IV.- Importancia económica y social de la contratación pública en la Unión Europea y en el Perú.**
- V.- Contratos en la Unión Europea sujetos a normativa comunitaria.**
- VI.- Las discriminaciones y las prácticas proteccionistas en la adjudicación de los contratos administrativos en la Unión Europea.**

CAPÍTULO SEGUNDO.- LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA A TODOS LOS CONTRATOS PÚBLICOS

- I.- La ausencia de previsiones específicas en el Tratado de la Comunidad Europea sobre la contratación pública.**
- II.- Los principios generales de la contratación pública como imprescindible elemento unificador del Derecho público de los contratos. Su reconocimiento en el ordenamiento jurídico comunitario.**
- III.- Los principios de Derecho originario europeo aplicables a la contratación administrativa: la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y las normas sobre la competencia.**

CAPÍTULO TERCERO.- DESARROLLO Y EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS.

- I.- La ausencia de previsiones específicas en el Tratado CE sobre la contratación pública.**
- II.- Las primeras Directivas sobre la materia. Razones del incumplimiento generalizado de sus disposiciones.**
- III.- La "segunda generación" de Directivas y sus sucesivas reformas.**
- IV.- La última generación de Directivas sobre contratos: 2004/17/CE, sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales y 2004/18/CE sobre contratos del sector público.**
- V.- Análisis del contenido de la Directiva sobre contratos públicos de suministros, obras y servicios.**
- VI.- Los procedimientos de adjudicación de los contratos en la Directiva 2004/18. El nuevo procedimiento del diálogo competitivo.**
- VII.- El impulso europeo en la introducción de medios telemáticos en los procedimientos de licitación.**
- VIII.- La Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicio y su regulación de la contratación pública electrónica.**
- IX.- Las subastas electrónicas.**
- X.- Los contratos públicos en los denominados "sectores excluidos", "especiales" o de "servicio público".**
- XI.- La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la evolución y desarrollo del Derecho comunitario de la contratación pública.**
- XII.- El sistema único de clasificación de los contratos públicos en la Unión Europea.**
 - 1.- Introducción y antecedentes al sistema vigente.**
 - 2.- El establecimiento de un sistema único de clasificación de los contratos públicos en la Unión Europea.**
 - 3.- Las ventajas de un sistema único de clasificación.**
 - 4.- El funcionamiento del CPV europeo.**
 - 5.- La obligatoriedad del uso de la clasificación CPV en los formularios normalizados.**
 - 6.- Aplicación práctica del CPV.**
 - 7.- La aplicación del vocabulario común se rige por las Directivas europeas sobre contratación pública.**

CAPÍTULO CUARTO.- EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS RECURSOS PARA GARANTIZAR LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS REGLAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS

- 1. El origen de la preocupación comunitaria sobre la falta de mecanismos efectivos de control del cumplimiento de la europea sobre contratos públicos.**
- 2. La aprobación de las Directivas sobre "recursos":**
 - A) La Directiva 89/665/CEE, sobre procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de obras y suministros.**
 - B) La Directiva 92/13/CEE, sobre "recursos" en los "sectores excluidos".**
 - C) La reforma de las Directivas de recursos a través de la Directiva 2007/66/CE.**
- 3. El mecanismo corrector de la Comisión y los recursos de la misma contra los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario de los contratos públicos.**
- 4. La adopción de medidas cautelares por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

CAPÍTULO QUINTO.- EL AMPLIO ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

- I.- La consecución de objetivos sociales a través de la contratación pública.**
- II.- La protección del medio ambiente a través de los contratos públicos. La importante sentencia Concordia Bus Finland.**
- III.- Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Concepto de órgano jurisdiccional nacional.**
 - A) La fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia del TJCE de 4 de febrero de 1999.**
 - B) Las vías de recurso en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.**
 - C) Las Directivas sobre "recursos".**
 - D) La terminación convencional en España de los procedimientos de contratación.**
- IV.- Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.**
- V.- La doctrina del Tribunal sobre los contratos "in house providing" y su acogida en la nueva Ley española de Contratos del Sector Público.**

CAPÍTULO SEXTO.- RECOMENDACIONES PRÁCTICAS PARA ACCESO DE EMPRESAS PERUANAS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UE, BÚSQUEDA DE OPORTUNIDADES Y PREPARACIÓN DE OFERTAS

- I.- Posibilidad de acceso a un gran mercado**
- II.- Información sobre las licitaciones en la Unión Europea: dónde obtenerla**
- III.- Posibilidad de acudir a una oferta junto con otra u otras empresas**
- IV.- Seguimiento de los procesos de licitación**
- V.- Preparación de ofertas e inversión en oportunidades**
- VI.- Información específica para MYPES**

PRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS

El OSCE ofrece a través de la presente publicación un instrumento de la máxima utilidad que pone a disposición de todos los operadores jurídicos, económicos y sociales de la contratación pública en el Perú. El texto es especialmente recomendable para los proveedores interesados en acceder a las grandes posibilidades que ofrece el mercado europeo de los contratos públicos, incluyendo destacadamente a las micro y pequeñas empresas peruanas.

La próxima entrada en vigor del capítulo de Compras Públicas del Acuerdo de Libre Comercio entre el Perú y la Unión Europea hace muy necesario el conocimiento del sistema europeo de compras públicas.

El libro permitirá un mayor conocimiento, por parte tanto del sector público peruano como del sector privado, del sistema de contratación pública de la Unión Europea (UE). A tal efecto, a lo largo de los capítulos de la presente obra se explica en detalle el mercado de las compras públicas en la UE, el marco regulatorio de la contratación pública con un especial detenimiento en las Directivas vigentes en la materia, los procedimientos y prácticas de contratación de las entidades y empresas gubernamentales de la UE y el comercio electrónico y uso de medios remotos para identificar y participar en contrataciones públicas en la UE.

También se habilita a las empresas peruanas para que logren una participación mayor y más efectiva en los procedimientos de contratación pública en la UE, principalmente a través del aprovechamiento de las técnicas electrónicas de compra.

Y se facilita un manual práctico para identificar convocatorias a procesos de contratación de las entidades gubernamentales de la UE y preparar ofertas competitivas cumpliendo con los requisitos de los convocantes públicos.

En este sentido, el libro recoge un capítulo con recomendaciones prácticas para acceso de empresas peruanas a la contratación pública en la Unión Europea, facilitando la búsqueda de oportunidades y la preparación de ofertas, con informaciones específicas para MYPES.

En todo momento se ha pretendido dar al estudio un contenido teórico pero, sobre todo, práctico, que permita a los lectores extraer conclusiones sobre el sistema de la Unión Europea en materia de contratos públicos.

El autor del trabajo desea agradecer muy especialmente su apoyo y colaboración incondicional para que este estudio vea la luz al Presidente Ejecutivo del Consejo Directivo del OSCE, el Dr. RICARDO SALAZAR, cuya labor al frente del OSCE está siendo excelente, logrando unos resultados admirables de impulso de la capacitación y formación en valores; y al Dr. MARIO ARTEAGA, magnífico jurista y destacado especialista en contratación pública y en negociaciones internacionales en la materia.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ACP:	Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
CCAA:	Comunidades Autónomas de España.
CE:	Constitución Española de 1978.
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea.
F.J.:	Fundamento jurídico.
FF.JJ.:	Fundamentos jurídicos.
JCCA:	Junta Consultiva de Contratación Administrativa de España.
LCAP:	Ley española 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas
LCSP:	Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
LCSE:	Ley española 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE (Ley de Contratos en los Sectores Especiales).
MYPES:	Micro y pequeñas empresas
OMC	Organización Mundial del Comercio.
OSCE:	Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado del Perú.
PYMES:	Pequeñas y medianas empresas
RAP:	Revista de Administración Pública de España.
RCAP:	Revista de Contratación Administrativa Práctica de España
REDA:	Revista Española de Derecho Administrativo.
ss.:	siguientes.
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STPI:	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo de España.
TCE:	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Texto consolidado).
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TLC	Tratado de Libre Comercio.
TPI:	Tribunal de Primera Instancia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativos del Perú.
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development.
UNSPSC	United Nations Standard Products and Services Code.

“Los automóviles pasaban por Padre Jerónimo con los faros encendidos, y una brisa lustral les refrescaba la cara mientras bajaban por Azángaro, locuaces, excitados, hacia el Parque Universitario. Aída tenía sed, Jacobo hambre, ¿por qué no iban a tomar algo? Propuso Santiago, ellos buena idea, él los invitaba y Aída uy qué burgués. No fuimos a esa chingana de la Colmena a comer panes con chicharrón sino a contarnos nuestros proyectos, piensa, a hacernos amigos discutiendo hasta perder la voz. Nunca más exaltación, esa generosidad. Piensa: esa amistad”.

VARGAS LLOSA, M., Premio Nobel de Literatura 2010
(Conversación en La Catedral, Punto de Lectura, 2001, p. 99).

INTRODUCCIÓN.

La Unión Europea cuenta en la actualidad con una completa regulación sobre contratación pública, integrada por una serie de Directivas comunitarias (Leyes) sobre los contratos de obras, suministros y servicios; sobre los contratos en los denominados “sectores especiales” (los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales) y sobre los procedimientos de recurso en la adjudicación de los contratos. Con estas normas comunes, que se aplican en los 27 Estados miembros de la Unión Europea, se pretende garantizar el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación. Se quiere de esta forma garantizar la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y no nacionales organizando una competencia lo más eficaz posible.

Pero, además, la importante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia con sede en Luxemburgo ha interpretado las normas comunitarias y ha declarado plenamente aplicables a la contratación pública varios de los preceptos angulares del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: como los que establecen el principio de igualdad, la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento.

En la evolución de las Directivas europeas sobre contratos públicos desde los años 70 hasta la actualidad se ha pasado de una leve coordinación de los procedimientos nacionales sobre preparación y adjudicación de los contratos, que respetaba los procedimientos y las prácticas en vigor en los Estados miembros, a una máxima unificación procedimental, a la vez que a la extensión de las garantías previstas por las Directivas. Así, las Directivas comunitarias sobre recursos tratan de garantizar que en todos los países europeos existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

La introducción de medios electrónicos y telemáticos en la contratación pública ha venido impulsada en los últimos años en los países comunitarios por la acción de la Unión Europea.

Pero también existe a nivel europeo un Vocabulario Común de los Contratos Públicos y un sistema de clasificación unificado aplicable a todos los contratos públicos.

Para las empresas peruanas resulta de la máxima utilidad consultar el vocabulario común de los contratos públicos de la UE, que incluye una catalogación de bienes y servicios (véase <http://eur-lex.europa.eu/>). Gracias a su código numérico, el Vocabulario Común de los Contratos Públicos de la Unión Europea (CPV) puede utilizarse para buscar oportunidades comerciales en la Unión Europea superando la barrera lingüística.

Entre las recomendaciones a las empresas peruanas interesadas en acceder a las licitaciones públicas en la Unión Europea, cabe destacar el que accedan al TED (Tenders Electronic Daily), la versión en línea del «Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea», dedicado a la contratación pública europea (<http://ted.europa.eu/>).

TED proporciona acceso gratuito a oportunidades comerciales, se actualiza 5 veces a la semana y cuenta con aproximadamente 1500 anuncios de contratación pública de la UE. Las empresas peruanas podrán de esta forma navegar, buscar y seleccionar anuncios de contratación por país, región, sector comercial, etc.

La información sobre cada documento de contratación está publicada en las 23 lenguas oficiales de la Unión Europea. Todos los anuncios de las instituciones de la Unión Europea están publicados en su totalidad en todas esas lenguas, incluyendo el español.

El portal SIMAP de la Unión Europea (<http://simap.europa.eu>) ofrece importante información a los operadores económicos peruanos: información de base sobre la política y la normativa en materia de contratación pública europea, códigos CPV identificadores de bienes y servicios, enlaces a otros sitios con información sobre oportunidades de contratación en toda la Unión Europea, perfiles de compradores, formularios normalizados para la publicación de anuncios en el Diario Oficial y herramientas de notificación electrónicas.

CAPÍTULO PRIMERO.- ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA. IMPORTANCIA ECONÓMICA Y SOCIAL.

I.- El marco normativo de la contratación administrativa en la Unión Europea.

A lo largo de los ya más de cincuenta años de vida de la Unión Europea, y en un proceso constante, se ha ido formando un auténtico Derecho administrativo comunitario, integrado hoy principalmente por normas de Derecho comunitario originario y derivado, y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha construido unos principios generales del Derecho que dotan de unidad a todo el sistema administrativo. La Unión dispone en nuestros días de un fondo de normas y de principios de Derecho administrativo totalmente comparable al de los Derechos administrativos de los Estados miembros. En efecto, es fácil observar la constante evolución del Derecho administrativo comunitario en sectores como la agricultura, la pesca, la actividad industrial, el medio ambiente, los transportes, las telecomunicaciones, especialmente la radio y la televisión, la electricidad, correos, la protección de los bienes culturales o el empleo público.

Pues bien, la contratación pública constituye, sin duda alguna, uno de los sectores en que el desarrollo del Derecho comunitario ha llegado más lejos y, consiguientemente, donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad se está produciendo con mayor intensidad. En efecto, los procedimientos de preparación, selección y adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios son hoy muy similares en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

La Unión Europea cuenta hoy con una completa legislación sobre contratación pública, integrada tanto por normas sustantivas (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 y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales), como por normas procesales y de recursos en los procedimientos de contratación (Directivas de recursos en los contratos de obras y suministros –Directiva 89/665/CEE- y en los sectores especiales –Directiva 92/13/CEE-, que han sido modificadas por la Directiva 2007/66/CE del Consejo y del Parlamento Europeo).

NORMATIVA COMUNITARIA VIGENTE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

CONTRATOS DE
SUMINISTRO

CONTRATOS DE
OBRAS PUBLICAS

CONTRATOS DE
SERVICIOS

Directiva 2004/18/CE

CONTRATOS DE SUMINISTROS, OBRAS PUBLICAS Y SERVICIOS EN LOS SECTORES ESPECIALES (AGUA, ENERGÍA, TRANSPORTES Y SERVICIOS POSTALES)

Directiva 2004/17/CE

RECURSOS EN LOS CONTRATOS DE OBRAS Y SUMINISTROS

RECURSOS EN LOS
CONTRATOS EN LOS
SECTORES ESPECIALES

Directiva 89/66/CEE

Directiva 92/13/CEE

(modificadas ambas por la Directiva 2007/66/CE)

Las Directivas de 2004 han refundido la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa hasta ese momento en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos (Directivas sobre contratos públicos de obras - 93/37/CEE-, suministros -93/36/CEE-, servicios -92/50/CEE- y sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones -93/38/CEE-)

II.- El Derecho de la Unión Europea aplicable a la contratación pública no está integrado sólo por las Directivas sobre contratos sino también y de forma relevante por los principios del Tratado CE tal y como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia.

A través de una lúcida doctrina, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado¹ –y en base al cual se fundamenta la nueva categoría acuñada por la Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de contratos sujetos a regulación armonizada-, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

Así, el Tribunal europeo, tras comprobar cómo las Directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas

¹ Los artículos 7 de la Directiva 2004/18/CE y 16 de la Directiva 2004/17/CE fijan el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos; y también quedan fuera de las normas europeas los contratos referidos a los servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE de importe superior a los umbrales de aplicación de estas Directivas.

sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, "a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado". La sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH, resulta muy ilustrativa cuando concluye que "pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad".

La Directiva 2004/18/CE reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos que está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y señala significativamente en su considerando segundo que "la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado".

El TJUE ha desarrollado una serie de criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan directamente de las normas y principios del Tratado CE. Los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, "consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación" [Sentencia Parking Brixen GMBH, considerando 49].

De la jurisprudencia del alto Tribunal europeo los principios han pasado a las Directivas de contratación, que hoy los recogen de forma destacada (arts. 2 de la Directiva 2004/18/CE y 10 de la Directiva 2004/17/CE) y a la nueva Ley de Contratos española, que los ha elevado a su artículo 1 como fundamento de la normativa reguladora de la actividad contractual del sector público.

Pues bien, para que quedara todavía más claro, la Comisión Europea ha publicado una Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (Diario Oficial n° C 179 de 01/08/2006).

En su Comunicación 2006/C 179/02, la Comisión señala que las normas derivadas del Tratado CE se aplican sólo en la adjudicación de contratos que guarden suficiente relación con el funcionamiento del mercado interior. A este respecto, el TJCE ha declarado que, en determinados casos, debido a "circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica", una adjudicación de contrato carecerá de interés para los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros. En tal caso, "los efectos sobre las libertades fundamentales (...)" son "demasiado aleatorios y demasiado indirectos" como para justificar la aplicación de normas derivadas del Derecho primario comunitario [asunto CONAME, sentencia de 21-7-2005].

Corresponde a cada entidad adjudicadora decidir si la adjudicación de contrato prevista encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros Estados miembros. La Comisión estima que esta decisión deberá basarse en una evaluación de las circunstancias específicas del caso, tales como el objeto del contrato, su cuantía estimada, las características particulares del sector (tamaño y estructura del mercado, prácticas comerciales, etc.), así como el lugar geográfico de ejecución del contrato.

Si la entidad adjudicadora llega a la conclusión de que el contrato reviste importancia para el mercado interior, deberá adjudicarlo con arreglo a las normas básicas que se derivan del Derecho comunitario.

Ahora bien, si la Comisión tiene conocimiento de una posible contravención de las normas básicas de adjudicación de los contratos públicos no regulados por las Directivas sobre contratación pública, examinará la importancia del contrato para el mercado interior a la luz de las circunstancias concretas de cada caso. Sólo incoará el procedimiento de infracción previsto en el artículo 226 del Tratado CE cuando lo considere adecuado a tenor de la gravedad de la infracción y de sus repercusiones en el mercado interior.

Según el TJUE, los principios de igualdad de trato y de no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado.

La obligación de transparencia exige que las empresas establecidas en otro Estado miembro tengan acceso a una información adecuada sobre dicho contrato antes de su adjudicación, de forma que, si lo desean, estén en condiciones de manifestar su interés por obtener ese contrato.

A juicio de la Comisión Europea, la práctica de ponerse en contacto con varios licitadores potenciales sería insuficiente en este sentido, incluso aunque la entidad adjudicadora incluya empresas de otros Estados miembros o intente ponerse en contacto con todos los posibles proveedores. Este planteamiento selectivo no permite excluir la discriminación de licitadores potenciales de otros Estados miembros, en especial los recién llegados al mercado. Lo mismo ocurre con todas las formas de publicidad "pasiva", en las que una entidad adjudicadora no realiza publicidad activa pero contesta a las peticiones de información de los interesados que han descubierto

por sus propios medios la adjudicación de contrato prevista. Una simple referencia a información en los medios de comunicación, debates parlamentarios o políticos o eventos como congresos tampoco constituiría una publicidad adecuada. Por tanto, la única manera de que los requisitos establecidos por el TJCE se puedan cumplir es publicando un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato. Este anuncio debe publicarlo la entidad adjudicadora al objeto de abrir la adjudicación del contrato a la competencia.

III.- El marco normativo peruano y los principios de la contratación pública.

La contratación pública del Estado peruano se encuentra regulada en la actualidad por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, publicados el 4 de junio de 2008 y el 1 de enero de 2009, respectivamente; entrando en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009. El marco legal en Perú se complementa con las Directivas que emite el OSCE.

El ámbito objetivo de aplicación de la legislación sobre contratación pública comprende los contratos de bienes, servicios, consultorías y obras.

Las adquisiciones a través de Bolsa de Productos (Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores del Perú, CONASEV), se regulan por el Decreto Legislativo n° 1063 y por el Decreto Supremo n° 159-2008-EF. Sin embargo, la Bolsa de Productos no está operativa desde mayo de 2009 al ser revocada su autorización de funcionamiento por la CONASEV.

La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento tienen como ámbito de aplicación a todas las diversas entidades públicas a todo nivel de gobierno del Estado peruano, incluidas las empresas públicas, con excepción de PETROPERU, que se rige por su propia normativa de contrataciones.

El sistema de contratación pública en el Perú, regulado con carácter general por la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), tiene por objeto maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realice las Entidades del Sector Público de manera que éstas se efectúen de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los siguiente principios:

- Promoción del Desarrollo Humano
- Moralidad
- Libre concurrencia y competencia
- Imparcialidad
- Razonabilidad
- Eficiencia
- Publicidad
- Transparencia
- Economía
- Vigencia Tecnológica
- Trato Justo e Igualitario

- Equidad
- Sostenibilidad ambiental

Debe valorarse positivamente que en el Perú, tras la reciente reordenación de la estructura institucional de la contratación pública, a partir de la cual el OSCE es el ente encargado de ejecutar las políticas en materia de las contrataciones y supervisar el cumplimiento de la Ley sobre contrataciones públicas, se pretende proporcionar, por primera vez, “un mecanismo para avanzar hacia un sistema de contrataciones basado en principios, en la estandarización de los procesos, la implementación de los sistemas de información, el fortalecimiento de la acción gubernamental en el campo de las contrataciones y de su correcta planificación, para darle el soporte adecuado a la ejecución del presupuesto y al logro de los grandes objetivos políticos en bien de la sociedad” (Plan Estratégico de Contrataciones Públicas del Estado Peruano. Un Sistema de Contrataciones Públicas Eficiente, Libre de Corrupción y Promotor del Desarrollo. Abril de 2009, p. 10 del documento).

El Plan, basado en los principios medulares internacionalmente reconocidos para las contrataciones públicas (eficiencia, transparencia y control del riesgo de corrupción, competencia y uso óptimo de recursos para lograr el mayor valor por inversión realizada en favor de la comunidad), pretende incorporar como principios nuevos los de valor por la inversión realizada, desarrollo humano y sostenibilidad ambiental.

IV.- Importancia económica y social de la contratación pública en la Unión Europea y en el Perú.

A nivel mundial, la magnitud de los recursos implicados en el gasto de los distintos países ligado a la contratación pública es muy considerable. El Banco Mundial lo estima entre el 8 y el 12% del PIB², mientras que la Organización Mundial del Comercio calcula su tamaño entre el 10 y el 15 por ciento del PIB³.

En los países de la OECD⁴, las compras del sector público representaron en 1998 el 19,9% del PIB (USD 4.733 mil millones), mientras que en el grupo de Estados no miembros este porcentaje fue del 14,4% (USD 816 mil millones)⁵. En valor equivalen al 82% de las exportaciones mundiales de bienes y servicios transados anualmente. Y

² “Country Procurement Assessment Reports”, mayo 2002, disponible en <http://siteresources.worldbank.org/PROCUREMENT/Resources/cpar.pdf>, fecha de consulta 22 de febrero de 2010.

³ Sitio Web del Acuerdo Mundial de Contratación Pública (ACP), http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm, fecha de consulta 25 de enero de 2010.

⁴ Actualmente son 30 los países los Estados miembros de la OECD: Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Holanda, Polonia, Portugal, República Eslovaquia, República Checa, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. Desde el 26 de Julio de 2008, el Perú es signatario de la declaración de la OECD acerca de las directrices para empresas Multinacionales y participa en el Comité de Inversiones como país observador.

⁵ OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), “The Size of Government Procurement Markets”, 2002, OECD Journal on Budgeting Vol. 1, Num. 4, ISBN 9264197109, pp. I-65(66).

con un dato muy importante que destaca la OECD: las Comoras de los gobiernos subcentrales equivalen a 2/3 del valor de las compras totales.

Según datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones públicas de los países de la Unión Europea suponen más del 17% del Producto Interior Bruto comunitario; esto es, alrededor de 1.100.000 millones de dólares (la importancia de los contratos públicos por Estados miembros es muy variable: desde el 8.9% del PIB de Grecia, al 14.9% de España, 17.48% de Francia o 25.5% que significan en Holanda⁶).

Sin embargo, las estadísticas sobre las compras públicas en la Unión Europea no son, ni mucho menos, todo lo completas que demanda y exige un mercado tan importante a nivel mundial. Desgraciadamente nada tiene que ver la contratación pública con las excelentes estadísticas que ofrece Eurostat (Statistical Office of the European Communities, Oficina Europea de Estadística) de carácter macro-económicos (que sirven para apoyar las decisiones del Banco Central Europeo en su política monetaria para el euro), sus datos regionales y clasificación (NUTS) que orientan las políticas estructurales de la Unión Europea, las relativas al sector económico privado, a la industria, el comercio y servicios, la agricultura y pesca o el comercio exterior.

La Resolución del Parlamento Europeo de 20 de junio de 2007, sobre problemas específicos de transposición y aplicación de la legislación relativa a la contratación pública, advierte la existencia de problemas en Europa en cuanto a la recogida de datos sobre la contratación pública que obedecen, en particular, a la existencia de numerosas autoridades adjudicadoras en los distintos países y al hecho de que la lista de casos en los que las normas no se han aplicado correctamente es amplia.

El mercado de contratación pública peruano se mueve dentro de los parámetros internacionales (ha pasado del 6,5% en 2007, al 13,7% en 2008 para llegar hasta el 16,9% en 2009) y cuenta con unas excelentes estadísticas que recopila y difunde el Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado del Perú (OSCE).

⁶ Véase el informe y las estadísticas sobre la contratación pública elaborados por la Dirección General del Mercado Interior de la UE, disponibles en http://ec.europa.eu/internal_market/en/publproc/general/index.htm.

Véase el informe y las estadísticas sobre la contratación pública elaborados por la Dirección General del Mercado Interior de la UE, disponibles en: http://ec.europa.eu/internal_market/en/publproc/general/index.htm, así como el documento "Public Procurement Indicators 2008", Comisión Europea (DG Mercado Interior), 27 de abril de 2010.

MERCADO TOTAL DE COMPRAS PÚBLICAS EN PERÚ

Tipo de Entidad	Nº de procesos convocados			Valor Referencial convocado (Millones de \$)		
	2007	2008	2009 (*)	2007	2008	2009
<i>Entidades del FONAFE</i>	14.570	15.821	7.246	12.480,07	68.421,14	59.787,92
<i>Gobierno Central</i>	80.668	82.317	31.269	23.240,81	23.021,38	46.432,70
<i>Gobierno Distrital</i>	49.688	93.321	49.582	10.049,83	15.983,94	23.341,03
<i>Gobierno Regional</i>	26.659	38.678	21.186	6.262,21	8.242,13	17.075,32
<i>Gobierno Provincial</i>	22.657	36.772	19.862	5.804,86	8.231,59	10.245,52
<i>Instancia Descentralizada</i>	27.972	34.969	15.424	6.470,27	8.063,84	9.695,46
<i>Entidad de Tratamiento Empresarial</i>	17.755	12.487	6.786	3.808,17	2.154,85	4.058,77
<i>Sociedad de Beneficencia Publica</i>	418	382	271	49,45	66,74	61,72
Total	240.387	314.747	151.626	68.165,7	134.185,6	170.698,4
PBI Nominal Anual (**):				1.050.485,9	1.090.761,9	1.149.671,1
				6,5%	12,3%	14,8%

FUENTE: OSCE, junio 2010

Si diferenciamos el monto convocado por objeto se obtiene el importante dato de que es la contratación de bienes la que se lleva la mayor parte del mercado, si bien comparando las cifras de 2008 y 2009 encontramos que mientras que el monto convocado por bienes ha bajado de alrededor de 10.200 millones de dólares a 9.500 millones, el monto convocado por servicios y, sobre todo, por obras se ha incrementado notablemente, pasando en los servicios de 6.200 millones de dólares a 11.300 millones y en las obras de 6.300 millones de dólares a 14.500 millones.

MONTO CONVOCADO POR OBJETO EN PERÚ EN 2008

OBJETO	Monto Convocado (en millones de S/.)	Monto Convocado (en millones de US\$)
Servicios	6.283,711	2.200,950
Obras	6.345,472	2.222,582
Bienes	29.222,694	10.235,620
TOTAL	41.851,877	14.659,151

Fuente: SEACE

Elaboración: Sub Dirección de Estudios Económicos y de Mercado del OSCE

MONTO CONVOCADO POR OBJETO EN PERÚ EN 2009

OBJETO	Monto Convocado (en millones de S/.)	Monto Convocado (en millones de US\$)
Servicios	11.305,1	3,959,756
Obras	14.563,5	5.101,039
Bienes	27.042,8	9.472,074
TOTAL	52.911,3	18.532,869

Fuente: SEACE.

Elaboración: Sub Dirección de Estudios Económicos y de Mercado del OSCE

Al diferenciar los distintos tipos de contratos adjudicados en el Perú en los años 2008 y 2009 encontramos los siguientes datos:

MONTOS ADJUDICADOS POR OBJETO EN PERÚ

	NUEVOS SOLES		DÓLARES AMERICANOS	
	ADJUDICADO 2008	ADJUDICADO 2009	ADJUDICADO 2008	ADJUDICADO 2009
BIENES	26.700,4	9.761,4	9.532,2	3.419,1
OBRAS	4.300,5	9375,1	1.506,3	3.283,7
SERVICIOS	4.943,2	6.560,7	1.731,4	2.298,0
TOTAL GENERAL	35.944,1	25.697,2	12.589,9	9.000,8

Fuente: SEACE.

Elaboración: Sub Dirección de Estudios Económicos y de Mercado del OSCE

V.- Contratos en la Unión Europea sujetos a normativa comunitaria.

Los contratos celebrados por las Instituciones de la Unión Europea y por los distintas Administraciones públicas de los 27 países miembros que están sujetos a la Directiva comunitaria 2004/18/CE son los siguientes:

- a) 125.000 EUR, respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios distintos de los contemplados en el tercer guión de la letra b) adjudicados por los poderes adjudicadores que sean una de las autoridades gubernamentales centrales que figuran en el anexo IV;
- b) 193.000 EUR
 - respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores distintos de los contemplados en el anexo IV;
 - respecto de los contratos públicos de suministro adjudicados por los poderes adjudicadores mencionados en el anexo IV y que operen en el sector de la defensa, cuando dichos contratos tengan por objeto productos distintos de los contemplados en el anexo V;
 - respecto de los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador y que tengan por objeto servicios de la categoría 8 del anexo II A, servicios de telecomunicaciones de la categoría 5 cuyas posiciones en el CPV sean equivalentes a los números de referencia CPC 7524, 7525 y 7526 y/o servicios que figuren en el anexo II B.
- c) 4.845.000 EUR, respecto de los contratos públicos de obras.

En el Derecho comunitario europeo se entiende por «contratos públicos» los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o

varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.

Son «contratos públicos de obras» los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva 2004/18/CE o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Una «obra» es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

Son «contratos públicos de suministro» los contratos públicos distintos de los de obras cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su venta a plazos, con o sin opción de compra.

Un contrato público cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesoria, obras de colocación e instalación se considerará un «contrato público de suministro».

Son «contratos públicos de servicios» los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II de la Directiva 2004/18/CE.

Un contrato público que tenga por objeto al mismo tiempo productos y servicios de los contemplados en el anexo II se considerará un «contrato público de servicios» cuando el valor de los servicios en cuestión sea superior al de los productos incluidos en el contrato.

La «concesión de obras públicas» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

La «concesión de servicios» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Contratos excluidos o reservados

Están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE los siguientes contratos públicos:

- Los contratos públicos declarados secretos o que afecten a los intereses esenciales de un Estado.
- Los contratos públicos celebrados en virtud de normas internacionales.
- Los contratos públicos relativos a los servicios siguientes: la adquisición o el arrendamiento de edificios ya existentes; la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión; los servicios de arbitraje y

de conciliación; la compra, venta y transferencia de instrumentos financieros; los servicios prestados por los bancos centrales; los contratos de trabajo; los servicios de I+D que no pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador o que no estén totalmente financiados por éste.

-Los contratos públicos de servicios adjudicados en virtud de un derecho exclusivo.

-Las concesiones de servicios.

VI.- Las discriminaciones y las prácticas proteccionistas en la adjudicación de los contratos administrativos en la Unión Europea.

Como hoy exigen tanto las normas comunitarias europeas como las normas de los 27 países miembros de la Unión que las incorporan a sus derechos internos, la contratación debe estar abierta al mercado y a la participación de cualquier empresa interesada con independencia de su localización en cualquier Estado europeo. Sin embargo, constituye una tendencia generalizada en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea (y, en general, en todos los Estados, desarrollados o no) el sustraer de la competencia al sector de los contratos públicos. Los poderes públicos adjudicadores, ya se trate de Administraciones centrales, regionales o locales, o de entidades instrumentales dependientes de las mismas, favorecen, con carácter general, a la hora de adjudicar contratos, a las empresas nacionales. Históricamente, el problema ha sido endémico en ámbitos como el de las defensa nacional, las telecomunicaciones, la energía y los transportes.

Los fundamentos de las actitudes proteccionistas de las Administraciones los encontramos, en primer lugar, en el trascendente papel que desarrolla la contratación pública en muchos sectores de la economía moderna⁷. En este sentido, pueden señalarse como paradigmáticos muchos sectores de la alta tecnología, como los del equipamiento médico y de telecomunicación, los cuales dependen en gran medida de la contratación pública⁸.

Los contratos públicos, conforme han ido apareciendo nuevas necesidades y aspiraciones en el seno de la sociedad, han sido utilizados por los poderes públicos no sólo como un medio para comprar bienes o servicios, y cumplir sus funciones más económicamente, sino también como instrumento privilegiado de intervención en la vida económica, política y social de los distintos países⁹.

⁷ MATTERA, A., *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento* (traducción al castellano por CORA ZAPICO LANDROVE), Civitas, Madrid, 1991, p. 386.

⁸ MORO, D., "Liberalization of Public Contracts or European Public Tenders?", *Journal of Regional Policy*, vol. 9, n. 4 (1989), p. 547.

⁹ TURPIN, C., *Government Contracts*, Harmondsworth, 1972, cap. 9 y WEISS, F., "The law of public procurement in EFTA and the EEC; The legal framework and its implementation", *Yearbook of European Law* 1987, págs. 59 y ss.

Véase también MATTERA, A., *El mercado único europeo...*, *op. cit.*, p. 386., y, del mismo autor, "Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des Etats", *Revue du marché unique européen*, nº 3 (1993), págs. 5 y ss.

Las prácticas proteccionistas en el sector de la contratación pública encuentran su explicación en muchos casos en razones estratégicas, en el estímulo del dinamismo productivo, en ayudar a la reconversión en ciertos sectores, en el apoyo del empleo en las industrias en declive, o como medio para favorecer el impulso económico de las regiones menos desarrolladas en los distintos países¹⁰, para compensar a comunidades locales cercanas a industrias públicas ambientalmente perjudiciales, para apoyar a industrias nacientes de alta tecnología, etc.

Son también razones de las prácticas proteccionistas en los contratos públicos, como se deriva de los estudios encargados al respecto por la Comisión Europea, los obstáculos de orden psicológico, como la fuerza de los usos, la confianza en la fiabilidad de las producciones y técnicas nacionales, las relaciones de negocios, los vínculos financieros, razones de prestigio nacional, un cierto espíritu gremial y de solidaridad, las influencias, etc. E incluso razones de comodidad o conservadurismo, en el sentido de no romper vínculos tradicionales con empresarios nacionales.

Pero, frente a estos argumentos, hay que hacer mención también a la otra parte presente en los contratos públicos, es decir, los empresarios que contratan con la Administración. Pues bien, ante las discriminaciones que frecuentemente se producen en las adjudicaciones de los contratos, las empresas suelen mostrarse remisas a llevar a los poderes adjudicadores a los tribunales nacionales e incluso a defender sus intereses ante dichos compradores públicos en el marco de procedimientos precontenciosos, por temor a perder la oportunidad de obtener contratos en el futuro.

Por otra parte, tampoco contribuye a fomentar la aplicación eficaz de las Directivas la falta de dinamismo de las empresas para presentarse como candidatos en licitaciones abiertas a la competencia en Estados miembros distintos del suyo. Aunque es preciso tener en cuenta que si bien la magnitud de algunos contratos puede incitar a competir a las grandes empresas, dotadas de capacidad económica y técnica adecuada, no es menos cierto que perjudica a las pequeñas y medianas empresas.

Además, otro factor distorsionante lo constituye la existencia de repartos del mercado tácitos o regulados en determinados sectores económicos.

En este sentido, resulta interesante comentar el supuesto planteado en España y resuelto por una Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 5 de junio de 2006 (recurso 590/2005). En el asunto se planteó la posible ilegalidad de un acuerdo celebrado entre determinadas empresas de transporte de enfermos en ambulancia. En la citada Resolución el Tribunal fue contundente al considerar que las empresas actuaron de forma contraria a derecho repartiéndose el mercado de la contratación pública:

“La infracción de la LDC por los Estatutos de la Agrupación se pone de manifiesto, en primer lugar, por la redacción de su artículo 20 que, bajo el título

¹⁰ Véase, en este sentido, KILTY, B. y O'DULACHAIN, C., "Discrimination of Foreign Supplies in Public Contracts -The Irish Experience-", en AAVV, *Effects of EC Law on the European Construction Industry*, International Bar Association, Londres, 1990, págs. 77 y ss.

«Objeto», afirma: «El objeto de la Agrupación, auxiliar de las actividades que desarrollen los socios, será la contratación del servicio público de transporte de enfermos en ambulancia con las Administraciones Públicas u otras entidades privadas y su posterior distribución o reparto entre sus socios». Esta previsión demuestra que la Agrupación se constituye para obtener contratos con las Administraciones públicas, a través de los correspondientes procedimientos de adjudicación, así como con entidades privadas y, una vez captados, proceder a su reparto entre las empresas que la integran para su ejecución. De este modo evitan la competencia entre ellas en los referidos procedimientos de adjudicación, sustituyendo ese procedimiento selectivo por un reparto pactado de antemano.

Este objeto de la Agrupación se ve confirmado y desarrollado en el artículo 14 de sus Estatutos cuando afirma, bajo el título «Garantías», lo siguiente:

«Los socios tendrán derecho al trabajo, aun cuando no se adjudicase a la Agrupación la concesión del transporte, en el actual término de actuación del socio.

Sí se ganaran todas las concesiones, con respecto a la zona de la provincia de Orense, se obliga a respetar el trabajo entre los socios, en atención a su actual término de actuación.

Sí no fuesen adjudicadas alguna de esas concesiones, de tal manera que un socio con una zona de actuación actual quedara sin trabajo, se le garantizará de algún modo, que se dispondrá según las circunstancias de cada caso.

Sí se ampliasen las zonas de actuación por un mayor número de concesiones, el reparto sería equitativo con el trabajo actual o zonas actuales».

Con este pacto los miembros de la Agrupación están acordando la forma de distribuirse el trabajo de transporte en ambulancia en la provincia de Orense cuando se adjudican las concesiones e incluso cuando no se produce dicha adjudicación. Se prevé que cuando la adjudicación no es total se le reconozca el derecho al trabajo a la empresa miembro de la Agrupación en su término de actuación, que cuando se ganen todas las concesiones se garantice el trabajo en el término de actuación de cada empresa, que cuando alguno de los integrantes se quede sin trabajo por falta de adjudicación a la Agrupación se establezca un sistema de compensación y que cuando se amplíen zonas de actuación se repartan en proporción al trabajo actual o zonas actuales. Por lo tanto, el resultado de este acuerdo es que las empresas de ambulancias se van a repartir el trabajo adjudicado a través de los concursos administrativos sin competir entre ellas al presentarse a ellos y con independencia del resultado real y efectivo del propio concurso o procedimiento de adjudicación.

Este sistema de reparto del mercado de transporte en ambulancias en el territorio de Orense tiene una especial relevancia porque, tal como se afirma en el apartado 20, 30 y 40 de los Hechos Probados de esta Resolución la Agrupación de Ambulancias de Orense es adjudicataria de la mayoría de los servicios de transporte de enfermos en ambulancia. De modo que el resto de los servicios no adjudicados a la Agrupación se pueden calificar de residuales.

El acuerdo colutorio examinado se completa con las previsiones de los artículos 6, 7 y 10 de los Estatutos de la Agrupación. En estos artículos se establece que para ser socio de la Agrupación o para incorporarse a ella o para transmitir el derecho de socio es necesario que se adopte un acuerdo en la

Asamblea por unanimidad, por lo que basta con que un miembro de la Agrupación esté en contra de una nueva incorporación o de una transmisión de la condición de socio para que no se pueda producir. La clara y patente acreditación de este extremo se encuentra en la situación padecida por el denunciante de este expediente, Ambulancias Xinzo S.L., que intentó en reiteradas ocasiones incorporarse a la Agrupación sin conseguirlo.

El acuerdo descrito es, en sí mismo, constitutivo de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia, suponiendo en particular lo previsto en el apartado c) de ese precepto, que se refiere al reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. Resulta incontrovertido que con lo pactado entre las empresas de ambulancias de Orense se pretende repartir entre ellas el trabajo que resulte de las contrataciones con las Administraciones públicas y con entes privados, con independencia en el primer caso del resultado de los procedimientos de adjudicación y utilizando como instrumento la constitución de una Agrupación de Interés Económico (AIE)".

Un caso similar al que nos ocupa fue objeto de enjuiciamiento por parte del mismo Tribunal en su Resolución de 25 de octubre de 2000, que fue confirmada por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 14 de febrero de 2006. El caso consistió en que varias empresas constituyeron una Agrupación de Interés Económico para repartirse la ejecución de los servicios adjudicados por la Administración pública con independencia del resultado de los concursos a los que se presentaban individualmente aquéllas. Se trataba, por tanto, de supuestos análogos porque en ambos casos se repartía el trabajo procedente de las adjudicaciones de contratos de las Administraciones públicas, sin que el concurso cumpliera su función de asegurar la competencia entre las empresas que se presentan. Sobre esta cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo citada afirmó: "Pero, sin perjuicio de ello, no puede dejar de señalarse que los pactos estaban encaminados expresamente a repartirse de antemano la ejecución de un programa de gran relevancia en el mercado de programas sociales para la tercera edad sin competencia entre ellas y con exclusión de las restantes, lo que incide de manera clara e incontestable, al menos, en el reparto o compartimentación del mercado y en el mantenimiento o refuerzo de la posición de las empresas sancionadas en el mercado".

CAPÍTULO SEGUNDO.- LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL TRATADO CE A TODOS LOS CONTRATOS PÚBLICOS

I.- La ausencia de previsiones específicas en el Tratado CE sobre la contratación pública.

En el capítulo primero hemos comprobado cómo el sector de la contratación pública tiene gran importancia económica y social en la Unión Europea y también cómo constituye una tendencia generalizada en todos los Estados miembros de la Unión el sustraer a los contratos públicos de la competencia comunitaria. En efecto, las cifras de los intercambios intracomunitarios en la materia, es decir, los contratos adjudicados por un Estado a empresas procedentes de otro Estado comunitario, representan porcentajes mínimos.

A pesar de esta trascendencia económica de los contratos públicos y de la importancia que su apertura a la libre competencia tiene para la consecución del mercado interior en la Comunidad, el Tratado originario de la Comunidad Económica Europea no contenía referencias explícitas sobre los mismos. El hecho no deja de producir extrañeza, si bien se comprende mejor al situarnos en los orígenes de las Comunidades Europeas, momento en que la trascendencia que ulteriormente adquirió dicho sector era poco imaginable y en el que la complejidad de la materia y las considerables diferencias entre los distintos sistemas nacionales de contratación pública (en algunos países, por influencia francesa, se conocía la figura de los contratos administrativos, que se regían por sus propias reglas de Derecho administrativo, mientras que en otros Estados, la mayoría, en la contratación de las Administraciones Públicas se aplicaban las mismas normas que regían para los contratos entre particulares, es decir, las normas del Derecho civil) imposibilitaron llegar a un acuerdo.

Ni siquiera en las reformas posteriores del Tratado de la Comunidad Europea¹¹ se han introducido previsiones específicas sobre la contratación pública, salvo el artículo 163 del Tratado que, tras fijar como objetivo de la Comunidad "fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la industria europea y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional", indica que ésta apoyará los esfuerzos de cooperación de las empresas, permitiéndoles la plena utilización de las potencialidades del mercado interior de la Comunidad, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional¹².

¹¹ Las principales reformas del Tratado de Roma de 1957, texto fundamental cuyo valor en el Derecho comunitario es equivalente al de las Constituciones en los Derechos nacionales, han sido las llevadas a cabo a través del Acta Única Europea de 1986, del Tratado de la Unión Europea de 1992 (también conocido como Tratado de Maastricht), del Tratado de Ámsterdam de 1997 y del Tratado de Niza de 2001.

¹² Artículo 163 Tratado de Roma (antiguo artículo 130 F):

"1. La Comunidad tiene como objetivo fortalecer las bases científicas y tecnológicas de su industria y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional, así como fomentar todas las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos del presente Tratado.

Sin embargo, la falta de previsiones específicas en el Tratado de la Comunidad sobre la apertura de la contratación pública no ha tenido mayor importancia, puesto que los grandes principios inspiradores del Tratado de la Comunidad Europea son enteramente aplicables a la contratación pública, como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas ocasiones.

II.- Los principios generales de la contratación pública como imprescindible elemento unificador del Derecho público de los contratos. Su reconocimiento en el ordenamiento jurídico comunitario.

Los principios generales de la contratación pública se presentan como un necesario elemento unificador que aporta claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho comunitario europeo de los contratos. Como podrá comprobarse a continuación –y hemos analizado en las lecciones 2 y 3-, estos principios, basados en reglas comunitarias de naturaleza constitucional –recogidas en el Tratado de la Comunidad Europea y en el Proyecto de Constitución Europea- son hoy el fundamento de todo el Derecho público sobre contratos de las Administraciones.

En una lúcida doctrina, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha destacado que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado (el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE fija el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos)¹³, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

2. A tal fin, la Comunidad estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación fijándose, en especial, como objetivo, permitir a las empresas la plena utilización de las potencialidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación.

3. Todas las acciones de la Comunidad que se realicen en virtud del presente Tratado, incluidas las acciones de demostración, en el ámbito de la investigación y del desarrollo tecnológico se decidirán y se ejecutarán de conformidad con lo dispuesto en el presente título”.

¹³ Reza así el citado precepto: “La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos que no estén excluidos en virtud de las excepciones previstas en los artículos 10 y 11 y en los artículos 12 a 18 y cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

a) 162 000 EUR, respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios distintos de los contemplados en el tercer guión de la letra b) adjudicados por los poderes adjudicadores que

Así, el Tribunal europeo, tras comprobar cómo las Directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, "a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado"¹⁴. La sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen GMBH*, resulta muy ilustrativa cuando concluye que "pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad".

En la Sentencia *Parking Brixen GMBH* se analiza por el Tribunal europeo si la adjudicación de la gestión de unos aparcamientos públicos de pago constituye un contrato público de servicios o bien una concesión de servicios públicos a la que deben aplicarse las normas de la competencia, en particular la obligación de igualdad de trato y de transparencia. Una vez decidida por el Tribunal que se trataba de una concesión de servicios relativa a la gestión de un servicio público local (en el contrato en cuestión la retribución del prestador de servicios no procedía de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos¹⁵),

sean una de las autoridades gubernamentales centrales que figuran en el anexo IV; por lo que se

refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por dichos poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, la presente disposición sólo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo V;

b) 249 000 EUR

— respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores distintos de los contemplados en el anexo IV;

— respecto de los contratos públicos de suministro adjudicados por los poderes adjudicadores mencionados en el anexo IV y que operen en el sector de la defensa, cuando dichos contratos tengan por objeto productos distintos de los contemplados en el anexo V;

— respecto de los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador y que tengan por objeto servicios de la categoría 8 del anexo II A, servicios de telecomunicaciones de la categoría 5 cuyas posiciones en el CPV sean equivalentes a los números de referencia CPC 7524, 7525 y 7526 y/o servicios que figuren en el anexo II B.

c) 6 242 000 EUR, respecto de los contratos públicos de obras".

¹⁴ Sentencia *CEI y Bellini*, de 9 de julio de 1987, Asuntos 27 a 29/86, Rec. 1987, F.J. 15, p. 3373. Véanse también las sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60, y de 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-0000, apartado 16.

¹⁵ En este sentido, el artículo 1, apartado 4, de 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 (que no resultaba de aplicación cuando se produjeron los hechos del caso de autos), establece que la

se estudió por el Tribunal si la adjudicación de la misma sin licitación pública previa era compatible con el Derecho comunitario, en particular con los principios de libre prestación de servicios, libre competencia y prohibición de discriminación y las consecuentes obligaciones de igualdad de trato y de transparencia, así como con el principio de proporcionalidad, en caso de que recayese en una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de un municipio, dándose la circunstancia de que el capital social de dicha sociedad anónima pertenecía en su totalidad al municipio en el momento de la adjudicación. Pues bien, para el máximo intérprete del Derecho comunitario europeo:

“El artículo 12 CE proclama la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad. Entre las disposiciones del Tratado aplicables más específicamente a las concesiones de servicios públicos cabe destacar, en particular, el artículo 43 CE, cuyo primer párrafo prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, y el artículo 49 CE, conforme a cuyo primer párrafo quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los artículos 43 CE y 49 CE constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato (véase la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 8). La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad constituye igualmente una expresión específica del principio general de igualdad de trato (véase la sentencia de 8 de octubre 1980, *Überschär*, 810/79, Rec. p. 2747, apartado 16). En la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación pública, el Tribunal de Justicia ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad (véase en este sentido la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartados 33 y 54). De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad.

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los

«“concesión de servicios” es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en este sentido la sentencia Teleaustria y Telefonadress, antes citada, apartados 61 y 62).

Corresponde a la autoridad pública concedente apreciar, bajo el control de los tribunales competentes, la adecuación de las modalidades de licitación a las particularidades de cada concesión de servicios públicos. Sin embargo, la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos como la que es objeto del caso de autos no responde a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Además, el artículo 86 CE, apartado 1, establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 CE y 81 CE a 89 CE, ambos inclusive.

De lo anterior se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia” (fundamentos jurídicos 47 a 52).

Como es conocido, 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 sobre los contratos de obras, suministros y servicios, y sobre procedimientos de recurso en la adjudicación de los contratos. Pues bien, con estas normas comunitarias se pretende garantizar el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, los cuales, en mayor o menor medida según los países y el momento político, económico y social, se han visto con frecuencia seriamente comprometidos. En consecuencia, en los países miembros de la Unión lo que persigue como objetivo básico la normativa sobre contratación pública es asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. El motivo de ello es claro: al elaborar las Directivas comunitarias sobre contratos se pretende conseguir un marco común apropiado para todos los Estados. Y esos Estados parten de situaciones completamente diversas: en algunos países se conoce la figura de los contratos

administrativos (España, Francia, Bélgica), pero en la mayoría de ellos no (Gran Bretaña, Alemania). En éstos, los contratos que celebra la Administración no difieren para nada de los contratos privados. Los valores a defender por la legislación sobre contratos son, pues los de transparencia, no discriminación y objetividad¹⁶.

Las Directivas sobre contratos públicos recogen de forma destacada estos principios generales aplicables en la adjudicación de los contratos¹⁷. Así, la Directiva 2004/18/CE, sobre contratos del sector público, establece en su artículo 2 que “los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia”. Por su parte, la Directiva 2004/17/CE, sobre contratos en los sectores especiales, señala en su artículo 10 que “las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán con transparencia”.

III.- Los principios de Derecho originario europeo aplicables a la contratación administrativa: la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y las normas sobre la competencia.

La decisiva jurisprudencia del TJCE a la que anteriormente se hacía referencia ha interpretado las normas comunitarias y ha declarado plenamente aplicables a la contratación pública varios de los preceptos angulares del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹⁸.

El Tribunal ha enjuiciado, sobre la base de los parámetros del Tratado, supuestos de prácticas nacionales de contratación que no estaban sujetas a las Directivas sobre contratos públicos¹⁹. Por ejemplo, en el Asunto 45/87, Comisión contra Irlanda, se le planteó al Tribunal la aplicación de la Directiva 71/305 a un contrato público de obras

¹⁶ PIÑAR MAÑAS, J.L.: «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 50.

¹⁷ Acerca de las nuevas Directivas, puede verse FERNÁNDEZ GARCÍA, Y., “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo”, *RAP* 166 (2005), págs. 281 y ss.; PIGNON, S., “Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation de marchés publics”, *Actualité Juridique-Droit Administratif* nº 26 (2004), págs. 1410 y ss.; y URÍA FERNÁNDEZ, F., “Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas”, *RAP* 165 (2004), págs. 300 y ss.;

¹⁸ Véase MICHEL, N., “La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence”, *Revue du Marché Unique Européen*, nº 3 (1994), págs. 135 y ss.

¹⁹ Un análisis detallado de esta jurisprudencia comunitaria, así como, en general, del Derecho comunitario de la contratación pública y su influencia sobre el ordenamiento jurídico español puede encontrarse en MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc-Graw Hill, Madrid, 1996 y *Nuevo régimen de la contratación administrativa. Comentarios al RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2000.

adjudicado por un servicio público de distribución de agua –por tanto, era un contrato público en uno de los denominados "sectores excluidos"²⁰. El Tribunal, tras declarar que dicho contrato quedaba claramente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (de acuerdo con el tenor del artículo 3.5 de la misma), aplicó, sin embargo, al supuesto en cuestión el artículo 28 del Tratado CE (libre circulación de mercancías), de forma que zanjó el litigio declarando que Irlanda había incumplido sus obligaciones derivadas del Tratado al permitir la inclusión, en el anuncio de licitación del contrato, de una cláusula que discriminaba a todos aquellos participantes que no fuesen a utilizar materiales irlandeses²¹. A su vez, en el Asunto C-3/88, Comisión contra Italia, en el que se discutía sobre una normativa italiana que reservaba únicamente a las sociedades en que el Estado tuviera una participación mayoritaria la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública, el Tribunal, antes de plantearse la posible violación de la Directiva 77/62/CEE, apreció que, con dicha normativa, Italia incumplía las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 del Tratado CE (que establecen el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios)²².

Asimismo, el Tribunal ha insistido en la necesidad de que las Directivas sobre contratos públicos se interpreten de manera conforme con los principios del Tratado²³. Así, en el Asunto *Du Pont de Nemours* (C-21/88), el Tribunal declaró que el artículo 30 del Tratado CEE se opone a una normativa nacional que reserve a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministro. Sin embargo, el Gobierno italiano había alegado el artículo 26 de la Directiva 77/62, que podía amparar dicha normativa. Frente a ello, el Tribunal señaló que no se puede interpretar la Directiva en el sentido de que autoriza la aplicación de una legislación nacional cuyas disposiciones infrinjan las del Tratado²⁴.

Entre los principios del Tratado de la Comunidad Europea aplicables a la contratación pública sobresale, en primer lugar, la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12 del Tratado). Esta exigencia es considerada

²⁰ Los contratos en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones no han sido objeto de regulación comunitaria hasta la aprobación de la Directiva 90/531/CEE, de 17 de septiembre de 1990, posteriormente sustituida por la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993 y más tarde por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

²¹ Sentencia de 22 de septiembre de 1988, Rec. 1988, págs. 4929 y ss. La empresa que había resultado discriminada en el procedimiento de adjudicación del contrato era la empresa española Uralita, en cuya oferta, que era la mejor desde el punto de vista económico, se proponía la utilización de materiales fabricados en España.

²² Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Rec. 1989, F.J. 6 a 16, págs. 4035 y ss.

²³ Sentencia de 20 de marzo de 1990, Rec. 1990, F.J. 16 a 18, págs. I-889 y ss. Véase al respecto VAN GERVEN y GILLIAMS, "La aplicación en los Estados miembros de las Directivas sobre contratos públicos", *Gaceta Jurídica de la CEE*, nº 96 (1991), p. 309 (traducción al español del "Rapport général", cuya versión original se encuentra en *FIDE*, 14 Congrès, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 333 y ss.).

²⁴ Sentencia de 20 de marzo de 1990, Rec. 1990, F.J. 16 a 18, págs. I-889 y ss.

por el Tribunal como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia de 22-6-1993, asunto C-243/89).

Según reiterada jurisprudencia europea, el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que ese trato esté justificado objetivamente²⁵. Como recuerda el alto Tribunal europeo, el principio general de la igualdad de trato, del cual la prohibición de discriminar a alguien por su nacionalidad no es sino una expresión específica, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario²⁶. Además, el Tribunal ha precisado que el principio de igualdad de trato prohíbe no sólo “las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad (...), sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado”²⁷.

En la Sentencia *Storebaelt*, el Tribunal tuvo ocasión de precisar el alcance del principio de igualdad de trato en cuestiones de contratación pública, al afirmar, por un lado, que el cumplimiento del principio de igualdad exige que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de condiciones con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas²⁸ y, por el otro, que, cuando una entidad adjudicadora toma en consideración una modificación introducida en las ofertas iniciales de un solo licitador, este último goza de una ventaja sobre sus competidores, lo que viola el principio de igualdad de trato de los licitadores y menoscaba la transparencia del procedimiento²⁹. El Tribunal concluyó que “el procedimiento de comparación de las ofertas debía respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas”³⁰. El Tribunal precisó pues en esta jurisprudencia sobre la aplicación de las directivas que el principio de igualdad de trato entre licitadores no depende de una posible discriminación por motivos de nacionalidad u otros criterios de distinción.

En un asunto más reciente, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión ha aplicado también con lucidez el principio de igualdad de trato. En concreto, en la Sentencia del TPI de 17 de marzo de 2005 (asunto T-160/03), resolvió el Tribunal una demanda de indemnización del perjuicio supuestamente sufrido como consecuencia de irregularidades en el procedimiento de licitación de un proyecto financiado por el

²⁵ Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 2004, Arnold André, C-434/02, Rec. p. I-0000, apartado 68.

²⁶ Sentencia TJCE de 8 de octubre de 1980 en el asunto 810/79, *Überschär*.

²⁷ Sentencia TJCE de 13 de julio de 1993 en el asunto C-330/91, *Commerzbank*. Véase también la Sentencia de 3 de febrero de 1982, asuntos acumulados 62 y 63/81, *Secco y Desquenne*.

²⁸ Sentencia de 22 de junio de 1993 en el asunto C-243/89, *Storebaelt*, apartado 37. Véase también la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1998, T-203/96, *Embassy Limousines and Services*.

²⁹ Para un análisis de los procedimientos de adjudicación de los contratos, véase el excelente trabajo de GIMENO FELIÚ J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.

³⁰ Sentencia de 25 de abril de 1996 en el asunto 87/94, *Bus Wallons*.

programa TACIS («Proyecto FDRUS 9902 – Agricultural extension services in South Russia»). El contrato en cuestión se adjudicó a una empresa uno de cuyos responsables participó en la evaluación y selección de las ofertas en la licitación.

La dura sentencia del Tribunal contra la Comisión Europea realiza un completo análisis del desarrollo del procedimiento de licitación y concluye que en el desarrollo del mismo no se respetó el principio de igualdad de trato de los licitadores, principio que responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos y es el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia de 22-6-1993, asunto C-243/89). No cabe duda para el Tribunal de que este principio de igualdad, la búsqueda de una buena gestión financiera de los fondos comunitarios y la prevención del fraude hacen que sea muy criticable que se adjudique un contrato a una empresa cuyo responsable ha participado en la evaluación y selección de las ofertas en la licitación, supuesto que está perseguido por el Derecho penal de varios Estados miembros (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 1999, Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas, T-277/97, Rec. p. II-1825, apartado 112).

Tras descubrir un conflicto de intereses entre un miembro del comité de evaluación y uno de los licitadores, incumbía a la Comisión preparar y adoptar, con toda la diligencia debida y basándose en todos los datos pertinentes, su decisión sobre el desarrollo del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate. Dicha obligación se derivaba de los principios de buena administración y de igualdad de trato. La Comisión está obligada, en efecto, a velar en cada fase de un procedimiento de licitación por el respeto de la igualdad de trato y, en consecuencia, por la igualdad de oportunidades entre todos los licitadores (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-0000, apartado 108, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de febrero de 2000, ADT Projekt/Comisión, T-145/98, Rec. p. II-387, apartado 164).

Sin embargo, en el asunto comentado la Administración contratante (la Comisión), tras descubrir un conflicto de intereses entre un miembro del comité de evaluación y uno de los licitadores, no adoptó con diligencia medidas inmediatas. Se violaron así los principios de buena administración y de igualdad de trato (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1999, New Europe Consulting y Brown/Comisión, T-231/97, Rec. p. II-2403, apartado 41).

Ya en su decisión de 22 de abril de 2002 (decisión 834/2001/GG), el Defensor del Pueblo Europeo había advertido que “según las buenas prácticas administrativas, en los procedimientos de licitación la Administración debe atenerse a las normas establecidas para tales procedimientos. Por ello, el Defensor del Pueblo considera que, al permitir a los participantes en la licitación incluir los honorarios de expertos dentro de los gastos reembolsables, la Comisión no se atuvo a las reglas aplicables a la licitación ni al objetivo perseguido por dichas reglas. Ello constituye un caso de mala administración”.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de octubre de 2001 (asuntos acumulados C-19/00), el Tribunal analizó las posibilidades de resolución de un concurso para adjudicar un contrato público de obras, en el que la entidad contratante había especificado que, “con arreglo a los criterios de adjudicación (distintos del precio), el contrato será adjudicado al licitador competente que haya presentado la oferta que se considere más ventajosa para la [entidad adjudicadora] en términos de coste y de calidad técnica” y cuando los tres licitadores que han presentado las ofertas más bajas son contratistas de competencia notoria y han presentado ofertas de reconocida calidad técnica y cuando los precios de los tres licitadores más económicos no presentan diferencias sustanciales. En estos casos, ¿está obligada la entidad adjudicadora a adjudicar el contrato al empresario que haya ofertado el precio más bajo o, por el contrario, está facultada la entidad adjudicadora para adjudicar el contrato al licitador que haya presentado la oferta con el segundo precio más bajo sobre la base del dictamen profesional de su ingeniero-asesor, que señala que el coste final del contrato para la entidad adjudicadora será probablemente menor si el contrato se adjudica al licitador que ha ofertado el segundo precio más bajo que si el contrato se adjudica al licitador que ha ofertado el precio más bajo?

Para el TJCE, “los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54). (...) Resultaría incompatible con el artículo 29 de la Directiva 71/305 en su versión modificada un criterio de adjudicación en la medida en que implicase la atribución a la entidad adjudicadora de una libertad incondicional de elección para la adjudicación a un licitador del contrato de que se trate. La mera circunstancia de que un criterio de adjudicación verse sobre un dato que sólo se conocerá con precisión después de la adjudicación del contrato no puede interpretarse en el sentido de que confiere a la entidad adjudicadora dicha libertad incondicional”.

Otro principio importante que el Tribunal de Luxemburgo ha aplicado con firmeza en el ámbito de la contratación pública es el de la libre circulación de mercancías (artículo 28 del TCE)³¹. La libertad de circulación de mercancías constituye el principal título habilitador de la intervención comunitaria en el campo de la contratación pública y, por consiguiente, es un obligado punto de referencia para la interpretación de las legislaciones, tanto nacionales como comunitaria, sobre la materia, así como para la integración de sus lagunas e insuficiencias.

Como se señaló anteriormente, también son de aplicación en el ámbito de la contratación pública el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad (artículos 43 y siguientes del TCE). Estos preceptos, según el Tribunal de Luxemburgo, obligan a eliminar no sólo las discriminaciones ostensibles, en razón de la nacionalidad, sino también cualquier forma encubierta de

³¹ Véase la STJCE de 20-3-1990, C-21/88.

discriminación que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (STJCE de 5-12-1989, C-3/88). En este asunto se cuestionó por la Comisión ante el Tribunal la adecuación al Tratado de determinadas normas de un Estado miembro (Italia) que reservaban a sociedades de cuyo capital es único titular el sector público o en las que éste posee una participación pública mayoritaria algunos contratos públicos de suministros en el sector de la informática. El Tribunal, en su sentencia, recordó su jurisprudencia que, en base a los artículos 43 y siguientes del Tratado, a los que considera una expresión particular del principio de igualdad de trato del artículo 7, prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles sino también las encubiertas, y la aplicó al caso concreto ya que: "(...) las Leyes y Decretos-Leyes controvertidos, aunque indistintamente aplicables a cualquier sociedad italiana o extranjera, favorecen principalmente a sociedades italianas(...)".

En la sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen GMBH*, el TJCE concluyó que la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos no respondía a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

El Tribunal ha subrayado además la importancia de los principios y normas que se derivan del Tratado y ha precisado, en particular, que las directivas de contratación pública tienen por objeto, por una parte, «facilitar la realización en el interior de la Comunidad de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios» y, por otra parte, «garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras y de suministros»³².

Junto a los anteriores preceptos, desarrollan asimismo una importante función en el campo de los contratos públicos las normas sobre la competencia, principalmente la prohibición de acuerdos contrarios a la competencia y de abuso de posiciones dominantes.

El régimen que se deriva para los contratos públicos de las disposiciones pertinentes del Tratado de la Comunidad puede resumirse en las obligaciones siguientes: fijación de las normas aplicables a la selección del contratista de la Administración, publicidad adecuada relativa a la intención de otorgar un contrato y a las normas que rigen la selección para permitir un control de la imparcialidad a lo largo de todo el procedimiento, convocatoria real de los operadores potencialmente interesados o con capacidad para garantizar el cumplimiento de las tareas en cuestión, respeto del principio de igualdad de trato de la totalidad de los participantes a lo largo de todo el procedimiento y adjudicación con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios³³.

³² Sentencias de 10 de marzo de 1987, en el asunto 199/85: Comisión contra Italia, y de 17 de noviembre de 1993 en el asunto 71/92: Comisión contra España.

³³ Véase el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final].

En definitiva, la jurisprudencia del alto Tribunal Europeo que ha aplicado los grandes principios de Tratado a los contratos públicos ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas Administraciones públicas europeas.

CAPÍTULO TERCERO.- DESARROLLO Y EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS.

I.- La ausencia de previsiones específicas en el Tratado CE sobre la contratación pública.

El sector de la contratación pública tiene gran importancia económica y social en la Unión Europea, pero lamentablemente constituye una tendencia generalizada en todos los Estados miembros de la Unión el sustraer a los contratos públicos de la competencia comunitaria. En efecto, las cifras de los intercambios intracomunitarios en la materia, es decir, los contratos adjudicados por un Estado a empresas procedentes de otro Estado comunitario, representan porcentajes mínimos.

A pesar de esta trascendencia económica de los contratos públicos y de la importancia que su apertura a la libre competencia tiene para la consecución del mercado interior en la Comunidad, el Tratado originario de la Comunidad Económica Europea no contenía referencias explícitas sobre los mismos. El hecho no deja de producir extrañeza, si bien se comprende mejor al situarnos en los orígenes de las Comunidades Europeas, momento en que la trascendencia que ulteriormente adquirió dicho sector era poco imaginable y en el que la complejidad de la materia y las considerables diferencias entre los distintos sistemas nacionales de contratación pública (en algunos países, por influencia francesa, se conocía la figura de los contratos administrativos, que se regían por sus propias reglas de Derecho administrativo, mientras que en otros Estados, la mayoría, en la contratación de las Administraciones Públicas se aplicaban las mismas normas que regían para los contratos entre particulares, es decir, las normas del Derecho civil) imposibilitaron llegar a un acuerdo.

Ni siquiera en las reformas posteriores del Tratado de la Comunidad Europea³⁴ se han introducido previsiones específicas sobre la contratación pública, salvo el artículo 163 del Tratado que, tras fijar como objetivo de la Comunidad "fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la industria europea y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional", indica que ésta apoyará los esfuerzos de cooperación de las empresas, permitiéndoles la plena utilización de las potencialidades del mercado interior de la Comunidad, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional³⁵.

³⁴ Las principales reformas del Tratado de Roma de 1957, texto fundamental cuyo valor en el Derecho comunitario es equivalente al de las Constituciones en los Derechos nacionales, han sido las llevadas a cabo a través del Acta Única Europea de 1986, del Tratado de la Unión Europea de 1992 (también conocido como Tratado de Maastricht), del Tratado de Ámsterdam de 1997 y del Tratado de Niza de 2001.

³⁵ Artículo 163 Tratado de Roma (antiguo artículo 130 F):

"1. La Comunidad tiene como objetivo fortalecer las bases científicas y tecnológicas de su industria y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional, así como fomentar todas las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos del presente Tratado.

Sin embargo, la falta de previsiones específicas en el Tratado de la Comunidad sobre la apertura de la contratación pública no ha tenido mayor importancia, puesto que los grandes principios inspiradores del Tratado de la Comunidad Europea son enteramente aplicables a la contratación pública, como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas ocasiones. Entre estos principios destacan la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y las normas sobre la competencia.

II.- Las primeras Directivas sobre la materia. Razones del incumplimiento generalizado de sus disposiciones.

Pese a la vigencia en el ámbito de la contratación pública de los preceptos del Tratado que establecen las grandes libertades comunitarias, las instituciones comunitarias eran conscientes de la necesidad de adoptar unas medidas de carácter positivo que aseguraran unas condiciones fundamentales de igualdad para la participación en los contratos públicos en todos los Estados miembros y una transparencia de los procedimientos de adjudicación de dichos contratos, de forma que se pudiera velar mejor por la observancia de los principios establecidos en el Tratado de la Comunidad Europea.

Se plantearon entonces varias opciones o proposiciones para intentar eliminar las discriminaciones en la contratación pública en los distintos Estados de la Comunidad. Finalmente, el modelo por el que se optó, esto es, adoptar una directiva para los contratos públicos de obras y otra para los contratos públicos de suministro, es de inspiración alemana. En efecto, en este ordenamiento existía una reglamentación, principalmente referida a la fase de formación de los contratos, separada para los contratos de obras y de suministros. En otros países, como España o Francia, existe tradición de una sola norma legal que regula con carácter general toda la contratación de las Administraciones Públicas (en España la Ley de Contratos del Estado de 1965, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y la Ley de Contratos del Sector Público de 2007).

Surgieron así las Directivas del Consejo 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente. El

2. A tal fin, la Comunidad estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación fijándose, en especial, como objetivo, permitir a las empresas la plena utilización de las potencialidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación.

3. Todas las acciones de la Comunidad que se realicen en virtud del presente Tratado, incluidas las acciones de demostración, en el ámbito de la investigación y del desarrollo tecnológico se decidirán y se ejecutarán de conformidad con lo dispuesto en el presente título”.

objetivo de estas Directivas era coordinar los procedimientos nacionales de formalización de los contratos públicos, introduciendo en ellos un mínimo de normas comunes, que debían ser cumplidas en todos los procedimientos de adjudicación a los que fuesen aplicables. Principalmente, estas normas comunes pretendían garantizar una publicidad comunitaria suficiente para el desarrollo de una competencia efectiva entre los operadores económicos de todos los Estados miembros, prohibir las especificaciones técnicas que tuviesen un efecto discriminatorio y, por último, aplicar criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos.

Sin embargo, desde los primeros momentos a partir de su aprobación, las Directivas sobre contratos públicos, tanto la de "obras" como la de "suministros", empezaron a ser sistemáticamente incumplidas en los distintos Estados miembros de la Comunidad.

En parte, esta circunstancia se basó en la crítica situación económica mundial que se vivió a comienzos de los años setenta, motivada sobre todo por la crisis del petróleo. En el ámbito de la contratación pública, la crisis económica dio lugar a que los distintos Gobiernos protegieran a sus debilitadas empresas nacionales frente a las empresas extranjeras. Por otra parte, las Directivas sobre contratos públicos de los años 70 presentaban serias carencias técnicas, aparte de que excluían de su ámbito de aplicación importantes sectores (producción, distribución y transporte de agua y energía, transportes y telecomunicaciones).

III.- La "segunda generación" de Directivas y sus sucesivas reformas.

Será a partir del año 1985, con la aprobación del "Libro Blanco" de la Comisión para la consecución del mercado interior (fuertemente impulsado por el presidente de la Comisión Europea el francés J.DELORS) y la entrada en vigor, el 1 de julio de 1987, del Acta Única Europea, cuando se dé un decisivo paso adelante de cara a la apertura a la libre concurrencia de la contratación pública comunitaria. Desde este momento, la Comunidad adoptó, con la vista puesta en el horizonte del gran mercado único de 1992, numerosas medidas encaminadas a potenciar los principios de no discriminación, transparencia, objetividad y publicidad en la preparación y adjudicación de los contratos públicos.

La labor normativa del Consejo desarrollando el "Libro Blanco" comenzó con la reforma, en 1988 y 1989, de las Directivas clásicas sobre los contratos de suministros y obras. Posteriormente vieron la luz la Directiva 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores anteriormente excluidos (es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones), y la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios.

Ya en los años 90, en aras de una mayor racionalidad y claridad, el Consejo aprobó en 1993 una serie de Directivas que refunden aquellas Directivas con sus posteriores modificaciones. Estos nuevos textos codificados son las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre contratos de suministros, obras y en

los "sectores especiales". Con la aprobación estas Directivas el Consejo pretendió unificar en lo posible toda la normativa sobre contratación pública. Estos textos (con las modificaciones introducidas por las Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/52/CE, de 13 de octubre de 1997, y por la Directiva del Consejo 98/4/CE), son los que han estado vigentes en la materia hasta la aprobación de las Directivas de contratos de 2004.

Si las Directivas de los años 70 pretendían, paralelamente a la eliminación de las restricciones, la coordinación de los procedimientos nacionales sobre preparación y adjudicación de los contratos, respetando, en lo posible, los procedimientos y las prácticas en vigor en los Estados miembros, las Directivas de los años 90 han supuesto una superación de aquella perspectiva, al afirmarse la exigencia de la mejora y la extensión de las garantías previstas por las Directivas.

IV.- La última generación de Directivas sobre contratos: 2004/17/CE, sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales y 2004/18/CE sobre contratos del sector público.

Tras un largo período de tramitación, en 2004 fueron aprobadas las nuevas Directivas comunitarias sobre contratación pública, que se publicaron en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 2004 (serie L 134-1). Se trata de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; y de 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.

Las nuevas normas tienen por objeto refundir la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos.

Pues bien, las disposiciones de las Directivas de 2004 son el resultado del debate lanzado por el Libro Verde sobre los contratos públicos adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, y persiguen un triple objetivo de modernización, simplificación y mayor flexibilidad del marco jurídico que existe sobre este tema: modernización para tener en cuenta nuevas tecnologías y las modificaciones del entorno económico; simplificación para que los textos actuales sean más fácilmente comprensibles para los usuarios, de modo que los contratos se adjudiquen de perfecta conformidad con las normas y principios que regulan la materia y que las empresas implicadas puedan conocer mejor sus derechos; y flexibilidad de los procedimientos para responder a las necesidades de los compradores públicos y operadores económicos.

Las Directivas prestan una especial atención a los procedimientos electrónicos de adjudicación de los contratos, que constituyen una técnica en expansión que pasa a ser definida y regulada a nivel europeo, estableciéndose normas específicas a fin de

garantizar que se desarrollan dentro del pleno respeto de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia.

Las “nuevas técnicas electrónicas de compra” –en el lenguaje de las Directivas de 2004- podrán deberán en todo caso ser utilizadas “dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y transparencia. En la medida en que así ocurra, la presentación de una oferta por un licitador, en particular en caso de una nueva licitación para la aplicación de un acuerdo marco o para poner en práctica un sistema dinámico de adquisición, podrá adoptar la forma de catálogo electrónico de dicho licitador” (Considerando 12 de la Directiva 2004/18/CE).

La Directiva citada recoge una definición comunitaria de las subastas electrónicas y las delimita mediante normas específicas a fin de garantizar que se desarrollan dentro del pleno respeto de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia. El recurso a las subastas electrónicas permite a los poderes adjudicadores pedir a los licitadores que presenten nuevos precios, revisados a la baja, y cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, mejorar asimismo elementos de la oferta distintos del precio. Para garantizar el respeto del principio de transparencia, establece la Directiva que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. En cambio, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas (por ejemplo, contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual).

Los nuevos textos comunitarios han obligado a una nueva e importante reforma de las legislaciones nacionales sobre contratos. En este sentido, los Estados miembros de la Unión tenían de plazo para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE hasta el 31 de enero de 2006. Este plazo ha sido incumplido por varios países, entre ellos España.

V.- Análisis del contenido de la Directiva sobre contratos públicos de suministros, obras y servicios.

El principio esencial que informa las Directivas comunitarias sobre contratación pública es el de garantizar la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y no nacionales organizando una competencia lo más eficaz posible. Este principio se aplica mediante disposiciones que se encuentran en el texto de la Directiva 2004/18 y que aplicables a los contratos públicos de suministro, obras y servicios de valor superior a determinados umbrales (133.000 y 206.000 euros respecto de los contratos

públicos de suministro y servicios ; 5.150.000 euros respecto de los contratos públicos de obras) :

- procedimientos de adjudicación de los contratos: Se contemplan como procedimientos normales de adjudicación de los contratos el abierto y el restringido, considerando como excepcional el procedimiento negociado. En cuanto a los supuestos -rigurosamente tasados- en que los poderes adjudicadores podrán recurrir al procedimiento negociado, se distingue entre aquellos en que hará falta la publicación de un anuncio de licitación, y los casos en que se permite adjudicar los contratos sin publicación previa de un anuncio;

- criterios para la adjudicación de los contratos: se permite optar entre:

- el precio más bajo, o
- la oferta más ventajosa (criterio que incluye varios elementos como precio, plazo de suministro, rentabilidad, características medioambientales –novedad introducida por la Directiva 2004/18-). El poder adjudicador deberá precisar la ponderación relativa de cada criterio.

- especificaciones técnicas: las especificaciones técnicas exigidas (facilitadas obligatoriamente a las empresas interesadas) deben definirse con respecto a las normas nacionales derivadas de las normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos y a normas internacionales, bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, en particular, en el ámbito medioambiental (por ejemplo, las etiquetas ecológicas europeas). Las características incluirán los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño, la evaluación de la conformidad, la propiedad de empleo, la seguridad o las dimensiones, el aseguramiento de la calidad y los métodos de producción. Cuando se trate de contratos públicos de obras, incluirán también las condiciones de ensayo, control y recepción, así como las técnicas de construcción.

-normas de publicidad y transparencia : Los contratos públicos cuyo importe supere los umbrales de la Directiva estarán sujetos a una obligación de información y transparencia a lo largo de todo el procedimiento. Dicha obligación se materializa en la publicación de anuncios de información redactados según los formularios normalizados de la Comisión. Existen diferentes tipos de anuncios:

- Anuncio relativo a la publicación de un anuncio de información previa (facultativo).
- Anuncio de información previa (facultativo). Tras el envío del anuncio relativo a la publicación de un anuncio de información previa, el propio poder adjudicador publicará este anuncio en su «perfil de comprador» o lo enviará a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. La publicación de este anuncio será obligatoria

cuando el poder adjudicador desee acortar los plazos de recepción de las ofertas.

- Anuncio de licitación o anuncio de concurso (obligatorios). El propio poder adjudicador podrá publicar este anuncio en el ámbito nacional y deberá enviarlo para su publicación, que será gratuita. El anuncio se publicará en toda su extensión en una lengua oficial de la Unión, mientras que en las demás lenguas oficiales se traducirá un resumen.
- Anuncio sobre los contratos adjudicados y sobre los resultados de los concursos (obligatorios).

Los anuncios enviados por los poderes adjudicadores a la Comisión podrán transmitirse por medios tradicionales o electrónicos. En SIMAP (sistema de información sobre contratos públicos) se pueden encontrar modelos de formularios y precisiones sobre las modalidades de transmisión.

Los poderes adjudicadores informarán cuanto antes sobre las decisiones adoptadas en relación con la adjudicación de un contrato, incluso en caso de renuncia. Respecto de todo contrato, elaborarán un informe escrito detallado y, cuanto antes, comunicarán:

- a todos los licitadores descartados, las razones por las que se ha desestimado su oferta;
- a todos los licitadores que hayan presentado una oferta válida, las ventajas de la oferta seleccionada y el nombre del operador económico elegido.

Los intercambios y el almacenamiento de información entre los diferentes agentes de un contrato garantizan la integridad de los datos y la confidencialidad. Los poderes adjudicadores no conocerán el contenido de las ofertas hasta que expire el plazo previsto para su presentación. La utilización de medios electrónicos, no discriminatoria, permite acelerar los procedimientos. Los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas permiten utilizar la firma electrónica, garantizan la autenticidad, la integridad y la confidencialidad de los datos, y permiten descubrir los posibles fraudes.

-Prohibiciones para contratar con la Administración: Podrá ser excluido de la participación en un contrato público todo operador económico:

- que se encuentre en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades o de intervención judicial, o que sea objeto de un procedimiento de este tipo;
- que haya sido juzgado culpable de un delito que afecte a su moralidad profesional;
- que haya cometido una falta profesional grave (por ejemplo, declaraciones falsas);
- que no haya cumplido sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social o sus obligaciones tributarias.

-Igualdad entre los medios electrónicos y los tradicionales: En materia de intercambio de información, la nueva Directiva pone al mismo nivel los medios electrónicos y los

tradicionales. Deja que los agentes del contrato elijan los medios de comunicación que van a utilizar durante los procedimientos. Cuando se utilicen medios electrónicos, el poder adjudicador podrá acortar los plazos de recepción de las ofertas.

La Directiva 2004/18 regula una nueva técnica de compra: el sistema dinámico de adquisición, que se apoya exclusivamente en medios de comunicación electrónicos.

Además, establece las subastas electrónicas, a las que los poderes adjudicadores podrán recurrir para adjudicar determinados contratos. Antes de proceder a la subasta electrónica, los poderes adjudicadores realizarán una primera evaluación de las ofertas. Simultáneamente, por medios electrónicos, invitarán a participar a los licitadores admitidos. En la invitación se precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta y, en su caso, el número de fases. Se indicará, asimismo, la fórmula matemática en virtud de la cual se establecerán las clasificaciones automáticas; en dicha fórmula se integrará la ponderación de los criterios de adjudicación. A lo largo de cada una de las fases, los participantes conocerán su clasificación respectiva con relación a los demás participantes, cuya identidad desconocerán. La subasta electrónica finalizará, bien en la fecha y a la hora fijadas previamente, bien cuando haya transcurrido un determinado plazo tras la presentación de la última oferta, bien cuando concluyan todas las fases de la subasta.

VI.- Los procedimientos de adjudicación de los contratos en la Directiva 2004/18. El nuevo procedimiento del diálogo competitivo.

La Directiva 2004/18 contempla como procedimientos normales de adjudicación de los contratos el abierto y el restringido, considerando como excepcionales el procedimiento negociado y el diálogo competitivo.

Procedimientos abiertos son aquellos en los que cualquier operador económico interesado puede presentar ofertas.

Procedimientos restringidos son los procedimientos en los que todo operador económico puede solicitar su participación y en los que únicamente los operadores económicos invitados por los poderes adjudicadores pueden presentar ofertas.

Procedimientos negociados son los procedimientos en los que los poderes adjudicadores consultan con los operadores económicos de su elección y negocian las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. En cuanto a los supuestos - rigurosamente tasados- en que los poderes adjudicadores podrán recurrir al procedimiento negociado, se distingue entre aquellos en que hará falta la publicación de un anuncio de licitación, y los casos en que se permite adjudicar los contratos sin publicación previa de un anuncio.

Pero la Directiva 2004/18 establece un nuevo procedimiento: el diálogo competitivo, al

que los poderes adjudicadores podrán recurrir en el caso de contratos complejos, cuando no puedan definir solos las soluciones técnicas a sus necesidades o no puedan elaborar la estructura jurídica y financiera de un proyecto. Los grandes proyectos de infraestructuras parecen prestarse a este tipo de diálogo. Los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación que incluya los criterios de adjudicación. El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta y siete días. A continuación, los poderes adjudicadores invitarán a los candidatos seleccionados (tres como mínimo), al mismo tiempo y por escrito, a dialogar. Se iniciará el diálogo, que podrá desarrollarse en varias fases, y continuará hasta la definición de las soluciones (técnicas o financiero-jurídicas). Los poderes adjudicadores garantizarán la igualdad de trato y protegerán la información confidencial. Al término del diálogo, los candidatos presentarán su oferta definitiva, que podrán precisar sin modificar los elementos fundamentales del contrato. Los poderes adjudicadores adjudicarán el contrato en función de los criterios de adjudicación fijados y sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa.

El nuevo procedimiento responde a un objetivo de flexibilización, una preocupación tradicional del Derecho comunitario de la contratación pública. Como tal, se expresó ya en el Libro Verde de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 (“Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”) y posteriormente en la Comunicación de la misma de 11 de marzo de 1998 (“La contratación Pública en la Unión Europea”), en la que se destacaba que “en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo en el ámbito de la alta tecnología, los compradores saben cuál son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores (...) Los procedimientos de derecho común previstos por las Directivas ‘clásicas’ sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerados como demasiado rígidos para este tipo de actuaciones”.

Ha sido finalmente la Directiva 2004/18/CE la que ha introducido por primera vez la figura del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación. En su considerando 30, explica los supuestos para los que este procedimiento está concebido: cuando a los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos les resulte objetivamente imposible definir los medios para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones financieras y jurídicas que ofrezca el mercado (lo que ejemplifica “en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada”) y siempre “que la utilización de procedimientos abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos contratos”. Señala también la cautela esencial que deberá observarse, de manera que el recurso a este procedimiento no restrinja o falsee la competencia, “especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas o imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa”.

El artículo 29 de la Directiva concreta los supuestos de aplicación del procedimiento “en el caso de contratos particularmente complejos”, que a su vez se definen en el

artículo 11.1.c) por la incapacidad objetiva del poder adjudicador, bien para definir los medios técnicos ni siquiera mediante especificaciones técnicas formuladas en términos de rendimiento o exigencias funcionales, bien para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto) y “cuando el poder adjudicador considere que el uso de los procedimientos abierto o restringido no permite la adjudicación del contrato”.

En cuanto al desarrollo del procedimiento se estructura en torno al anuncio de licitación y la definición de sus necesidades en el mismo o en un documento descriptivo; el diálogo entre el poder adjudicador y los licitadores; la determinación de una solución e invitación a presentar una oferta final; y la evaluación de las ofertas y selección de la económicamente más ventajosa (apartados 2 a 7 del artículo 29). El citado precepto introduce por lo demás determinadas cautelas relativas a la confidencialidad de las soluciones propuestas (apartado 3, segundo párrafo) y a que las precisiones, aclaraciones y ajustes sobre las ofertas finales de los licitadores o sobre la seleccionada no podrán modificar elementos sustanciales de aquella de tal modo que se falsee la competencia (apartados 6, párrafo segundo y 7, párrafo segundo). En fin, se prevé la posibilidad de premios y pagos para los participantes en el diálogo (apartado 8).

En relación con el diálogo competitivo, el legislador comunitario no ha querido imponer a los Estados la forzosa incorporación a su ordenamiento nacional, al igual que ha ocurrido en lo que se refiere a las exigencias de simplificación en la contratación y uso de medios electrónicos (subasta electrónica, acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación y centrales de contratación).

VII.- El impulso europeo en la introducción de medios telemáticos en los procedimientos de licitación.

La introducción de medios electrónicos y telemáticos en la contratación pública ha venido impulsada en los países comunitarios por la acción de la Unión Europea. No podía ser de otra manera, puesto que en toda la evolución reciente de la normativa nacional sobre contratación ha jugado un papel absolutamente decisivo el Derecho comunitario sobre contratos, cuya adecuación al ordenamiento interno ha exigido la mayoría de las numerosas modificaciones legislativas que se han aprobado en la materia en los últimos años. El Derecho europeo ha desarrollado desde los años 70 un decisivo papel en la unificación de los procedimientos de contratación en los Estados miembros de la Unión Europea y de nuevo lo va a jugar en los próximos años para el progresivo establecimiento de la contratación pública electrónica.

Como señalaba la Comisión Europea en su Comunicación de 26 septiembre de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el papel de la administración electrónica en el futuro de Europa³⁶, las operaciones tradicionales de contratación pública son largas y

³⁶ COM (2003), 567 final. En la citada Comunicación se define la administración electrónica o «eGovernment» como la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en las Administraciones públicas, asociada a cambios en la organización y nuevas aptitudes del personal.

dilatadas, y consumen muchos recursos. Por eso, la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC en la terminología comunitaria³⁷) en la contratación pública puede mejorar la eficacia, calidad y relación coste / eficacia de estos contratos.

En efecto, el sector de las compras de bienes y servicios por las Administraciones públicas y sus organismos o entidades dependientes o vinculadas se muestra como especialmente indicado para el uso de las TIC³⁸.

Por ello, en el nuevo marco estratégico “i2010 – Sociedad de la información europea 2010-“, que promueve una economía digital abierta y competitiva y hace hincapié en las TIC en tanto que impulsoras de la inclusión y la calidad de vida, la contratación pública se plantea como un sector clave a promover para conseguir que los servicios prestados sean mejores, más accesibles y más rentables³⁹.

Sin embargo, más allá de las buenas declaraciones de intenciones, en la Unión Europea no se han aprobado unas disposiciones claras y decididas para el desarrollo de la contratación pública electrónica hasta la aprobación de las Directivas de contratación de 2004. Este paquete legislativo, para cuya incorporación al Derecho nacional los Estados disponían de plazo hasta el 31 de enero de 2006, ya incluye normas específicas relativas a la tramitación electrónica de los procesos de licitación y ha representado un hito para la difusión de la contratación pública electrónica en Europa.

Ahora bien, las Directivas 2004/17 y 2004/18 no han ido todo lo lejos que se podía esperar en su implantación de medios electrónicos en los procedimientos de contratación y, como hemos comprobado anteriormente, ni siquiera han querido imponer una adaptación forzosa de estos medios a los diversos sistemas nacionales, sino que dejan a los Estados miembros la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan recurrir a aquellas.

³⁷ El término TIC cubre un amplio abanico de servicios, aplicaciones, tecnologías, equipos y programas informáticos, es decir, herramientas como la telefonía e Internet, el aprendizaje a distancia, la televisión, los ordenadores, las redes y los programas necesarios para emplear estas tecnologías. Como es conocido, estas tecnologías están transformando radicalmente las estructuras sociales, culturales y económicas generando nuevos comportamientos ante la información, el conocimiento, la actividad profesional, etc.

³⁸ Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2004: «Retos para la sociedad de la información europea con posterioridad a 2005» [COM (2004) 757 final - no publicada en el Diario Oficial].

³⁹ Véase DOMÍNGUEZ-MACAYA, J., “La iecontratación, una nueva -y necesaria- forma de entender la contratación”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 53 (2006), págs. 34 y ss.

Por lo demás, de las dos grandes fases de desarrollo de la contratación pública electrónica, las normas europeas se han quedado casi exclusivamente en la primera de ellas, referida a la difusión de los procedimientos de licitación por vía electrónica, sin contemplar más que en pocos supuestos la segunda e imprescindible fase en la que se regulen los intercambios de información entre el poder adjudicador y licitadores y contratistas por medios electrónicos.

En fin, el Plan de Acción eEuropa 2005⁴⁰ preveía la tramitación por los Estados miembros de una gran parte de la contratación pública por medios electrónicos antes de finalizar el año 2005⁴¹, pero el objetivo no ha sido cumplido.

VIII.- La Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicio y su regulación de la contratación pública electrónica.

La Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, dedica una parte esencial de sus previsiones a introducir sistemas efectivos de licitación electrónica en la contratación pública europea.

La preocupación de las instituciones comunitarias por la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación pública tiene su origen en el Informe Bangemann⁴². En este informe, emitido a instancias del Consejo Europeo, los contratos públicos figuraban entre los ámbitos del sector público en que era prioritario aplicar las tecnologías de la información. Y en el Libro Verde de la Comisión sobre "La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro" de 27 de noviembre de 1996⁴³, se advertía de que era "hora de que la política comunitaria de contratación pública mire al futuro y recoja todas las posibilidades que ofrece el progreso tecnológico". En este sentido, se afirmaba que en comparación con el sistema actual en soporte de papel, los procedimientos serían más transparentes, más abiertos al diálogo con los contratistas y mucho más eficaces. Con base a este Libro Verde y a la posterior Comunicación sobre la Contratación Pública en la Unión Europea, de 11 de marzo de 1998, la Comisión formuló en el año 2000 la propuesta [COM (2000) 275 final] que es el origen de la Directiva 2004/18⁴⁴.

La Directiva 2004/18, sobre contratos del sector público, señala en el apartado 12 de su larga exposición de motivos⁴⁵ las ventajas de la utilización de técnicas electrónicas

⁴⁰ Aprobado por el Consejo Europeo de Sevilla en junio de 2002.

⁴¹ Comunicación de la Comisión COM (2002)263, de 28 de mayo de 2002.

⁴² Europa y la sociedad global de la información: recomendaciones al Consejo Europeo de Corfú, Bruselas, 26.5.94.

⁴³ COM (96) 583 final.

⁴⁴ Véase al respecto GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratación pública electrónica", en AAVV, *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 226 y ss.

⁴⁵ Fruto de su adopción por consenso, la Directiva incluyó en su redacción definitiva 51 considerandos, para 84 artículos.

en la contratación administrativa ya que “permiten ampliar la competencia y mejorar la eficacia del sistema público de pedidos, en particular mediante el ahorro de tiempo y dinero que entraña la utilización de las mismas”. Por ello los poderes adjudicadores pueden utilizar técnicas electrónicas de compra, “siempre que su utilización se realice dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia”.

Ante la expansión de los sistemas electrónicos de compra, la Directiva se plantea fijar unas normas adecuadas que permitan a los poderes adjudicadores sacar el máximo provecho de las posibilidades que estos sistemas ofrecen. Además, la norma regula las "subastas electrónicas", un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, y los "sistemas dinámicos de adquisición", que son un procedimiento totalmente electrónico.

El legislador comunitario era consciente de la necesidad de un enfoque comunitario que integre la dimensión del mercado interior, algo fundamental para evitar la potencial fragmentación del mercado de la contratación debida a la incompatibilidad de los sistemas y las normas de contratación pública electrónica en Europa y para prevenir los desequilibrios de desarrollo económico debida a la difusión más lenta de las nuevas tecnologías en ciertos países o regiones⁴⁶.

IX.- Las subastas electrónicas.

Una de las principales novedades de la Directiva 2004/18 es la regulación de las subastas electrónicas. La definición de la figura se recoge en el artículo 1.7 de la norma: “Una ‘subasta electrónica’ es un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos”.

El considerando 14 de la Directiva 2004/18 plantea la necesidad de salvaguardar los principios de igualdad de trato y transparencia, por lo que resulta “conveniente prever que las subastas electrónicas sólo afecten a contratos de obras, de suministro o de servicios para los que las especificaciones puedan establecerse de manera precisa. Tal puede ser el caso, en particular, de los contratos recurrentes de suministros, obras y servicios. Con la misma finalidad, conviene prever también que la clasificación respectiva de los licitadores pueda establecerse en cada momento de la subasta electrónica”; y “para garantizar el respeto del principio de transparencia, conviene que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. En cambio, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser

⁴⁶ *Comunicación sobre el papel de la Administración electrónica (e-government) en el futuro de Europa*. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2003) final.

objeto de subastas electrónicas. Por consiguiente, no deben ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de obras y determinados contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras”.

En cuanto a los objetivos de la figura, la exposición de motivos de la Directiva precisa que: “El recurso a las subastas electrónicas permite a los poderes adjudicadores pedir a los licitadores que presenten nuevos precios, revisados a la baja, y cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, mejorar asimismo elementos de la oferta distintos del precio”.

La regulación de las subastas electrónicas está en el artículo 54 de la Directiva.

La subasta electrónica se basará:

- bien en el precio, cuando el contrato se adjudique al precio más bajo;
- bien en el precio o en el valor de los elementos de las ofertas, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa.

El pliego de condiciones incluirá la siguiente información:

- los elementos cuantificables (cifras o porcentajes) a los que se refiere la subasta y las diferencias mínimas que se exigirán para pujar;
- el desarrollo de la subasta y las especificaciones técnicas de conexión.

Antes de proceder a la subasta electrónica, los poderes adjudicadores realizarán una primera evaluación de las ofertas. Simultáneamente, por medios electrónicos, invitarán a participar a los licitadores admitidos. En la invitación se precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta y, en su caso, el número de fases. Se indicará, asimismo, la fórmula matemática en virtud de la cual se establecerán las clasificaciones automáticas; en dicha fórmula se integrará la ponderación de los criterios de adjudicación. A lo largo de cada una de las fases de la subasta electrónica, los poderes adjudicadores comunicarán a todos los licitadores de forma continua e instantánea como mínimo la información que les permita conocer en todo momento su respectiva clasificación. De igual modo, podrán comunicar otros datos relativos a otros precios o valores presentados, siempre que ello esté contemplado en el pliego de condiciones, anunciando también el número de participantes en la fase en que se halle la subasta. No obstante, conforme al artículo 54.6, en ningún caso podrán divulgar la identidad de los licitadores durante el desarrollo de la subasta electrónica.

La subasta electrónica finalizará, bien en la fecha y a la hora fijadas previamente, bien cuando haya transcurrido un determinado plazo tras la presentación de la última oferta, bien cuando concluyan todas las fases de la subasta.

Ahora bien, la incorporación de las subastas electrónicas al Derecho nacional es facultativa para los Estados. El apartado 1 del artículo 54 de la Directiva establece que los Estados miembros “podrán” prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores apliquen subastas electrónicas. Eso sí, cuando se decida incorporar la figura, la Directiva establece unas condiciones comunes con el objetivo de garantizar que la subasta electrónica se desarrolle dentro del pleno respeto de los principios de

igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

X.- Los contratos públicos en los denominados "sectores excluidos", "especiales" o de "servicio público".

Los contratos celebrados en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones habían estado tradicionalmente excluidos de la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos de obras y de suministros. Esta exclusión encontraba su justificación más importante en que algunos organismos con actividades en dichos sectores eran de derecho público, mientras que otros eran de derecho privado (por ejemplo, en España encontrábamos en estos sectores a empresas privadas, a empresas nacionalizadas de ámbito nacional, a empresas públicas puras, a empresas participadas por el Estado, con o sin mayoría de capital, a entes de Derecho público que actúan en régimen de Derecho privado, etc.). Además, el mismo concepto de entidad pública varía considerablemente en los distintos Estados. Por otra parte, las entidades que operan en estos sectores no suelen efectuar convocatorias de licitación a escala europea, principalmente debido al carácter cerrado de los mercados en los que actúan, donde predominan las concesiones por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos para el suministro, o la explotación de redes para la prestación de servicios.

Sin embargo, para la consecución de los objetivos comunitarios, singularmente un verdadero mercado común entre los países miembros, sin fronteras interiores, en el que estén garantizadas la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, era imprescindible abrir la contratación pública también a estos sectores. Por ello, tras costosas negociaciones en el seno del Consejo (al principio se consideró necesario establecer 2 directivas diferentes, una referente a los sectores del agua, energía y transportes y otra a las telecomunicaciones), en 1990 se aprobó la Directiva 90/531/CEE, de 17 de septiembre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de obras y de suministros en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Con posterioridad, y al igual que ocurrió respecto a los contratos públicos de obras y de suministros, el Consejo decidió aprobar un texto único que recogiera toda la normativa comunitaria sobre los contratos públicos en los denominados "sectores excluidos". Así, la Directiva 93/38/CEE recogió prácticamente en su totalidad las disposiciones de la Directiva 90/531/CEE, con las procedentes adaptaciones para incluir los contratos públicos de servicios, que no estaban incluidos en la Directiva 90/531.

Con la aprobación de estas normas se produjo un salto cualitativo en la apertura de la contratación, desde el momento en que no sólo deben ser aplicadas por las Administraciones públicas, sino también por determinadas empresas privadas. Ahora bien, como consecuencia de las dificultades para alcanzar un consenso sobre las normas a exigir en el ámbito de la contratación en los denominados "sectores excluidos", el Consejo optó al final por establecer un sistema cuya principal característica es la flexibilidad, frente a la rigidez de las Directivas sobre contratos de obras, suministros y servicios.

Pues bien, estas normas han sido posteriormente derogadas por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Respecto del ámbito de actividades cubierto cabe resaltar que dejan de estar sometidas a la ley las actividades desarrolladas en el sector de las telecomunicaciones, al constituir un sector liberalizado, y se incorpora a la misma el sector de los servicios postales.

Cabe resaltar que la Directiva 2004/17 incorpora nuevas técnicas de contratación basadas fundamentalmente en el uso de los medios electrónicos y de las comunicaciones aplicados a los procedimientos de adjudicación de los contratos, conservando la necesaria aplicación de los principios derivados del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas de igualdad de trato, del que el principio de no discriminación no es sino una expresión concreta, de reconocimiento mutuo y de proporcionalidad, así como en el principio de transparencia.

El ámbito subjetivo de la Directiva se proyecta sobre las entidades públicas y privadas, pues no se aplica sólo a los "organismos de Derecho público" (los cuales entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2004/18), sino que también obliga a las entidades que, sin ser poderes públicos ni empresas públicas, "gocen de derechos especiales o exclusivos" concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.

La nueva normativa se aplicará únicamente a los contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.278.000 euros en el caso del contrato de obras, o de 422.000 euros en el de los contratos de suministro y servicios.

En cuanto a los procedimientos de adjudicación de los contratos, la Directiva distingue los procedimientos abierto, restringido y negociado, recogidos ya en la Directiva de contratos del sector público, si bien introduce la novedad de no establecer supuestos concretos para la utilización del procedimiento negociado con publicidad, por el que podrá optar libremente la entidad adjudicadora. Se prevé también la posibilidad de acudir, en determinados supuestos tasados, a un procedimiento sin publicidad previa y se regula el denominado concurso de proyectos.

La Directiva 2004/17 se diferencia sustancialmente de la Directiva 2004/18 por los notables poderes discrecionales dejados a los entes adjudicadores, de los cuales la manifestación más importante es la libertad de elección de los procedimientos de adjudicación (abiertos, restringidos o negociados).

XI.- La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la evolución y desarrollo del Derecho comunitario de la contratación pública.

En el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública ha desempeñado un papel decisivo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,

cuya jurisprudencia sobre la materia, aplicando los grandes principios del Tratado de la Comunidad Europea, unida a las Directivas aprobadas por el legislador comunitario, ha contribuido a formar un verdadero "corpus iuris" sobre contratos públicos⁴⁷. La propia Directiva 2004/18/CE reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos que "la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2".

La jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo que ha aplicado los grandes principios de Tratado (prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios) a los contratos públicos ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas Administraciones públicas europeas. Incluso se puede decir que sus consecuencias han ido más allá que las propias Directivas comunitarias en la materia, cuyo campo de aplicación ha sido más limitado al establecer siempre unos altos umbrales económicos de aplicación.

En efecto, el Tribunal ha insistido en el carácter instrumental de las Directivas con respecto a los principios básicos del Tratado que afectan a la contratación pública, a la vez que ha destacado la necesidad de que las Directivas sobre contratos públicos se interpreten de manera conforme con los principios del Tratado.

Por lo demás, es importante resaltar cómo en los últimos años han sido muy numerosas las sentencias del TJCE sobre contratos públicos (se pueden consultar las sentencias, junto a los autos y las bien fundamentadas conclusiones de los Abogados Generales del Tribunal en la página web <http://www.curia.europa.eu/es/index.htm>, clicando en jurisprudencia, formulario de búsqueda). Estos pronunciamientos jurisprudenciales tienen su origen en litigios planteados a través de las principales vías de recurso abiertas ante el máximo órgano judicial europeo, todas las cuales son aptas para plantear pretensiones relativas a adjudicaciones de contratos públicos: recursos de incumplimiento planteados por la Comisión Europea contra los distintos Estados por incumplimiento de las normas comunitarias sobre contratos; cuestiones prejudiciales de interpretación y validez de las directivas comunitarias sobre contratación pública y solicitudes de indemnización por perjuicios sufridos como consecuencia del comportamiento culpable de instituciones europeas o administraciones nacionales en el marco de licitaciones públicas.

⁴⁷ Véase MORENO MOLINA, J.A., "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos", *Revista de Administración Pública* nº 151 (2000), páginas 319 y siguientes.

XII.- El sistema único de clasificación de los contratos públicos en la Unión Europea.

1.- Introducción y antecedentes al sistema vigente.

En 1996, la Comisión Europea aprobó una recomendación relativa a la utilización del Vocabulario Común de Contratos Públicos (Common Procurement Vocabulary, CPV) para describir el objeto de los contratos.

En ese momento, las Directivas europeas sobre contratación pública utilizaban 4 nomenclaturas distintas para la descripción del objeto del contrato en los anuncios, las obligaciones estadísticas y la definición del ámbito de aplicación:

- La CPA, Clasificación Estadística de Productos por Actividades en la Comunidad Económica Europea (que se estableció en 1993 a fin de armonizar las estadísticas económicas).
- La NACE, Nomenclatura Estadística de Actividades Económicas en la Comunidad Europea, muy vinculada a la CPA.
- La CPC, Clasificación Central de Productos de Naciones Unidas
- La NC (nomenclatura combinada).

Todas estas nomenclaturas tienen una clara finalidad estadística.

Mediante el Libro verde "La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro" la Comisión pedía a todos los interesados que se pronunciasen sobre la oportunidad de generalizar el uso del CPV. El Comité Económico y Social de la Unión Europea se pronunció al respecto mediante un dictamen que se aprobó por unanimidad el 28 de mayo de 1997 postulando la necesidad de simplificar el marco jurídico comunitario, adaptarlo a la era electrónica, subrayando las dificultades de acceso a la información existentes.

A tenor de dicho proceso de consulta, la Comisión mediante la comunicación "La contratación pública en la Unión Europea" proponía a los órganos de contratación para que se sirvieran del CPV y de los formularios normalizados en la redacción de sus anuncios y para que utilizaran, para transmitirlos, las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Desde 1996, se utiliza el CPV –una adaptación de la nomenclatura CPA destinada a describir el objeto de los contratos públicos- de forma sistemática en todos los anuncios que se publican en el Suplemento al Diario Oficial de las Comunidades Europeas con arreglo a las directivas, tanto para identificar el objeto de los contratos como para la traducción automática en todas las demás lenguas oficiales comunitarias, convirtiéndose así en el criterio esencial de búsqueda en la selección e identificación de oportunidades de contratos por los posibles licitadores.

Se empezó así a utilizar el CPV, que se compone de un vocabulario principal que forma su núcleo, ya que define el objeto del contrato, y de un vocabulario suplementario que permite introducir datos cualitativos adicionales. El vocabulario

principal se desglosa en una estructura jerárquica de cinco niveles, mientras que el complementario sólo cuenta con dos. A cada Código le corresponde un enunciado que describe los suministros, obras o servicios en todas las demás lenguas oficiales.

Pero el CPV no disponía de fundamento jurídico alguno, pues ningún reglamento había definido con precisión normas que rigiesen su creación o actualización.

2.- El establecimiento de un sistema único de clasificación de los contratos públicos en la Unión Europea.

Las Directivas vigentes sobre contratos públicos en la Unión Europea han reemplazado las cuatro nomenclaturas que se utilizaban para clasificar los productos y servicios por una única nomenclatura: el CPV.

Esta nomenclatura constituye una evolución y mejora de las nomenclaturas CPA y NACE, en el sentido de que se adecua mejor al carácter específico del sector de la contratación pública.

El Reglamento CE nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, aprobó el Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV), creando pues un sistema de clasificación aplicable a todos los contratos públicos a escala comunitaria europea. Este Reglamento fue modificado por el Reglamento nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que resulta aplicable desde el 15 de septiembre de 2008.

Se utilizó como instrumento jurídico el reglamento por su carácter de norma jurídica obligatoria para todos los Estados desde el momento de su entrada en vigor (frente a las directivas que son normas jurídicas que requieren de la aprobación en cada país de una norma nacional que las incorpore al derecho interno), de forma que así el establecimiento de un sistema de clasificación de los contratos públicos no requería transposición por parte de los Estados miembros.

El Reglamento 2195/2002 incluyó unos cuadros de correspondencia entre el CPV y la CPA, la CPC de la ONU, la NACE y la NC.

Con el fin de que los usuarios se familiarizasen con un sistema de clasificación único, antes de hacerlo obligatorio en todos los Estados miembros de la Unión Europea, se contempló que el inicio de la aplicación del Reglamento 2195/2002 fuese precedido de un período de adaptación de un año.

3.- Las ventajas de un sistema único de clasificación.

Hay que valorar muy positivamente el establecimiento de un sistema único de clasificación para todos los contratos públicos de la Unión Europea. Sin duda, ha contribuido a garantizar una mayor información y una mayor transparencia en los procesos de licitación pública.

Se han creado así unas condiciones de fácil acceso a la lectura y comprensión de las informaciones en materia de contratos públicos, ya que el CPV permite comparar inmediatamente los datos de los anuncios de licitación cualquiera que sea la lengua de publicación original.

El sistema único es también muy positivo para las empresas europeas, ya que no introduce nuevas obligaciones, sino que pone a disposición de las mismas una nueva referencia común y plurilingüe que les facilita el acceso a los anuncios de contrato. También, el CPV permite que las empresas encuentren con mayor precisión las oportunidades de contratos que les interesen, lo que les ha abierto nuevos mercados.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que en la Unión Europea se han aprobado unos formularios comunes para la publicación de los anuncios de los contratos y para distintos documentos del procedimiento de selección de licitadores y de adjudicación de los contratos: los establecen la Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE. También las Directivas de 2004 (la 2004/17 y la 2004/18) recogen en sus anexos los formularios normalizados.

Asimismo, en la Unión Europea se han simplificado las reglas de publicidad adaptándolas al mismo tiempo a los medios electrónicos a través del Sistema de Información sobre los Contratos Públicos (SIMAP), iniciado por la Comisión en colaboración con los Estados miembros. La utilización de los formularios normalizados y el recurso al vocabulario común sobre los contratos públicos ha facilitado notablemente el acceso a la información y ha contribuido a una mayor transparencia de las licitaciones.

En el ámbito de las relaciones internacionales existen y se desarrollan diversas nomenclaturas, por lo que la Unión Europea ha propuesto a terceros países en el ámbito de las negociaciones de la OMC la aplicación de este un único sistema de clasificación de los contratos públicos (CPV), por la simplificación que comporta su adopción y la transparencia en información que aporta.

4.- El funcionamiento del CPV europeo.

El CPV establece un sistema de clasificación único de los contratos públicos, con objeto de unificar las referencias utilizadas por los órganos de contratación y las entidades adjudicadoras para describir el objeto de los contratos.

El CPV se compone de un vocabulario principal y un vocabulario suplementario.

El CPV vocabulario principal sirve para definir el objeto de un contrato y el vocabulario suplementario para añadir información cualitativa adicional. El vocabulario principal se

basa en una estructura arborescente de códigos de hasta 9 dígitos (un código de 8 dígitos más un dígito de verificación) que corresponden a un enunciado que describe los suministros, obras o servicios objeto del contrato.

Divisiones, identificadas por los dos primeros dígitos del código (XX000000-Y);
Grupos, identificados por los tres primeros dígitos del código (XXX00000-Y);
Clases, identificadas por los cuatro primeros dígitos del código (XXXX0000-Y);
Categorías, identificadas por los cinco primeros dígitos del código (XXXXX000-Y);

Cada uno de los tres últimos dígitos aporta un grado mayor de precisión dentro de cada categoría.

Un noveno dígito sirve para verificar los dígitos precedentes.

El vocabulario suplementario podrá utilizarse para completar la descripción del objeto del contrato. Lo constituye un código alfanumérico, al que corresponde un enunciado que permite aportar mayores precisiones sobre la naturaleza o el destino específicos del bien que va a adquirirse.

5.- La obligatoriedad del uso de la clasificación CPV en los formularios normalizados.

El uso del CPV es obligatorio en la Unión Europea desde el 1 de febrero de 2006.

El CPV, aprobado por el Reglamento (CE) nº 2195/2002, está en uso desde el 16.12.2003.

La versión del CPV que figura en los anexos del Reglamento (CE) nº 2195/2002 fue modificada por última vez por el Reglamento nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que resulta aplicable desde el 15 de septiembre de 2008.

Esta versión del CPV es la versión en vigor para:

- Rellenar los formularios de anuncios de licitación
- Buscar oportunidades comerciales en TED
- Encontrar anuncios de licitación en los archivos de TED

6.-Aplicación práctica del CPV.

¿Cómo rellenar los formularios de anuncios de licitación con el CPV?

Los poderes adjudicadores deben tratar de encontrar el código que mejor se ajuste a la adquisición prevista. Si bien en algunas ocasiones los poderes adjudicadores pueden tener que elegir entre diversos códigos, es importante que seleccionen un único código para el título del anuncio de licitación. Si el CPV fuera inexacto, los poderes adjudicadores deberán referirse a la división, grupo, clase o categoría que mejor describa su adquisición prevista (un código más general que puede reconocerse

fácilmente porque tiene más ceros).

Por ejemplo:

El poder adjudicador prevé la adquisición de un servicio de transporte por carretera diseñado para dispositivos frágiles de alta tecnología:

Códigos que pueden ser objeto de interés

60000000 Servicios de transporte terrestre y servicios de transporte por tuberías

60000000 Servicios de transporte terrestre y servicios de transporte por tuberías

60100000 Servicios de transporte terrestre

60110000 Servicios de transporte terrestre de pasajeros

[...]

60120000 Servicios de transporte terrestre de mercancías

60121000 Transporte ferroviario de mercancías

[...]

60122000 Servicios de transporte de carga por carretera

60122100 Servicios de transporte de carga por carretera en vehículos especializados

60122110 Servicios de transporte en vehículos refrigerados

60122120 Servicios de transporte en vehículos cisterna

60122130 Servicios de transporte en vehículos para productos a granel

60122140 Servicios de transporte en vehículos para carga en contenedores

60122150 Servicios de transporte en vehículos de mudanza

60122160 Servicios de transporte de seguridad

60122161 Servicios de automóviles blindados

60122170 Servicios de transporte médico

60200000 Servicios de transporte por tuberías

[...]

La entidad deberá buscar en el CPV 60122100 «Servicios de transporte de carga por carretera en vehículos especializados», dado que no hay ningún código incluido abajo que cumpla con su necesidad específica. A continuación, puede hacer que el código 60122100 sea más exacto utilizando un código del vocabulario suplementario. En este caso, podría ser X009-9 «Conducción por la izquierda», si la entidad es inglesa, irlandesa, chipriota o maltesa..

¿Cómo buscar oportunidades comerciales con el CPV en TED?

TED (Tenders electronic daily) da acceso a todos los contratos publicados a nivel europeo.

Gracias a su código numérico, el CPV puede utilizarse para buscar oportunidades comerciales en la Unión Europea superando la barrera lingüística.

Las empresas que busquen oportunidades de contratos en Ted deberán fijarse en dos

tipos de códigos CPV: aquellos que mejor describan su cartera de productos, servicios o actividades de construcción; las divisiones, grupos, clases y categorías que estén situados encima de los códigos que mejor reflejen dichas actividades.

7.- La aplicación del vocabulario común se rige por las Directivas europeas sobre contratación pública.

En las Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos vigentes (la 2004/18, sobre contratos del sector público y la 2004/17, sobre contratos en los sectores especiales, esto es, el agua, la energía, los transportes y los servicios postales), las nomenclaturas del CPV se utilizan para la descripción del objeto del contrato en los anuncios de licitación, para la publicidad de los procedimientos de adjudicación, para las obligaciones estadísticas y para la definición del ámbito de aplicación.

XIII.- El futuro próximo del Derecho comunitario de los contratos públicos.

A nivel comunitario europeo la aprobación de las Directivas de 2004 se enmarca en un ambicioso paquete legislativo, en el que junto a las citadas Directivas, que refunden la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa hasta ahora en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos, se han aprobado el Reglamento (CE) nº [2195/2002](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV) [Diario Oficial L 340 de 16.12.2002]⁴⁸, la Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos (Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE), la Directiva 2005/51/CE de la Comisión de 7 de septiembre de 2005 por la que se modifican el anexo XX de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el anexo VIII de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública y el contravalor de los umbrales previstos por las Directivas de contratación pública aplicables a los contratos públicos a partir del 1 de enero de 2004 [Diario Oficial C 95 de 20.4.2004].

A ello hay que sumar que el Derecho europeo de los contratos públicos ha dado lugar más recientemente a la trascendente Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos y el Reglamento (CE) nº 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en los

⁴⁸ Que fue modificado posteriormente por el Reglamento nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007.

procedimientos de adjudicación de contratos⁴⁹, que por cierto ha creado confusión al Gobierno español que lo ha incorporado al ordenamiento interno⁵⁰ ignorando la eficacia inmediata y aplicabilidad directa de este tipo de norma comunitaria.

Asimismo se ha publicado en el DOUE de 15 de marzo de 2008 el Reglamento (CE) nº 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV. Y están en proceso de elaboración por las instituciones comunitarias unas directivas sobre los contratos de concesiones, sobre los contratos públicos de defensa⁵¹ y otra directiva –si bien ésta mucho más compleja por su objeto- sobre colaboración público-privada⁵², sobre la que muy difícilmente se va a poder alcanzar un consenso comunitario por las diferentes posturas de los Estados miembros de la Unión al respecto –lo que contrasta con la incorporación al texto español de la LCSP del contrato típico y administrativo de colaboración público-privada, definido en el artículo 11 y limitada su aplicabilidad en el apartado 2 del precepto y en el artículo 118⁵³.-

⁴⁹ Téngase en cuenta también la Decisión de la Comisión de 1 de febrero de 2008 relativa a la revisión de los límites contemplados en el artículo 157, letra b), y en el artículo 158, apartado 1, del Reglamento (CE, Euratom) no 2342/2002 sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero (2008/102/CE).

⁵⁰ Por medio de la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir del 1 de enero de 2008 (corrección de errores publicada en el BOE nº 30, de 4 de febrero de 2008).

Hay que tener en cuenta que la disposición adicional decimocuarta de la Ley 30/2007 y la disposición final tercera de la Ley 31/2007 (como habían señalado anteriormente la disposición adicional segunda de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y la disposición final tercera de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones), establecen que las cifras que en lo sucesivo se fijen por la Comisión Europea y se publiquen por Orden del Ministro de Hacienda, sustituirán a las que figuran en el texto de la misma.

⁵¹ Con fecha 5 de diciembre de 2007, la Comisión presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en los ámbitos de la defensa y la seguridad [COM(2007) 766 final].

Sobre las peculiaridades de estos importantes, tanto cuantitativa como cualitativamente, contratos, puede verse el Libro verde “Los contratos públicos de defensa” (COM/2004/0608 final).

⁵² Ver el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final], la Comunicación de la Comisión dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM(2005) 569 final) sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, y el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones» (2007/C 51/05).

⁵³ Frente a la indeterminación inicial de su configuración inicial, en la tramitación parlamentaria de la Ley 30/2007 se precisó el carácter subsidiario del contrato, al que sólo cabrá acudir cuando para satisfacer las necesidades colectivas las administraciones no puedan acudir a un

La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. La CPP está presente en los transportes, la salud pública, la educación, la seguridad, la gestión de los residuos y la distribución de agua o de energía. De acuerdo con el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final], la CPP se caracteriza:

- por la duración de la relación entre los socios;
- el modo de financiación del proyecto;
- el papel de los socios en la definición, la concepción, realización, aplicación y financiación;
- la distribución de los riesgos.

El desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

La Comisión Europea presentó el 15.11.2005 una Comunicación dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM(2005) 569 final) sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

La colaboración público-privada es una figura que está siendo cada vez más utilizada en ordenamiento europeos -principalmente en los anglosajones- y que en España ha incorporado la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Esta norma crea un nuevo contrato típico de colaboración público-privada, que permite el reparto de riesgos entre la Administración y el contratista y que la financiación sea anticipada por el sector privado. La norma opta por una definición muy amplia y difusa del tipo contractual, que se pretende incorporar a la legislación española a pesar de que la Directiva comunitaria en la materia todavía no ha sido aprobada⁵⁴. En este sentido,

contrato de concesión de obras públicas, de servicios, de obra, de suministro o de gestión de servicios públicos.

Acerca de la nueva figura contractual puede verse CHINCHILLA MARÍN, C. (2006), "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *REDA* 132 (2006), págs. 609 y ss. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2006), "Contrato de colaboración público-privada", *RAP* 170, págs. 22 y ss.

⁵⁴ El artículo 11 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público define como contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado "aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de

hubiera sido más conveniente esperar a que se apruebe la regulación europea sobre la figura limitarse en la Ley española a realizar una aproximación meramente conceptual que delimite sus perfiles frente al resto de los contratos típicos⁵⁵.

En este punto, debe llamarse la atención sobre la cada vez mayor extensión del Derecho comunitario de la contratación pública, que sobre todo merced a la avanzada jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia conquista progresivamente más parcelas en su afán de poder someter a principios y reglas comunes a todos los contratos públicos. Así, de la tradicional preocupación por las fases preparatorias y de adjudicación del contrato, ha pasado a contemplar la previsión de condiciones especiales de ejecución del contrato (las disposiciones de la Directiva 2004/18 al respecto han sido incorporadas por el artículo 102 LCSP), a imponer obligaciones sobre el pago a los contratistas y a los subcontratistas (Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, incorporada al Derecho español por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre), sobre duración de los contratos, régimen de las prórrogas y sobre modificaciones del contrato (para limitar notablemente su uso –como ha recogido el artículo 202 de la LCSP-, tras las observaciones al anteproyecto de LCSP de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea emitidas el 12 de diciembre de 2006, en las que rechazaba la compatibilidad con el Derecho comunitario de la posibilidad de modificar el contrato por “necesidades nuevas”).

determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.

En estos contratos, la contraprestación a percibir por el contratista colaborador de la Administración consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

⁵⁵ Véase en este sentido URÍA FERNÁNDEZ, F., “Primeras impresiones en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Diario La Ley* nº 6435 (2006), p. 4.

CAPÍTULO CUARTO: EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS RECURSOS PARA GARANTIZAR LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS REGLAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS

1. El origen de la preocupación comunitaria sobre la falta de mecanismos efectivos de control del cumplimiento de la europea sobre contratos públicos.

A partir del año 1985, con la aprobación del "Libro Blanco" de la Comisión para la consecución del mercado interior y la entrada en vigor, el 1 de julio de 1987, del Acta Única Europea, se dará un decisivo paso adelante de cara a la apertura a la libre concurrencia de la contratación pública comunitaria. Desde este momento, la Comunidad adoptó, con la vista puesta en el horizonte del gran mercado único de 1992, numerosas medidas encaminadas a potenciar los principios de no discriminación, transparencia, objetividad y publicidad en la preparación y adjudicación de los contratos públicos.

La labor normativa del Consejo desarrollando el "Libro Blanco" comenzó con la reforma, en 1988 y 1989, de las Directivas clásicas sobre los contratos de suministros y obras. En efecto, se aprobaron la Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo de 1988, por la que se modificó la Directiva 77/62/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y, en materia de contratos públicos de obras, la Directiva 71/305/CEE fue modificada sustancialmente por la Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989.

Posteriormente vieron la luz la Directiva 90/531/CEE, sobre los contratos en el ámbito de los sectores anteriormente excluidos (es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones), y la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos públicos de servicios.

Sin embargo, los legisladores comunitarios eran conscientes de que toda la completa normativa europea encaminada a la apertura de la contratación pública quedaba, sin embargo, en la práctica seriamente amenazada por la falta de medios de control eficaces para los supuestos de infracción del Derecho comunitario en la materia⁵⁶. Las directivas sobre contratos públicos de obras, suministros, servicios y "sectores excluidos", contenían exclusivamente normas sustantivas que disciplinaban los procedimientos de contratación con el objetivo siempre puesto en la realización de los principios de transparencia y no discriminación. De esta forma, ante la ausencia de normas que específicamente contemplasen mecanismos de garantía, control y cumplimiento de estas directivas, como por lo demás es la regla general para la aplicación del Derecho comunitario, correspondía, por un lado, a los propios Estados miembros asegurar ese control y, por otro, a las instituciones comunitarias, Comisión y Tribunal de Justicia, vigilar el cumplimiento efectivo de las Directivas. Ahora bien, estos procedimientos de control no funcionaban por regla general, o lo hacían de modo insuficiente⁵⁷.

⁵⁶ SAMANIEGO BORDIU, G., "El control del Derecho comunitario de los contratos públicos", *RAP* 123 (1990), p. 402.

⁵⁷ COMISION EUROPEA, *Apertura de la contratación pública*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1993, págs. 29 y ss.

Pese a la aprobación de directivas en la materia, los poderes adjudicadores seguían cometiendo numerosas irregularidades en la adjudicación de los contratos públicos, ya fuese por desconocimiento de la normativa comunitaria o por mala fe. La mayoría de estas irregularidades se producían antes de que el contrato fuera adjudicado. Así, entre las prácticas fraudulentas detectadas por la Comisión Europea destacaban: el fraccionamiento deliberado de los contratos para escapar de los umbrales de aplicación de las directivas; las informaciones incompletas y erróneas facilitadas a las empresas interesadas y el incumplimiento en general de las normas de publicidad⁵⁸; la introducción en los pliegos de condiciones de cláusulas discriminatorias; recurso abusivo a la contratación directa⁵⁹; incumplimiento de las normas en el ámbito técnico -por ejemplo imponiendo especificaciones técnicas que favorecen a la producción nacional⁶⁰-; incumplimiento de las normas en materia de selección (exigiendo pruebas abusivas o exorbitantes, no previstas en las directivas de contratos públicos⁶¹, etc.); incumplimiento de las normas en materia de adjudicación (utilizando sesgadamente el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, utilizando criterios de adjudicación desconocidos por los licitadores, etc.)⁶²; introducción de modificaciones importantes de los pliegos de condiciones que permiten eliminar determinadas ofertas; no observancia del procedimiento a seguir para las ofertas anormalmente bajas⁶³, etc.

⁵⁸ El TJUE ha insistido en su jurisprudencia en que una publicidad adecuada de los anuncios de licitación ofrece a todos los contratistas interesados de la Comunidad la posibilidad de ser informados sobre la licitación y, en su caso, de participar en ella (Sentencia de 18 de marzo de 1992, Comisión contra España, Asunto C-24/91, F.J. 2 y Sentencia de 20 de septiembre de 1988, asunto C 31/87, Gebroeders Beentjes contra Países Bajos, F.J. 22).

⁵⁹ Puede verse al respecto la Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 1992, Comisión contra España Asunto C-24/91. En la misma, el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de la Directiva 71/305/CEE, sobre los contratos públicos de obras, "al haber decidido el Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid adjudicar por contratación directa las obras que tenían por objeto la ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social", sin que concurriesen los motivos de urgencia alegados por los demandados.

Véase también la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 (Comisión contra España, C-71/92), en la que el TJCE condenó a España, entre otros motivos, por mantener en vigor ciertas disposiciones que permiten la contratación directa en supuestos no previstos por las Directivas o que subordinan la utilización de la contratación directa a requisitos menos estrictos que los derivados de las disposiciones correspondientes de las Directivas; y la Sentencia de 3 de mayo de 1994, asunto C-328/92, Comisión contra España, donde el Tribunal declaró el incumplimiento del Estado español de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 77/62/CEE, "al exigir, en la legislación básica relativa a la Seguridad Social, que la Administración adjudique por procedimiento de contratación directa los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las instituciones de la Seguridad Social, y adjudicar por contratación directa la casi totalidad de dichos suministros, omitiendo la publicación del anuncio de contratación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*".

⁶⁰ Como denuncia la STJUE de 22 de septiembre de 1988, asunto 45/87, Comisión contra Irlanda.

⁶¹ Véase la sentencia de 26 de septiembre de 2000, asunto C-225/98, Comisión contra Francia.

⁶² Acerca de las exigencias de la jurisprudencia del TJUE en relación con los criterios de adjudicación de los contratos públicos, pueden verse las sentencias de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia Bus Finland; de 14 de junio de 2007, asunto C-6/05, Medipac-Kazantzidis y de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, Lianakis.

⁶³ SSTJUE de 22 de junio de 1989, asunto 103/88, Fratelli Costanzo SpA contra Municipio de Milán, y de 10 de febrero de 1982, asunto 76/81, SA Transpouroute et travaux contra Ministerio de Obras Públicas.

En definitiva, subsistían –y de hecho todavía persisten- tendencias generalizadas en todos los Estados miembros de la Unión Europea, de índole proteccionista, que llevaban a que las entidades contratantes favorecieran a las empresas nacionales⁶⁴. Si a ello unimos que las empresas que tenían que hacer frente a las discriminaciones solían –y suelen- mostrarse remisas a llevar a los compradores públicos a los tribunales nacionales, por temor a perder la oportunidad de obtener contratos en el futuro, la situación se presentaba como difícilmente superable⁶⁵.

Además de lo anterior, hay que resaltar que los distintos Estados miembros de la Unión no disponen de legislaciones homogéneas garantizadoras de las normas comunitarias de contratación⁶⁶. En efecto, existen grandes diferencias entre los distintos países, tanto por lo que se refiere a las vías de control internas de las Administraciones públicas como a las jurisdiccionales.

2. La aprobación de las Directivas sobre "recursos":

A) La Directiva 89/665/CEE, sobre procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de obras y suministros.

Pues bien, a esta preocupante situación intentó poner remedio la Comunidad a través de las directivas conocidas como de "recursos": la Directiva del Consejo 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y la Directiva del Consejo 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (los denominados sectores especiales o de servicio público).

El punto de partida evidente de estas Directivas se pone de manifiesto desde los primeros Considerandos de la Directiva 89/665/CEE, donde se señala que "las directivas

⁶⁴ TURPIN, C., *Government Contracts*, Harmondsworth, 1972, cap. 9; WEISS, F., "The law of public procurement in EFTA and the EEC; The legal framework and its implementation", *Yearbook of European Law* 1987, págs. 59 y ss. ; MATTERA, A., *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento* (traducción al castellano por CORA ZAPICO LANDROVE), Civitas, Madrid, 1991, p. 386 y, del mismo autor, "Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des Etats", *Revue du marché unique européen*, nº 3 (1993), págs. 5 y ss.

⁶⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L., "El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria", *Gaceta Jurídica de la CE*, Boletines 76 y 77 (1992), p. 15 del primero de ellos.

⁶⁶ Un análisis de Derecho comparado en la materia, con referencias a Gran Bretaña, Alemania, Benelux y España se contiene en *Les marchés publics européens, dossiers et documents* de la Revue française de Droit administratif, Sirey, París, 1989, págs. 37 y ss.

Acerca de las diferentes vías de recurso existentes en los Estados miembros de la Unión puede verse LE BAUT, B., *La réglementation communautaire des marchés publics: la Directive "recours"*, Centre de Documentation et de Recherche Europeennes, Lyon, 1991 y LAURIA, F., *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, UTET, Torino, 1991.

comunitarias en materia de contratos públicos(...) no contienen disposiciones específicas que permitan garantizar su aplicación efectiva", ya que "los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse".

Así pues, teniendo en cuenta que la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria "necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulta importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho" (Considerando 3º), el Consejo decidió aprobar estas Directivas sobre "recursos".

La importancia de la aprobación de las Directivas era, pues, evidente y, además, se pueden considerar como una concreción de la obligación que el artículo 10 del Tratado CE impone a los Estados miembros de crear vías judiciales de recurso efectivas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas del propio Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad.

En cuanto a su contenido, la primera de estas Directivas, la 89/665/CEE, impone como principal obligación a los Estados la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (artículo 1.1).

A tal efecto, los Estados deben velar para que los procedimientos de recurso que establezcan prevean los poderes necesarios:

1) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, "medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados" (artículo 2.1.a);

2) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, "incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión" (artículo 2.1.b);

3) para conceder "una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción" (artículo 2.1.c).

Por lo que se refiere a las medidas cautelares, la propia norma analizada (artículo 2.1.a) expresamente menciona a continuación, como supuesto más típico de las mismas, "las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el poder adjudicador". Sin embargo, la Directiva no

limita las medidas provisionales a la suspensión, de manera que podrán adoptarse cualquier tipo de medidas.

En cuanto a los criterios a utilizar para la adopción o no de medidas cautelares, la Directiva precisa que "los Estados miembros podrán determinar que el organismo responsable (...) pueda tener en cuenta las consecuencias probables de dichas medidas para todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general, y decidir no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas. La decisión de no conceder estas medidas provisionales no perjudicará los demás derechos reivindicados por la persona que solicite tales medidas". En definitiva, la Directiva maneja una dualidad de criterios para adoptar la decisión: el balance entre los beneficios y perjuicios que derivan de la medida y la valoración del interés de los terceros y el interés general.

Como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la Directiva 89/665 pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, en particular en la fase en que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. A tal efecto, el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible⁶⁷.

No obstante, la Directiva 89/665 sólo establece los requisitos mínimos a los que deben responder los procedimientos de recurso establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de garantizar el respeto de las disposiciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos⁶⁸.

A falta de una norma específica en la materia, corresponde, por tanto, al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar si un organismo responsable de los citados procedimientos de recurso puede, y en qué condiciones, apreciar de oficio irregularidades que no han alegado las partes en el litigio de que conoce.

En la importante sentencia de 28 de octubre de 1999, asunto C-81/98, Alcatel, el TJUE destaca la obligación de los Estados de establecer recursos lo más eficaces y rápidos posibles ya que éstos

“tienen por objeto las decisiones adoptadas por el órgano de contratación cuando éstas han infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales que adoptan este Derecho, sin que dicha disposición prevea una restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de estas decisiones.

⁶⁷ Véanse las sentencias de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros, C-81/98, Rec. p. I-7671, apartados 33 y 34, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-0000, apartado 74.

⁶⁸ Véase, en concreto, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Santex, C-327/00, Rec. p. I-0000, apartado 47.

El Bundesministerium y el Gobierno austriaco alegan esencialmente que la organización del procedimiento ante el Bundesvergabeamt está configurada de tal manera que, después de la celebración de un contrato, la decisión del órgano de contratación sólo podrá ser impugnada en la medida en que la ilegalidad de dicha decisión cause un perjuicio a la parte demandante en un procedimiento nacional de recurso y que, además, dicho procedimiento debe limitarse a simplificar los requisitos para la concesión de una indemnización por daños y perjuicios por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios, por lo que se atiene al artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665.

A este respecto, procede observar, como señaló el Abogado General en los puntos 36 y 37 de sus conclusiones, que se desprende ya del propio tenor literal del artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 que la limitación de los procedimientos que en él se establece sólo se refiere a la situación posterior a la celebración del contrato consecutivo a la decisión de adjudicación. De este modo, la Directiva 89/665 establece una distinción entre la fase anterior a la celebración del contrato, en la cual es aplicable el artículo 2, apartado 1, y la fase posterior a su celebración, respecto a la cual el Estado miembro puede establecer, según el artículo 2, apartado 6, segundo párrafo, que las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limitan a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.

De las consideraciones que anteceden se deduce que las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato" (apartados 33 a 43).

El apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 (apartado 9 tras la reforma operada por la Directiva 2007/66) establece que

"cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su

nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes".

En la STJUE de 4 de febrero de 1999, asunto C-103/97, Josef Köllensperger GmbH & Co. KG, Atzawanger Ag contra Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schaz⁶⁹, el Tribunal se planteó, con carácter preliminar, si el Tiroler Landesvergabeamt es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 234 del Tratado, y si, en consecuencia, las cuestiones prejudiciales son admisibles. A este respecto, hay que recordar que, según una reiterada jurisprudencia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia⁷⁰. Pues bien, el Tribunal llega a la conclusión de que las normas que regulan el funcionamiento del organismo en cuestión prevén causas de recusación, prohíben expresamente toda instrucción dirigida a sus miembros, por lo que considera que es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 234 del Tratado, y que las cuestiones que ha planteado son admisibles.

Sobre la interpretación del actual artículo 2.9 de la Directiva 89/665, el Tribunal señaló que en virtud de lo dispuesto en el citado precepto, los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos. La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 9 del artículo 2 de la Directiva 89/665. De esto se deriva que si el organismo responsable del recurso es de naturaleza jurisdiccional, como es el caso en el litigio principal, estas disposiciones de garantía no se aplican.

⁶⁹ El asunto tuvo su origen en el litigio entre una sociedad austriaca y la Mancomunidad de municipios para la gestión del Hospital comarcal de Schwaz, por otra, con motivo de la adjudicación de las obras de ampliación del centro hospitalario de Schwaz. La empresa en cuestión presentó un recurso ante un organismo administrativo independiente, quién planteó dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE relativas a la interpretación del apartado 8 del art. 2 de la Directiva 89/665/CEE, sobre procedimientos de recurso en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros. En esencia, mediante esas cuestiones el organismo austriaco solicitaba que se determine si unas disposiciones como las que regulan su composición y funcionamiento cumplen los requisitos recogidos en el art. 8.2 de la citada Directiva.

⁷⁰ Véase la STJUE de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23.

B) La Directiva 92/13/CEE, sobre "recursos" en los "sectores especiales".

Por lo que se refiere a la Directiva de "recursos" en los denominados sectores especiales (92/13/CEE), es preciso resaltar, en primer lugar, la similitud de los objetivos que persigue en relación con la Directiva 89/665/CEE: garantizar la correcta aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, estableciendo a tal efecto remedios efectivos y rápidos.

Como ha observado el propio Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los trabajos preparatorios y las propias disposiciones de las Directivas 89/665 y 92/13/CEE "muestran que el legislador comunitario, sensible a la diversidad de los Derechos nacionales y preocupado por preservar en lo posible el principio de seguridad jurídica, ha dado preferencia en primer lugar a los recursos anteriores a la celebración del contrato. Al decidir que los efectos de un recurso sobre un contrato ya celebrado los establezca el Derecho nacional, y al permitir que un Estado miembro limite dichos efectos a la concesión de una indemnización de daños y perjuicios a la persona perjudicada, ha admitido que un Estado excluya, a nivel nacional, la anulación de un contrato en vigor" (Auto de 22 de abril de 1994, Comisión contra Bélgica).

Sin embargo, la Directiva 92/13/CEE ofrece interesantes novedades en los medios que instrumenta para garantizar el respeto de la normativa comunitaria sobre contratos, novedades que los Estados miembros tenían que adaptar a su derecho interno antes del 1 de enero de 1993 (España disponía de plazo hasta el 30 de junio de 1995, aunque no la incorporó al Derecho español hasta la aprobación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre –más recientemente derogada por la LCSE-).

En primer lugar, la Directiva, teniendo en cuenta las características específicas de determinados ordenamientos jurídicos, permite a los Estados la elección entre diferentes opciones de efectos equivalentes en lo referente a los poderes de las instancias de recurso.

Una de estas opciones incluye el poder de intervenir directamente en los procedimientos de formalización de los contratos de las entidades contratantes. Esta opción coincide con las medidas previstas en la Directiva 89/665/CEE, a saber: previsión de los poderes necesarios para adoptar "medidas provisionales para corregir la presunta violación o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados", para "anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, el anuncio periódico indicativo(...) o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de formalización del contrato en cuestión" y para "conceder una indemnización de daños y perjuicios a las personas perjudicadas por la violación" (artículo 2.1, apartados a), b) y d) de la Directiva 92/13/CEE).

La segunda opción, sin embargo, constituye una de las principales novedades de la Directiva de 1992 al establecer el poder de ejercer una presión indirecta efectiva sobre las entidades contratantes con el fin de que éstas remedien cualquier violación o de

que se abstengan de cometerlas. En concreto, el artículo 2.1.c) de la Directiva 92/13/CEE señala que consiste en la adopción de "medidas distintas a las consideradas en las letras a) y b) (medidas provisionales y anulación de las decisiones ilegales) que tengan por objeto corregir la violación comprobada e impedir que se causen perjuicios a los intereses afectados; en particular, emitir una orden de pago de una cantidad determinada en caso de que la infracción no sea corregida o evitada".

Por lo tanto, cada Estado miembro podrá elegir cualquiera de las dos opciones, pero siempre en modo que quede garantizada la plena efectividad de las Directivas sustantivas que establecen la apertura de la contratación pública.

Pero además la Directiva precisa que los Estados miembros podrán efectuar dicha elección bien para el conjunto de las entidades contratantes, o bien para categorías de entidades definidas a partir de criterios objetivos, salvaguardando en todo caso la eficacia de las medidas establecidas con el fin de impedir que se cause un perjuicio a los intereses afectados (artículo 2.1.c), párrafo 2º).

En cuanto a la responsabilidad que pueden exigir los perjudicados por una infracción de la normativa sobre contratación pública, la Directiva 92/13 va más allá que la 89/665/CEE, al disponer que cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, "únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación" (apartado 7 del artículo 2). Esta previsión podría jugar un importante papel de cara a estimular las acciones por daños de los participantes agraviados en procedimientos de adjudicación de contratos, en los supuestos en que los costes de preparación de las ofertas sean altos.

Por último, también era una novedad de la Directiva 92/13/CEE la previsión de un sistema de certificación del cumplimiento del ordenamiento comunitario en materia de contratos públicos (artículos 3 a 7), que perseguía estimular el cumplimiento de las directivas y garantizar la transparencia en la contratación. La Directiva se limitaba a definir las características esenciales del sistema de certificación, remitiendo para la fijación de las modalidades de su funcionamiento a las normas de los distintos Estados miembros.

Ahora bien, este sistema voluntario de certificación apenas se ha utilizado en la práctica. La exposición de motivos de la Directiva 2007/66/CE concluye en este sentido que el sistema no ha servido para alcanzar su objetivo de prevenir un número significativo de infracciones del Derecho comunitario en materia de contratación pública (apartado 29).

Además, la obligación impuesta a los Estados miembros por la Directiva 92/13/CEE de garantizar la disponibilidad permanente de organismos acreditados a tal efecto puede representar un coste administrativo de mantenimiento que para la Directiva 2007/66 ya no se justifica habida cuenta de la falta de demanda real por parte de las entidades

contratantes. Por estas razones, esta norma suprime este sistema de certificación.

Del mismo modo, la Directiva 2007/66 concluye que el mecanismo de conciliación previsto en la Directiva 92/13/CEE no ha despertado verdadero interés entre los operadores económicos. Esto se debe, tanto al hecho de que no permite obtener por sí solo medidas provisionales vinculantes capaces de impedir a tiempo la celebración ilegal de un contrato, como a su naturaleza, difícilmente compatible con el respeto de los plazos especialmente breves de los recursos a efectos de medidas provisionales y de anulación de las decisiones ilegales. Además, la eficacia potencial del mecanismo de

conciliación se ha visto debilitada por las dificultades encontradas a la hora de elaborar una lista completa y suficientemente amplia de conciliadores independientes en cada Estado miembro, disponibles en todo momento y capaces de abordar las solicitudes de conciliación a muy corto plazo. Por estas razones, la Directiva 2007/66 también decide suprimir el referido mecanismo de conciliación.

C) La reforma de las Directivas de recursos.

Tras una compleja y discutida tramitación, fue aprobada por el Parlamento y el Consejo Europeo la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos⁷¹.

El objetivo manifestado por la Comisión en la elaboración de la propuesta de reforma de las llamadas directivas “recursos” era animar a las empresas comunitarias a que liciten en cualquier Estado miembro de la Unión, dándoles la seguridad de que, llegado el caso, podrán entablar recursos eficaces cuando consideren que se lesionan sus intereses en el marco de procedimientos de adjudicación de contratos. Este refuerzo de la eficacia de los recursos precontractuales incitará a los órganos de contratación a dar mejor publicidad a sus contratos y a sacarlos a licitación en beneficio de todas las partes interesadas.

La Directiva 2007/66 modifica las dos Directivas relativas a los recursos en el ámbito de la contratación pública, tanto la Directiva 89/665/CEE, como la Directiva 92/13/CEE.

Las modificaciones recogidas por la reforma de las directivas de recursos introducen normas coordinadas destinadas a clarificar y mejorar la eficacia de las disposiciones vigentes sobre los recursos precontractuales entablados en el marco de procedimientos formales de adjudicación de contratos o en el marco de contratos de adjudicación directa⁷². También tienen como objetivo reorientar el mecanismo

⁷¹ Sobre la propuesta de la Comisión de directiva de modificación de las Directivas 89/665 y 92/13, puede verse TORNOS MAS, J., “Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones públicas”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 59 (2006), págs. 45 y ss.

⁷² Un completo análisis de la Directiva 2007/66 puede encontrarse en NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva

corrector que puede activar la Comisión hacia los casos de infracciones graves y, como ya se ha señalado, derogar dos mecanismos (el de certificación de las entidades contratantes y el de conciliación) aplicables únicamente en los sectores especiales y que no han sido utilizados por las entidades públicas.

En las directivas «recursos» se establece una distinción entre, por una parte, los recursos precontractuales, destinados principalmente a corregir a tiempo las infracciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y, por otra, los recursos postcontractuales, que se limitan, por lo general, a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios.

Lo que se busca con la modificación de las directivas «recursos» es, sobre todo, mejorar la eficacia de los recursos a disposición de los operadores económicos en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, que han de ajustarse no sólo a las disposiciones específicas de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, sino también a los principios del Tratado CE: libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, libertad de establecimiento y los principios que de ellos se derivan, como los de igualdad de trato, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia europea, la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro⁷³. Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto⁷⁴.

El objetivo de garantizar la eficacia de los recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se inscribe plenamente en el del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial. Por último, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción⁷⁵.

2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, *El Derecho de los contratos públicos* (dir. GIMENO FELIÚ, J.M.), Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, págs. 304 y ss.

⁷³ Véanse, en particular, las sentencias de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartado 16, y de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 32.

⁷⁴ Véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia* y *3-S*, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31, y de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria* y *Telefoneares*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 61.

⁷⁵ Véase la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, COM(2003) 317 final.

De acuerdo con lo previsto por la directiva de recursos reformada, cuando un órgano de contratación concluya un procedimiento formal de adjudicación de conformidad con las directivas relativas a los contratos públicos, deberá suspender la celebración del contrato hasta que haya transcurrido un plazo de al menos diez días civiles a partir de la fecha de notificación de la decisión de adjudicación motivada a los operadores económicos que hayan participado en el procedimiento de adjudicación.

Cuando un órgano de contratación considere que puede adjudicar directamente un contrato cuyo importe sea superior a los umbrales fijados en las directivas sobre contratos públicos, deberá (excepto en caso de urgencia imperiosa) suspender la celebración del contrato durante un plazo mínimo de diez días civiles, después de haber procedido a darle una publicidad adecuada mediante un anuncio de adjudicación simplificado.

En fin, si el órgano de contratación celebra ilegalmente un contrato durante el plazo suspensivo, tal celebración se considerará sin efecto. Las consecuencias de dicha ilegalidad sobre los efectos del contrato serán extraídas por la instancia de recurso competente, si bien para ello será preciso que un operador económico le someta el asunto dentro de un plazo de prescripción de seis meses a partir de la fecha en que se celebró efectivamente el contrato.

El TJUE ya había exigido un recurso específico que impida la celebración del contrato y el comienzo de su ejecución hasta que se produzca su resolución expresa. Así lo señaló en su importante sentencia de 28 de octubre de 1999 (asunto Alcatel):

“Las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”.

3. El mecanismo corrector de la Comisión y los recursos de la misma contra los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario de los contratos públicos.

Las directivas de recursos conceden a la Comisión Europea un importante papel de

Sobre la corrupción en el ámbito de la contratación pública resulta obligada referencia el trabajo de MEDINA ARNAIZ, T., “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, Diario La Ley nº 7382 (2010), págs. 5 y ss.

control del cumplimiento del Derecho europeo de la contratación pública. El artículo 3 de la Directiva 89/665, en su versión dada por la Directiva 2007/66, contempla el mecanismo corrector al que podrá acogerse la Comisión antes de la celebración de un contrato “si considera que se ha cometido una infracción grave de la legislación comunitaria en materia de contratación pública durante un procedimiento de adjudicación de contrato comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE”.

El procedimiento comienza con la notificación por parte de la Comisión al Estado miembro de que se trate de las razones que le hayan inducido a pensar que se ha cometido una infracción grave y con la solicitud de que ésta sea corregida por los medios adecuados.

Dentro de los 21 días civiles siguientes a la recepción de la notificación, el Estado de que se trate comunicará a la Comisión:

- a) la confirmación de que se ha corregido la infracción;
- b) una respuesta motivada que explique por qué no se ha realizado corrección alguna, o
- c) una notificación que indique que el procedimiento de adjudicación del contrato se ha suspendido, por iniciativa del poder adjudicador o en el marco del ejercicio de las facultades previstas en el artículo 2, apartado 1, letra a) de la Directiva 89/665.

La respuesta motivada podrá basarse, en particular, en el hecho de que la presunta infracción sea ya objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante un órgano independiente de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.9 de la Directiva 89/665. En este caso, el Estado miembro informará a la Comisión del resultado de dichos procedimientos en cuanto tenga conocimiento de ello.

En caso de que se notifique que un procedimiento de adjudicación de contrato se ha suspendido, el Estado miembro notificará a la Comisión el levantamiento de la suspensión o el inicio de otro procedimiento de adjudicación de contrato vinculado, total o parcialmente, al procedimiento anterior. Dicha nueva notificación confirmará que la presunta infracción se ha corregido o incluirá una respuesta motivada que explique por qué no se ha realizado corrección alguna.

La Comisión Europea, en su decisiva misión de garante del funcionamiento y desarrollo del mercado interior, si considera que un Estado ha faltado a una obligación que le incumbe en virtud del Derecho comunitario, puede iniciar el procedimiento de incumplimiento tal y como prevé el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷⁶:

⁷⁶ Versión consolidada publicada en el Diario Oficial n° C 83 de 30 de marzo de 2010.

Se trataba del antiguo artículo 226 del Tratado de la Comunidad Europea.

El artículo 259 del Tratado de Funcionamiento de la UE también permite que cualquier Estado miembro recurra ante el Tribunal de Justicia contra otro Estado miembro si considera que éste ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado.

Sin embargo, los Estados se muestran muy reticentes a hacer uso de este procedimiento, que hasta ahora sólo ha dado lugar a una Sentencia del Tribunal de Justicia (de 4 de octubre de 1979, Asunto 141/78, Francia contra Reino Unido).

Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto⁷⁷, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia.

Por consiguiente, la Comisión sólo podrá interponer un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia si el Estado miembro de que se trata no se ha atendido al dictamen motivado en el plazo que la Comisión le haya señalado para ello.

El procedimiento del recurso de incumplimiento confiere al Tribunal de Justicia el poder de decidir, en último extremo, si un Estado miembro ha faltado a una de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario. Por lo tanto, las acciones ejercidas sobre la base del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la UE tienen una naturaleza puramente declarativa.

El recurso por incumplimiento ha sido utilizado por la Comisión como vía para hacer cumplir la normativa comunitaria en la adjudicación de contratos públicos. Así, por ejemplo, la Comisión ha interpuesto recursos por incumplimiento contra los Estados miembros en casos como los siguientes: contra Italia, por haber adjudicado el Ayuntamiento de Milán un contrato relativo a la construcción de una instalación de reciclado de residuos sólidos urbanos, omitiendo la publicación de un anuncio del contrato en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*⁷⁸; contra Irlanda, por permitir la inclusión, en la oferta de licitación de un contrato de obras públicas relativo al abastecimiento de agua del distrito de Dundalk, de una cláusula en la que se establece que las conducciones que se utilicen deben haber obtenido un certificado de conformidad con una norma irlandesa⁷⁹; contra Portugal, debido a que el anuncio de licitación publicado por la empresa "Aeroportos e Navegação Aérea" y relativo al suministro y a la instalación de una central telefónica en el aeropuerto de Lisboa, debía haber sido publicado en el *DOCE*, de acuerdo con lo dispuesto por la Directiva 77/62/CEE⁸⁰; y

⁷⁷ Según la jurisprudencia del Tribunal, dado que el dictamen motivado, así como todo el procedimiento previo en el marco del recurso por incumplimiento, está destinado a resolver la controversia amigablemente, es necesario que el Estado miembro tenga ocasión de justificar su postura y, en su caso, de rectificar su actitud (Sentencia de 18 de marzo de 1986, Comisión contra Bélgica, Asunto 85/85). Por esta razón, el dictamen debe contener una exposición coherente y detallada de las razones que han llevado a la Comisión a la convicción de que el Estado interesado ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado (Sentencia de 28 de marzo de 1985, Comisión contra Italia, Asunto 274/83, F.J. 21).

⁷⁸ Sentencia de 10 de marzo de 1987 (Asunto 199/85), que condenó a Italia por el incumplimiento de la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

⁷⁹ Sentencia de 22 de septiembre de 1988 (Asunto 45/87), que condenó a Irlanda por este motivo.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1991 (Asunto C-247/89), que desestimó finalmente el recurso de la Comisión por considerar que la citada empresa ("Aeroportos"), en su condición de organismo que gestiona servicios de transporte, no estaba incluida, en la fecha de

contra España, al haber decidido el Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid adjudicar por contratación directa las obras que tenían por objeto las obras de ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social⁸¹ o por no someterse al conjunto de las disposiciones de las directivas sobre el contrato de obras con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.⁸²

Según reiterada jurisprudencia europea, en el marco del ejercicio de las competencias que le otorga el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la UE (antiguo artículo 226 TCE), la Comisión no necesita demostrar la existencia de un interés específico en ejercitar la acción. En efecto, dicha disposición no se propone proteger los derechos propios de la Comisión. Ésta tiene por misión, en aras del interés general comunitario, velar de oficio por que los Estados miembros apliquen el Tratado CE y las disposiciones adoptadas por las instituciones con arreglo a éste e instar la declaración de la existencia de posibles incumplimientos de las obligaciones que derivan de dicha normativa, con vistas a poner fin a éstos (sentencias de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia, 167/73, Rec. p. 359, apartado 15; de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania, C-431/92, Rec. p. I-2189, apartado 21, y de 5 de noviembre 2002, Comisión/Alemania, C-476/98, Rec. p. I-0000, apartado 38).

Dada su función de guardiana del Tratado, la Comisión es la única competente para decidir si es oportuno iniciar un procedimiento de declaración de incumplimiento, y debido a qué actuación u omisión imputable al Estado miembro afectado debe promoverse dicho procedimiento. Puede, por consiguiente, solicitar al TJUE que declare un incumplimiento que consista en no haber alcanzado, en un caso determinado, el resultado pretendido por una directiva (sentencias de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania, antes citada, apartado 22, y de 5 de noviembre 2002, Comisión/Bélgica, C-471/98, Rec. p. I-0000, apartado 39).

En la Sentencia del TJUE, Tribunal General (Sala Quinta), de 20 de mayo de 2010, asunto T-258/06, República Federal de Alemania contra Comisión, el Tribunal recuerda que resulta perfectamente posible que la Comisión inicie un procedimiento por incumplimiento, en aplicación del artículo 226 CE, contra un Estado miembro si éste no respeta las obligaciones que se derivan de las normas y principios del Tratado CE para las entidades adjudicadoras de los Estados miembros en la adjudicación de contratos públicos.

En consecuencia, para el TJUE, el mero hecho de que el punto 1.3. de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en

licitación de que se trata (1987), en el ámbito de aplicación de la Directiva 77/62/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro.

⁸¹ Sentencia de 18 de marzo de 1992 (Asunto C-24/91), que condenó a España por incumplir las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

⁸² STJUE de 16 de octubre de 2003, asunto C-283/00, Comisión contra España.

la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública⁸³ se refiera a la posibilidad de incoar tal procedimiento no demuestra en absoluto, en contra de lo que alega la República Federal de Alemania, que dicha Comunicación cree obligaciones nuevas a cargo de los Estados miembros en la adjudicación de contratos públicos y que, por ello, sea un acto que produzca efectos jurídicos vinculantes.

Si bien es cierto para el Tribunal que ese punto de la Comunicación puede revelar a un Estado miembro que corre un riesgo real de tener que enfrentarse a un procedimiento por incumplimiento en caso de que incumpla sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario originario y recordadas en la Comunicación, ello constituye una mera consecuencia de hecho y no un efecto jurídico vinculante⁸⁴.

Entiende así el TJUE que:

“La alegación formulada por la República Federal de Alemania es tanto más inoperante cuanto que la incoación de un procedimiento por incumplimiento en virtud del artículo 226 CE no constituye un acto que tenga un efecto vinculante u obligatorio. En el marco de dicho procedimiento, la fase anterior al recurso ante el Tribunal de Justicia es una fase administrativa previa destinada a instar al Estado miembro a cumplir sus obligaciones y la Comisión manifiesta su postura mediante dictamen sólo después de haber permitido que el Estado miembro presente sus observaciones. Tal fase previa no comporta, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ningún acto de la Comisión de carácter obligatorio (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 1966, Lütticke y otros/Comisión, 48/65, Rec. p. 27 y 39).

Además, según el sistema de los artículos 226 CE a 228 CE, la determinación de los derechos y de las obligaciones de los Estados miembros, así como el enjuiciamiento de su comportamiento sólo pueden resultar de una sentencia del Tribunal de Justicia (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de mayo de 1981, Essevi y Salengo, 142/80 y 143/80, Rec. p. 1413, apartados 15 y 16, y de 29 de septiembre de 1998, Comisión/Alemania, C-191/95, Rec. p. I-5449, apartado 45). De ello se deduce que, en contra de la alegación de la República Federal de Alemania, sólo una sentencia del Tribunal de Justicia puede tener un efecto vinculante en la materia.

En consecuencia, debe desestimarse la alegación de la República Federal de Alemania y de las partes coadyuvantes, basada en el efecto vinculante que resulta de incoar un procedimiento por incumplimiento en caso de que no se respete el procedimiento previsto por la Comunicación” (apartados 152 a 154 de la citada sentencia de 20 de mayo de 2010).

⁸³ Comunicación 2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006.

⁸⁴ Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 19, y de 1 de diciembre de 2005, Italia/Comisión, C-301/03, Rec. p. I-10217, apartado 30.

4. La adopción de medidas cautelares por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Una de las cuestiones más importantes que se plantea en relación con los recursos interpuestos por posibles violaciones del Derecho comunitario en el desarrollo de procedimientos de adjudicación de contratos públicos es la de la justicia cautelar. En muchas ocasiones, la adopción de una medida cautelar por el Tribunal ante el que se interponga el recurso constituye la única vía para que el posible reconocimiento posterior del derecho del particular no pierda todo su sentido.

En el ámbito de los contratos públicos, el TJUE ha declarado que "el incumplimiento de una Directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria", y que la declaración posterior de un incumplimiento por el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 169 del Tratado, con frecuencia después de la ejecución del contrato, "no podrá eliminar el perjuicio sufrido por el ordenamiento jurídico comunitario y por todos los licitadores excluidos o privados de la posibilidad de participar adecuadamente, respetándose el principio de igualdad de trato" (Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1994, en el Asunto Comisión contra Bélgica).

La Comisión, en su condición de guardiana de los Tratados, está facultada pues para incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de adjudicación de un contrato público.

Pues bien, la admisibilidad de la demanda dirigida a obtener medidas provisionales en este ámbito fue afirmada por primera vez en el curso del asunto Comisión contra Irlanda (En dos Autos emitidos el 16 de febrero y el 13 de marzo de 1987).

El citado contencioso había surgido como consecuencia de la posible violación por parte de Irlanda del artículo 30 del Tratado CEE (el actual artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la UE), al haber insertado en el anuncio de licitación relativo a un contrato de obras una cláusula que podía suponer una discriminación entre los productos irlandeses y los de los demás Estados miembros de la Comunidad. La Sentencia que resolvió la cuestión sobre el fondo del asunto declaró que, en efecto, Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado CEE, al introducir dicha cláusula en el anuncio de licitación de un contrato de obras (Sentencia de 22 de septiembre de 1988).

En su Auto sobre la suspensión solicitada, el Tribunal de Justicia, pese a reconocer el correcto fundamento de la pretensión de la Comisión (es decir, tras comprobar que se habían acreditado tanto la urgencia como el "fumus boni iuris"), rechazó, sin embargo, la demanda de suspensión de la adjudicación del contrato, aceptando el argumento irlandés de que la ejecución del contrato afectaba a la salud pública (la obra a realizar consistía en una red de abastecimiento de agua).

En efecto, el Tribunal ponderó los intereses en juego⁸⁵ para concluir afirmando que

En este caso, tanto el objetivo del contrato público controvertido, a saber, garantizar para 1990 a más tardar el abastecimiento de agua a los habitantes de la región de Dundalk, como la agravación de los riesgos existentes para la salud y la seguridad de dichos habitantes, que se produciría en caso de demora en la adjudicación del contrato público en litigio, llevan a considerar que, en el caso de autos, el equilibrio de los intereses en presencia se inclina a favor de la parte demandada.

Sin embargo, el Tribunal quiso matizar que

(...) esta apreciación podría ser muy distinta en relación con los contratos públicos de obras que persigan otros objetivos y para los que una demora en la adjudicación no implique tales riesgos para la salud y la seguridad de una población (Auto de 13 de marzo de 1987).

La resolución del Tribunal, no obstante ser contraria a la solicitud de la Comisión, tuvo una importante consecuencia: alertar a los operadores jurídicos interesados en la materia de los contratos públicos sobre el poder de la Comisión para asegurar el respeto del Derecho comunitario.

La ocasión para utilizar de nuevo este mecanismo de defensa del Derecho comunitario no tardó en presentarse. En efecto, poco tiempo después, la Comisión interpuso un recurso con el objeto de que se declarase que la República Italiana había incumplido sus obligaciones derivadas de la Directiva 71/305 sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al omitirse la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de la convocatoria para la adjudicación del contrato público de obras relativo al horno incinerador del "Consorzio per la costruzione e la gestione di un impianto per l'incenerimento e trasformazione dei rifiuti solidi urbani", con sede en el municipio de La Spezia.

Junto al recurso señalado, la Comisión formuló una demanda de medidas provisionales que pretendía, con carácter principal, que el Tribunal de Justicia ordenara a Italia que adoptara todas las medidas necesarias para suspender la adjudicación del contrato público de obras en cuestión hasta que el Tribunal dictara sentencia resolviendo el asunto principal. Subsidiariamente, la Comisión solicitó, para el supuesto de que la adjudicación se hubiera realizado mientras tanto, que el Tribunal de Justicia ordenara al Estado italiano que adoptara las medidas oportunas para anular o al menos mantener el "status quo" hasta que se pronunciara la sentencia definitiva.

⁸⁵ La evaluación de los intereses en juego es una condición exigida por el Tribunal de Justicia pese a que no se está contemplada normativamente.

En el Derecho español, el criterio aparece hoy recogido en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El Presidente del Tribunal de Justicia, inmediatamente después de que se presentaran los citados escritos de interposición del recurso y de solicitud de medidas cautelares, ordenó al Estado italiano, con carácter provisional, que adoptara todas las medidas necesarias para suspender la adjudicación del contrato público de obras.

El Auto se dictó el 27 de septiembre de 1988, pronunciándose favorablemente sobre la suspensión. En su parte dispositiva, el auto resuelve que:

La República Italiana tomará todas las medidas necesarias para suspender la adjudicación del contrato público de obras del "Consorzio per la costruzione e la gestione di un impianto per l'incenerimento e trasformazione dei rifiuti solidi urbani", con sede en el Municipio de la Spezia, hasta que se pronuncie la sentencia que pondrá fin al asunto principal.

Para llegar a esta solución, el Tribunal contrastó las alegaciones del Estado italiano, referidas todas ellas a la urgencia de los trabajos de reestructuración del horno incinerador y al estado de necesidad en que se encontraba el Consorzio cuando anunció la licitación, y las de la Comisión, que señalaban que el incumplimiento de la Directiva 71/305 constituía una grave lesión de la legalidad comunitaria y que una declaración de ilegalidad por el Tribunal de Justicia, obtenida conforme al artículo 169 del Tratado, no eliminaría el perjuicio sufrido por las empresas establecidas en otros Estados miembros que hayan quedado excluidas de participar en el contrato público.

Finalmente, el Tribunal, acogiendo estas últimas alegaciones de la Comisión, y plenamente consciente de las dificultades que atravesaba el Consorzio, concluyó señalando que la Comisión había demostrado la urgencia de las medidas provisionales solicitadas y que el balance de los intereses en juego se inclinaba definitivamente de su parte.

Por consiguiente, el Tribunal instó al Estado italiano a que adoptara todas las medidas necesarias para suspender la adjudicación del contrato público de obras en cuestión.

El auto del Tribunal de Justicia constituyó un importante éxito para la Comisión, que se vio aumentado si cabe por la inmediata reacción del Consorzio en el sentido de comenzar de nuevo el procedimiento de adjudicación del contrato público según las reglas previstas en la Directiva 71/305/CEE.

En otro asunto posterior, Comisión contra Bélgica (C-87/94 R), el Tribunal también decidió finalmente la adopción o no de las medidas provisionales solicitadas por la Comisión, tras ponderar los intereses en presencia⁸⁶.

⁸⁶ El recurso de la Comisión basaba el incumplimiento del Estado belga en que había permitido que la "Société régionale wallonne du transport" (SRWT) cometiese diversas irregularidades en la adjudicación de un contrato público de suministro de autobuses de transporte público (en tres años, se debían suministrar más de 300 vehículos). En efecto, la citada sociedad admitió modificaciones efectuadas en una de las ofertas con posterioridad a la apertura de éstas, no excluyó a un licitador que no respondía a los criterios de selección del pliego de condiciones y

En efecto, al perjuicio grave e irreparable invocado por la Comisión, el Estado belga opuso el argumento del lamentable estado del parque de autobuses, que incluía numerosos vehículos antiguos.

Pues bien, el Presidente del Tribunal de Justicia, tras corroborar documentalmente que el estado de los autobuses en cuestión comprometía efectivamente el imperativo de seguridad que debe regir toda actividad de servicio público (no sin poner de relieve la culpa de la Administración demandada en que se hubiese llegado a esa situación), desestimó la demanda de medidas provisionales "dadas las circunstancias del caso y habida cuenta de la gravedad del riesgo(...), para no contribuir también a la agravación del mismo".

Pero la problemática de la justicia cautelar se plantea con especial intensidad en el supuesto de que nos encontremos ante contratos ya adjudicados por el poder público. Pues bien, sobre esta cuestión se pronunció el TJCE en el marco de un recurso interpuesto por la Comisión, ex artículo 169 del Tratado CEE, cuya pretensión era que se declarase que Italia había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30, 52 y 59 del Tratado CEE y de los artículos 9 y 17 a 25 de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, al no haber dado publicidad a determinados contratos públicos y al reservar la participación en un contrato de concesión del sistema de automatización del juego de la lotería a las entidades, sociedades o consorcios, así como a los grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, fuera en su mayor parte público.

En el Auto de 31 de enero de 1992, el Presidente del Tribunal de Justicia, como medida cautelar, ordenó la suspensión del citado contrato público, que ya estaba adjudicado y en vías de ejecución. Para llegar a esta conclusión, el Presidente del Tribunal examinó si concurrían en el caso de autos los requisitos necesarios para acordar una medida cautelar.

Así, en primer lugar, declaró que concurría el "fumus boni iuris", sobre la base de que el propio Tribunal había declarado con anterioridad, en su Sentencia de 5 de diciembre de 1989, que, al reservar únicamente a las sociedades en que el Estado o el sector público tengan, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública, "la República italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52 y 59 del Tratado CEE y de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976" (F.J. 30).

Por lo que respecta al "periculum in mora", el auto acogió las alegaciones de la Comisión que señalaban la necesidad de la adopción de medidas provisionales, so pena en caso contrario de que cuando el Tribunal resolviese el litigio principal, el contrato estuviera ya ejecutado, con lo que la futura sentencia, si fuese favorable a la

seleccionó una oferta que tampoco respondía a los criterios del pliego.

Comisión, quedaría desprovista de toda eficacia.

En fin, en lo tocante a la ponderación de intereses, el Presidente del Tribunal apreció la prevalencia del interés de la Comisión, en su condición de garante de los Tratados, en impedir que se infrinjan las normas fundamentales de éstos, sobre el interés del Estado miembro en completar la rápida automatización del juego de la lotería.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó posteriormente sentencia resolviendo el litigio principal planteado y en ella declaró finalmente el incumplimiento por parte del Estado italiano de los artículos 52 y 59 del Tratado CEE y de los artículos 9 y 17 a 25 de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE, "al no haber publicado, a efectos de la Comunicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, en primer lugar, a principios de 1990, un anuncio indicativo relativo a la totalidad de los contratos públicos, por grupos de productos, cuyo importe estimado era igual o superior a 750000 ecus, y que el Ministero delle Finanze se proponía adjudicar durante ese mismo año y, en segundo lugar, en noviembre de 1990, un anuncio de licitación para la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería que reservaba la participación en dicha licitación a las entidades, sociedades, consorcios o grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, fuera en su mayor parte público" (Sentencia de 26 de abril de 1994, Comisión contra Italia).

De la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la urgencia de una demanda de medidas provisionales debe apreciarse en relación con la necesidad que haya de resolver provisionalmente a fin de evitar que la parte que solicita la medida provisional sufra un perjuicio grave e irreparable. Corresponde a esta última aportar la prueba de que no puede esperar a que se resuelva el procedimiento principal sin sufrir un perjuicio de dicha naturaleza⁸⁷.

En relación con los perjuicios de orden financiero que puedan invocar los licitadores, la jurisprudencia europea es clara al entender que tal perjuicio no puede, en principio, considerarse irreparable y ni siquiera difícilmente reparable, ya que puede ser objeto de una compensación económica posterior⁸⁸.

⁸⁷ Véase el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 20 de julio de 2000, Esedra/Comisión, T-169/00 R, Rec. p. II-2951, apartado 43, y la jurisprudencia que allí se cita.

⁸⁸ Por todos, véase el auto Esedra/Comisión, antes citado, apartado 44.

CAPÍTULO QUINTO.- EL AMPLIO ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

I.- La consecución de objetivos sociales a través de la contratación pública.

La política de contratación pública es uno de los componentes de la política del mercado interior, de ahí que las Directivas europeas en la materia estén destinadas a garantizar la libre circulación de mercancías y la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública. Pero la política del mercado interior puede compaginarse con la consecución de otros objetivos fundamentales de la Unión Europea y de los Estados miembros, como son los de la política social⁸⁹.

Como destaca GIMENO FELIÚ⁹⁰, si bien es cierto que la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, también lo está, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales y medioambientales (configurados como políticas propias en el Tratado). La Comunidad no sólo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria.

La política social ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo de la potencia económica de Europa, merced a la implantación de un modelo social único en su género. Progreso económico y cohesión social, unidos a un elevado grado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, son los pilares complementarios del desarrollo sostenible y forman el núcleo del proceso de integración europea. Incrementar el nivel de vida, promover un elevado nivel de empleo y protección social, mejorar las condiciones de vida y de trabajo y desarrollar la calidad de vida figuran entre los objetivos de la Unión Europea⁹¹.

El artículo 2 del Tratado CE establece que la Comunidad tendrá por misión promover “un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, ..., la elevación del nivel y de la calidad de vida”. Para alcanzar los anteriores fines, la acción de la Comunidad implicará el fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo; y la política en el ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo (artículo 3, apartados i y j TCE). Por su parte, el artículo 127 TCE (antiguo artículo 109 P) establece la obligación “al formular y aplicar las políticas y medidas comunitarias deberá tenerse en cuenta el objetivo de un alto nivel de

⁸⁹ Véase al respecto la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, COM(2001) 566 final.

⁹⁰ GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006, p. 47.

⁹¹ Comunicación de la Comisión titulada «Promover las normas fundamentales del trabajo y mejorar la gobernanza social en el contexto de la mundialización», COM(2001) 416 de 18.7.2001.

empleo”.

El Tratado de Amsterdam ha consagrado entre las prioridades de la Unión Europea la eliminación de las desigualdades y la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las políticas y las actividades de la Unión. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en Niza, reafirma el objetivo de la UE de integrar plenamente los derechos fundamentales en todas sus políticas y medidas.

Pues bien, hasta la aprobación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, las Directivas sobre contratos públicos no contemplaban expresamente la posibilidad de que se persigan objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público⁹².

Tanto la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre “la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos” (COM(2001) 566 final) como la Comunicación de la Comisión “Los contratos públicos en la Unión Europea”, adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998 (COM(98), 143), pretendieron clarificar el abanico de posibilidades que ofrecía el marco jurídico comunitario anteriormente vigente para integrar aspectos sociales en los contratos públicos. Y concluyeron que es ante todo en la fase de ejecución, es decir una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del contrato que sean compatibles con el Derecho comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas en favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, hay que destacar que en la sentencia *Beentjes* (sentencia de 21.9.1988, en el asunto 31/87), al analizar la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, el Tribunal se pronunció sobre la exclusión de un licitador por no poder emplear a trabajadores en paro prolongado. A este respecto declaró, en primer lugar, «que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva (ap. 28). No obstante, el Tribunal de Justicia consideró que el requisito era incompatible con la Directiva 71/305. En efecto, continuó indicando que «resulta [...] de la sentencia de 9 de julio de 1987 [CEI y Bellini, Asuntos acumulados 27/86 a 29/86, Rec. p. 3347.] [que], para que sea compatible con la Directiva, tal condición debe respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en lo relativo al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios»⁹³. Además, según el Tribunal de Justicia, «aun en el caso de

⁹² GOSALBEZ PEQUEÑO, HUMBERTO, “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, nº 20 (2003), págs. 30 y ss.

⁹³ Sentencia *Beentjes*, antes citada, apartado 29.

que los criterios anteriormente mencionados no sean en sí mismos incompatibles con la Directiva, deberán aplicarse respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene»⁹⁴.

Posteriormente, en la sentencia *Evans Medical y Macfarlan Smith*⁹⁵, remitiéndose a la sentencia *Beentjes*, el Tribunal de Justicia declaró que «la elección de la oferta más ventajosa económicamente atribuye a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente». De ello dedujo que «la seguridad del abastecimiento puede formar parte de los criterios que deben tenerse en cuenta con arreglo al artículo 25 de la Directiva [77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988 para determinar la oferta más ventajosa económicamente [...]».

Además de estas dos sentencias, debe tenerse en cuenta el análisis que se efectúa en la sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Francia*⁹⁶. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«Debe recordarse que, de conformidad con el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37, los criterios en que ha de basarse la entidad adjudicadora para la adjudicación de los contratos son bien únicamente el precio más bajo, bien, en el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que varían en función del contrato, como el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico.

No obstante, esta disposición no excluye toda posibilidad de que las entidades adjudicadoras utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios.

Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene (véase, en este sentido, la sentencia *Beentjes*, antes citada, apartado 31, por lo que respecta a la Directiva 71/305). Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación, para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición»⁹⁷.

⁹⁴ Sentencia *Beentjes*, antes citada, apartado 31.

⁹⁵ Sentencia de 28 de marzo de 1995, C-324/93, Rec. p. I-563.

⁹⁶ C-225/98, Rec. p. I-7445.

⁹⁷ Sentencia *Comisión/Francia*, antes citada, apartados 49 a 51.

Aunque dichas sentencias versan sobre las Directivas en materia de contratos públicos de obras (sentencias Beentjes y Comisión/Francia, antes citadas) y de suministros (sentencia Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citada), el razonamiento que en ellas efectúa el Tribunal de Justicia resulta de aplicación, indiscutiblemente, a las Directivas en materia de contratos públicos de servicios⁹⁸.

Incorporando esta doctrina jurisprudencial, la Directiva 2004/18/CE sobre contratos del sector público sí recoge expresamente la posibilidad de utilizar cláusulas sociales en la contratación. Ya en su exposición de motivos reconoce en su apartado 46 que “a fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos (...), podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades –definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato”. Por su parte, en el apartado 25 de la exposición de motivos se señala que “en la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios audiovisuales en el ámbito de la radiodifusión deben tenerse en cuenta consideraciones de importancia cultural y social, debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos”.

Sin embargo, en el artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CE se incluyen como posibles criterios de adjudicación los medioambientales y no los sociales, que quedan pues sólo contemplados en el considerando. De forma acertada, el artículo 134 de la Ley de Contratos del Sector Público española sí recoge expresamente ambos tipos de criterios.

Pero la inclusión de las cláusulas sociales como criterios de adjudicación no está exenta de problemática. El Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo, en relación con los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso, dispuso en su artículo 2 la inclusión, entre los criterios objetivos de adjudicación y atendiendo a las características de cada contrato, de uno o varios criterios de naturaleza social destinados a crear empleo estable, estableciendo en el apartado 2 la posible excepción de su aplicación, mediante resolución motivada y previo informe favorable a la Dirección General de Trabajo, cuando el objeto del contrato pueda ser ejecutado por personas físicas sin trabajadores a su cargo o cuando en atención a las especiales circunstancias que concurran en un contrato resulte imposible su valoración.

⁹⁸ Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. J. Mischo en el asunto C-513/99, presentadas en audiencia pública del Tribunal de Justicia en Pleno el 13 de diciembre de 2001.

La aplicación de los criterios sociales fue objeto de observaciones por la Comisión Europea, que solicitó información el 21 de diciembre de 1998 sobre los criterios utilizados en la adjudicación de diversos contratos de la Comunidad de Madrid, y emitió un dictamen motivado de 8 de febrero de 2002, complementado por otro dictamen de 19 de febrero de 2003. Finalmente, ante el desarrollo del procedimiento⁹⁹, la Comunidad de Madrid, por medio del Decreto 128/2005, de 15 diciembre, derogó parcialmente el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, en lo relativo a la inclusión entre los criterios de adjudicación de criterios objetivos relativos al empleo. Asimismo, se derogó el apartado d) del artículo 8 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, relativo a la inclusión de criterios de calidad y estabilidad en el empleo en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

Va a ser en el artículo 26 de la Directiva, referido a las condiciones de ejecución del contrato, donde se recoja la mejor posibilidad de integrar estas condiciones sociales en la contratación pública: “Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”.

La cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato y que se refiere a la ejecución de este último. En consecuencia, basta en principio con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir ese requisito en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada¹⁰⁰. En cambio, no puede exigirse que se cumplan esas condiciones a efectos de la presentación de la oferta.

Los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social. A modo de ejemplo, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de

⁹⁹ La Dirección General de Política Regional de la Comisión Europea requirió a la Comunidad de Madrid para que, en relación con proyectos cofinanciados con fondos comunitarios, verificase los procedimientos de adjudicación de mercados públicos que pudieran estar afectados a proyectos de gastos certificados y comunicar las actuaciones seguidas.

¹⁰⁰ De la jurisprudencia del Tribunal en su sentencia de 22.6.1992, asunto C-243/89, «Storebaelt», se desprende que los poderes adjudicadores están obligados a rechazar las ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones, pues de lo contrario violarían el principio de igualdad de trato de los licitadores, en el que se fundamentan las Directivas sobre contratos públicos.

contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos (COM(2001) 566 final) señala algunas de las condiciones particulares adicionales que, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados, podrían imponer al titular del contrato, atendiendo a objetivos de carácter social:

-la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación;

-la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres¹⁰¹ o la diversidad racial o étnica;

-la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;

-la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo.

A estos criterios sociales podrían añadirse otros como las medidas que fomenten la estabilidad en el empleo¹⁰² y las medidas tendentes a la seguridad y salud en el ámbito laboral¹⁰³.

En relación con el empleo de personas con discapacidad, la Ley española de Contratos del Sector Público lo recoge como criterio de desempate de carácter potestativo.

El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Pues bien, la Directiva 2004/18/CE prevé en su artículo 19 que los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

Por último, señalar que siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario, todas las normas nacionales vigentes en el ámbito social, incluidas

¹⁰¹ A favor de la utilización de un criterio de discriminación positiva a favor de la mujer en la contratación pública se pronuncia TOBLER, C., "Encore: women's clauses in public procurement under Community Law", *European Law Review* nº 6 (2000), págs. 618 y ss.

¹⁰² Véase el Dictamen 1/2003, de 20 de marzo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana.

¹⁰³ En su Recomendación de 17 de diciembre de 2002, la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia propone la inclusión de cláusulas por las cuales el órgano de contratación se reserve la potestad de exigir al contratista cuanta documentación y datos estime oportunos sobre el personal contratado y que preste sus servicios en centros y dependencias de aquél, para garantizar la adecuación a la normativa vigente especialmente en materia de prevención de riesgos laborales.

aquellas que incorporan al ordenamiento jurídico interno la reglamentación social comunitaria, son vinculantes para los poderes adjudicadores. Entre dichas normas se incluyen, en particular, las disposiciones relativas a los derechos de los trabajadores y a las condiciones de trabajo.

Se ha acuñado también el concepto de compra pública sostenible para hacer referencia a la integración de aspectos sociales, éticos y ambientales en los procesos y fases de la contratación pública. Su contenido aúna diferentes concepciones de la contratación pública responsable como son la compra ética, la compra verde o la compra social, puesto que recoge sus características, fundamentos y objetivos¹⁰⁴. La compra social tiene en cuenta aspectos como la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la contratación de empresas de inserción y centros especiales de empleo.

Al referirse a la compra pública social, la profesora MEDINA ARNÁIZ pone el acento en la incorporación a los contratos públicos de objetivos de política sociolaboral frente a aquellos otros supuestos en los cuales los elementos a valorar tienen más que ver con el cumplimiento de estándares éticos establecidos en las convenciones internacionales sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos, derechos de los trabajadores o lucha contra el trabajo infantil, y que son exclusivos del concepto de compra ética¹⁰⁵.

II.- La protección del medio ambiente a través de los contratos públicos. La importante sentencia Concordia Bus Finland.

Las directivas europeas de contratación pública no han recogido referencia explícita alguna a la protección del medio ambiente hasta la aprobación de los vigentes textos de 2004, en un contexto de notable preocupación ambiental y avanzada legislación protectora en la Unión Europea.

Pero este hecho no nos debe sorprender. La responsabilidad comunitaria sobre la política ambiental no estaba prevista en los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas de 1957. Aunque la falta de un título competencial no impidió a las instituciones comunitarias desarrollar una política medioambiental, invocando a tal efecto como títulos habilitadores los artículos 100 y 235 del Tratado, junto a los poderes externos de la Comunidad (ampliación competencial avalada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -por ejemplo, SSTJCE de 18 de marzo de

¹⁰⁴ Véase la “Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales”, Fundación Centro de Recursos Ambientales de Navarra, Pamplona, 2008, p. 8. También disponible en Internet en la dirección www.comprapublicaetica.org (fecha de consulta 17 de febrero de 2010).

¹⁰⁵ MEDINA ARNÁIZ, T., “La incorporación de cláusulas sociales a la Ley de Contratos del Sector Público”, en el libro colectivo sobre la Ley de Contratos del Sector Público dirigido por MESTRE DELGADO, editorial Iustel, en prensa. También de la misma autora puede verse el excelente trabajo “Social considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, en prensa.

1980 y de 2 de febrero de 1982-), la preocupación normativa comunitaria por el medio ambiente no empieza a manifestarse efectivamente sino hasta los años 70, principalmente a partir de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de París de 1972 y la posterior aprobación de los Programas de Medio Ambiente (el primero de estos Programas fue aprobado por el Consejo el 22 de noviembre de 1972).

Sin embargo, a nivel de Derecho originario, será el Acta Única Europea de 1986 la que introduzca las primeras referencias específicas sobre el medio ambiente, bases jurídicas de actuación en materia ambiental que reforzará posteriormente el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992. El Tratado de Amsterdam de 1997 consolidó el principio de integración de las exigencias medioambientales en otras políticas, reconociendo que dicho principio es fundamental para un desarrollo sostenible. Según el artículo 6 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, “las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

En el Sexto programa de acción en materia de medio ambiente, que abarca el periodo 2001 - 2010¹⁰⁶, se destaca que la contratación pública ofrece un potencial considerable para introducir en el mercado la dimensión medioambiental si los poderes adjudicadores utilizan el rendimiento ecológico como criterio de adjudicación.

El desarrollo sostenible exige que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable¹⁰⁷. Esto, aplicado a la contratación pública, significa que la legislación en la materia debería tener en consideración, junto a su finalidad económica primordial, las preocupaciones medioambientales.

La Comisión ha reconocido en su Comunicación sobre el mercado único y el medio ambiente¹⁰⁸ que la creciente apertura de los mercados presenta sinergias cada vez mayores con los desafíos medioambientales y la conciencia ecológica, aunque haya inevitablemente tensiones entre el funcionamiento del mercado interior y la política medioambiental. Por tanto, la Comunidad debe buscar un enfoque coherente con la consecución de los objetivos del Tratado en materia de mercado interior y de medio ambiente, que respete asimismo sus obligaciones internacionales.

Los conocimientos científicos sobre los orígenes y las consecuencias de la contaminación han aumentado, así como la concienciación de la gente, suscitando desde hace algunas décadas un creciente interés por la lucha contra la contaminación y el desarrollo sostenible. Cada vez son más numerosos los consumidores de la Unión

¹⁰⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente 'Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos' - adoptado por la Comisión el 24.01.2001 - COM (2001) 31 final.

¹⁰⁷ Comunicación de la Comisión sobre “Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible”. Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo. COM(2001)264 final, adoptada el 15 de mayo de 2001.

¹⁰⁸ Adoptada por la Comisión el 08.06.1999; COM(1999) 263 final, p. 4.

Europea, públicos y privados, que compran productos y servicios respetuosos con el medio ambiente. Pues bien, los poderes adjudicadores y demás entidades contempladas en las directivas de contratación pública forman un importante grupo de consumidores. Con sus adquisiciones, que representan cerca del 16% del PIB de la Unión, pueden contribuir decisivamente al desarrollo sostenible.

Aunque la Comisión señaló algunas posibilidades compatibilizar los aspectos medioambientales con la legislación comunitaria de contratación pública en unas Comunicaciones de 1998¹⁰⁹ y 2001¹¹⁰, fue a través de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública (COM(2001) 274 final) cuando ofreció a los poderes adjudicadores un estudio completo que aclaraba las posibilidades que ofrecía el régimen de contratación pública para una óptima integración de la protección del medio ambiente en los contratos públicos. El documento seguía las diferentes fases del procedimiento de adjudicación y estudiaba en cada una de ellas las modalidades de integración de los aspectos medioambientales. A la conclusión que llegaba es que las principales posibilidades de contratación “ecológica” se dan al comienzo del proceso de licitación, señaladamente, cuando se toma la decisión sobre el objeto del contrato.

Las propias directivas de contratación pública de los años 90 ofrecían diferentes posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en los contratos públicos, sobre todo en el momento de determinar las especificaciones técnicas y los criterios de selección y adjudicación del contrato. Además, los poderes adjudicadores podían imponer otras condiciones específicas que fuesen compatibles con los preceptos del Tratado.

Pero el panorama ha cambiado sustancialmente con la aprobación de las nuevas Directivas de contratación de 2004.

En este sentido, resulta muy significativo el Considerando 5 de la Directiva 2004/18/CE, cuando subraya que “la presente Directiva clarifica de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio”.

La Directiva 2004/18/CE sobre contratos del sector público sí recoge expresamente la posibilidad de utilizar cláusulas medioambientales en la contratación. En su artículo 53, que establece los criterios de adjudicación de los contratos públicos, señala que los poderes adjudicadores se basarán para adjudicar los contratos públicos en distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, (...) las características medioambientales”.

La jurisprudencia del máximo intérprete del Derecho comunitario también había

¹⁰⁹ Comunicación de la Comisión “Los contratos públicos en la Unión Europea”, adoptada el 11 de marzo de 1998, COM(1998) 143 final.

¹¹⁰ Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en estos contratos, COM (2001) 566 final.

avalado la posibilidad de utilización de consideraciones ambientales en la contratación pública (sentencias Beentjes, Comisión/Francia y Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citadas). Aunque referidas a cláusulas sociales, el razonamiento que en ellas efectúa el Tribunal de Justicia –y que ha sido objeto de análisis en el anterior apartado de este trabajo– resulta de aplicación, indiscutiblemente, a las cláusulas medioambientales. En efecto, el punto común de las sentencias Beentjes y Comisión/Francia radica en que el Tribunal de Justicia reconoció en ellas que era lícito englobar un criterio de interés general entre los criterios de adjudicación de un contrato público. En la sentencia Beentjes se trataba de una obligación del licitador de contratar a trabajadores en paro prolongado, mientras que, en la sentencia Comisión/Francia se examinó una condición relacionada con una acción local de lucha contra el desempleo. Pues bien, no cabe duda de que la protección del medio ambiente es asimismo un criterio de interés general¹¹¹. Basta referirse, a este respecto, al citado artículo 6 CE. Ahora bien, ello no quiere decir que la utilización de estos criterios sea ilimitada. De las sentencias Beentjes y Comisión/Francia, se deducen dos límites: el criterio debe observar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación; y la aplicación del criterio debe tener lugar respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva pertinente y, especialmente, las normas sobre publicidad que contiene (el criterio de adjudicación ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación, para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición).

Pero el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse directamente acerca de si una entidad adjudicadora puede, y en su caso, en qué condiciones, tomar en consideración criterios de carácter ecológico para la determinación de la oferta económica más ventajosa. Más concretamente, en el apartado 55 de la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Rec. p. I-7213)¹¹², el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia admitió que cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación (sentencia Concordia Bus Finland, antes citada, apartado 69)¹¹³.

¹¹¹ Conclusiones del Abogado General Sr. J. Mischo en el asunto C-513/99, presentadas en audiencia pública del Tribunal de Justicia en Pleno el 13 de diciembre de 2001.

¹¹² Realiza un comentario de esta sentencia, MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L., “Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 18 (2003), págs. 34 y ss.

¹¹³ La problemática se le planteó al Tribunal en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús. La entidad adjudicadora (Ayuntamiento de Helsinki) tuvo en cuenta y valoró en el procedimiento de adjudicación del

A una conclusión similar llegó el Tribunal en un asunto posterior (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH, contra Austria), en el que se le planteó la compatibilidad con la normativa comunitaria en materia de contratación pública de que una entidad adjudicadora estableciera, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables. El TJCE entendió que sí era conforme al Derecho comunitario incluir un criterio de esa naturaleza, siempre que esté relacionado con el objeto del contrato, no confiera a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencione expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.

Para el TJCE:

“(…)la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir (sentencia de 13 de marzo de 2001, Preussen Elektra, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 73).

Además, como se desprende en particular de su decimotercero considerando y de sus artículos 1 y 3, precisamente desde esa perspectiva, la Directiva 2001/77 persigue la finalidad de favorecer, utilizando la pujanza de las fuerzas del mercado, un aumento de la contribución de las fuentes de energía renovables a la generación de electricidad en el mercado interior, objetivo que, según su segundo considerando, es prioritario para la Comunidad.

Por lo tanto, habida cuenta de la importancia del objetivo que persigue el criterio controvertido en el procedimiento principal, no parece que el atribuir a dicho criterio un coeficiente de ponderación del 45 % obstaculice una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa.

En tales circunstancias, y a falta de elementos que permitan determinar la existencia de una infracción de las normas del Derecho comunitario, procede declarar que la atribución de un coeficiente de ponderación del 45 % al criterio de adjudicación controvertido en el procedimiento principal no es en sí misma incompatible con la normativa comunitaria en materia de contratación pública” (fundamentos jurídicos 40 a 43).

GIMENO FELIÚ y MARTÍNEZ PALLARÉS han destacado de esta jurisprudencia comunitaria la consideración de que el que la entidad contratante deba

contrato criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses.

identificar la oferta económicamente más ventajosa no significa que cada criterio deba tener una dimensión estrictamente económica en relación con ese contrato sino que puede consistir en una ventaja económicamente indirecta con el mismo pero directa con los fines públicos perseguidos con la Administración, siempre y cuando se respeten los principios fundamentales de derecho comunitario, en especial del principio de no discriminación, y al cumplimiento de las normas de procedimiento, en especial las referidas a la publicidad¹¹⁴.

En España, la Ley de Contratos señala una serie de criterios objetivos que el órgano de contratación puede utilizar para la adjudicación del contrato y contempla expresamente los criterios de carácter ambiental¹¹⁵.

En cualquier caso, los criterios se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya¹¹⁶. Asimismo, el órgano de

¹¹⁴ GIMENO FELIU, “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en AAVV (coordinación GIMENO FELIÚ), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier, Barcelona, 2004. Pág. 91; y MARTINEZ PALLARES, P. L., “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial, la inclusión de criterios medioambientales”, en AAVV, *Contratación de las Administraciones*, *op. cit.*, pág. 169.

¹¹⁵ Sobre los criterios a utilizar en los concursos y, en general, para un análisis de los procedimientos de adjudicación de los contratos, véase el excelente trabajo de GIMENO FELIÚ J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.

¹¹⁶ Véase el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 8/97, de 20 de marzo de 1997.

contratación podrá concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

La Directiva 2004/18/CE también contempla la posibilidad de utilizar consideraciones ambientales como condiciones de ejecución de un contrato. Estas condiciones serán compatibles con la Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

Por otra parte, en los casos oportunos en que la naturaleza de las obras y/o de los servicios justifique la aplicación de medidas o sistemas de gestión medioambiental en el momento de la ejecución del contrato público, podrá exigirse la aplicación de este tipo de medidas o sistemas. Los sistemas de gestión medioambiental, independientemente de su registro con arreglo a los instrumentos comunitarios, como el Reglamento (CE) nº 761/2001 (EMAS)¹¹⁷, podrán demostrar la capacidad técnica del operador económico para ejecutar el contrato.

El artículo 27 de la Directiva prevé asimismo que el poder adjudicador podrá señalar, o ser obligado por un Estado miembro a señalar, en el pliego de condiciones, el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones en materia de protección y a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro, la región o la localidad en que vayan a realizarse las prestaciones y que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

En relación con las especificaciones técnicas, la Directiva apoya la posibilidad de presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas. Para ello, propone que los poderes adjudicadores que deseen introducir necesidades medioambientales en las especificaciones técnicas de un contrato determinado podrán prescribir las características medioambientales, tales como un método de producción dado, y/o los efectos medioambientales específicos de grupos de productos o servicios. Podrán utilizar, aunque no están obligados a hacerlo, las especificaciones adecuadas definidas por las etiquetas ecológicas, como la etiqueta ecológica europea, la etiqueta ecológica (pluri)nacional o cualquier otra etiqueta ecológica, si las exigencias de la etiqueta se desarrollan y adoptan basándose en una información científica mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y si la etiqueta es accesible y está a disposición de todas las partes interesadas.

¹¹⁷ Reglamento (CE) nº 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) (DO L 114 de 24.4.2001, p. 1).

Las etiquetas ecológicas distinguen a los productos que son más respetuosos con el medio ambiente de otros similares del mismo grupo de productos. Se conceden de manera voluntaria a productos que reúnen una serie de condiciones y su finalidad es informar a los consumidores. El sistema europeo de etiqueta ecológica quedó constituido en virtud del Reglamento del Consejo (CEE) n° 880/92, de 23 de marzo de 1992, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica, DOCE L 99 de 11.04.1992. Dicho Reglamento fue derogado y sustituido por el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo n° 1980/2000 de 17 de julio de 2000, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica, DOCE L 237 de 21.09.2000¹¹⁸.

III.- Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

Las sentencias del TJUE sobre contratos públicos son muy numerosas. En estos fallos, el Tribunal Europeo aplica a la contratación los grandes principios y libertades del Tratado y decide sobre el cumplimiento de las distintas Directivas sobre contratación, a la vez que interpreta sus disposiciones.

Pues bien, entre la jurisprudencia de la Corte Europea vamos a analizar a continuación por su interés una sentencia del Tribunal de Primera Instancia¹¹⁹ de 17 de diciembre de 1998, que tiene su origen en la solicitud de indemnización del perjuicio supuestamente sufrido por una empresa como consecuencia del comportamiento culpable del Parlamento Europeo en el marco de la licitación relativa a un contrato de servicio de transporte.

El 22 de agosto de 1995 el Parlamento Europeo publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas un anuncio de contratación de un contrato de transporte de personas mediante vehículos con chofer, previsto para los parlamentarios europeos. El anuncio precisaba que el contrato adoptaría la forma de un contrato marco con una sociedad de prestación de servicios y que se ejecutaría sobre la base de órdenes de pedidos específicas para cada operación. El contrato se celebraría por un período de tres años, prorrogable dos veces por un período de un año. El lugar de entrega sería Bruselas y los prestadores de servicios deberían justificar un período de actividad mínimo de cinco años dentro del sector. Como criterios de adjudicación del contrato, el anuncio indicaba que se elegiría la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta los precios ofrecidos y el valor técnico de la licitación.

El 16 de octubre de 1995, la empresa demandante ante el TPI presentó su oferta. El 4 de diciembre de 1995, el Parlamento se puso en contacto con el Director General de la empresa, para anunciarle que la Comisión consultiva de compras y contratos había emitido ese mismo día un dictamen favorable sobre la propuesta de encomendar el contrato a su sociedad. El 12 de diciembre de 1995, la empresa dirigió

¹¹⁸ En el sitio Internet: <http://europa.eu.int/comm/environment/ecolabel/prodgr.htm> se relacionan los grupos de productos para los que existen etiquetas ecológicas o se encuentran en fase de creación o revisión.

¹¹⁹ El Tribunal de Primera Instancia (TPI) se creó en 1988 para descargar de ciertos asuntos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y contra sus sentencias cabe recurso ante el TJCE.

al Parlamento un escrito en el cual exponía las medidas que había adoptado para hacer frente a la situación de urgencia en que se encontraba el Parlamento. Precisaba que había celebrado contratos de arrendamiento financiero de coches y de abono de teléfonos móviles, había contratado a chóferes y regularizado la situación médico-social y fiscal de estos últimos. En el mismo escrito, la demandante contestaba a los rumores y conversaciones de pasillo que aludían a una supuesta falta de moralidad de sus dirigentes y/o de sus accionistas y ponían en tela de juicio la calidad de sus prestaciones de servicios.

A consecuencia de esos rumores, el responsable de Administración del Parlamento llamó a declarar a dos directivos de la empresa, quienes le convencieron que esas alegaciones carecían de todo fundamento (así lo hizo constar en un informe dirigido al Secretario General del Parlamento, en el que también señalaba que habida cuenta de la necesidad de organizar desde el punto de vista práctico el funcionamiento de los servicios por parte de la nueva sociedad, era preciso adoptar una decisión urgente: la Administración debía garantizar imperativamente, desde la reanudación de la actividad parlamentaria en enero de 1996, el transporte de los parlamentarios). No obstante, el Director General de Administración propuso finalmente el PE una prórroga por un mes del contrato que vinculaba a la sociedad que prestaba hasta entonces los servicios de transporte (empresa que había quedado segunda en el procedimiento de adjudicación del contrato). Esta prórroga fue ampliada después en varios meses. Ante esta situación, la demandante se dirigió en dos ocasiones al PE para mostrar su sorpresa por no haber recibido el contrato firmado.

Mediante carta certificada de 19 de junio de 1996, el Parlamento informó a la demandante de que la licitación objeto de litigio había sido anulada y de que se había abierto de nuevo el procedimiento. Dicha carta señalaba, en particular, que el Parlamento había estimado que ninguna de las licitaciones recibidas había sido considerada totalmente satisfactoria y que la Institución se había mostrado especialmente preocupada por ofrecer a los parlamentarios un servicio del más elevado nivel técnico, prestado por chóferes profesionales muy experimentados, lo cual no se desprendía con claridad meridiana de los documentos presentados por los licitadores. Se convocaría una nueva licitación, precisando de manera más explícita y detallada las exigencias del Parlamento.

A través de escrito de fecha 22 de julio de 1996, la demandante requirió al Parlamento para que o bien no anulase la licitación objeto de litigio y le adjudicase el contrato, o bien la indemnizase de manera satisfactoria. Esta solicitud fue rechazada por el Parlamento por lo que la empresa recurrió ante el TPI.

En su sentencia de 17 de diciembre de 1998, el Tribunal se planteó en primer lugar si existía responsabilidad del Parlamento derivada de un contrato público de servicios. En este sentido, la demandante entendía que se había celebrado legalmente un contrato entre las partes, y que el Parlamento renunció unilateralmente al mismo y se negó a cumplirlo en los términos y condiciones previstos. Para el Tribunal, la existencia de relaciones contractuales entre las partes supone que estas hayan formalizado un contrato por escrito. La adjudicación del contrato únicamente podía producirse con carácter definitivo mediante la firma del contrato marco por las dos

partes. Pues bien, dado que nunca se firmó el contrato marco, concluyó el TPI que en el presente caso no existía un contrato válido.

Descartada la responsabilidad contractual, había que plantearse entonces la posible existencia de responsabilidad extracontractual¹²⁰.

En cuanto al carácter ilegal del comportamiento imputado, el TPI entendió que no concurría en el presente asunto ya que el Parlamento Europeo no estaba obligado a finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato que había iniciado. En efecto, de acuerdo con el artículo 12 de la Directiva 92/50/CE, la entidad adjudicadora, en caso de anulación del procedimiento de adjudicación, está obligada simplemente a comunicar a los candidatos o licitadores que lo soliciten por escrito los motivos por los que haya decidido renunciar a la adjudicación de un contrato ofrecido. En el presente caso, como señaló el Tribunal, no se finalizó el procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de transporte, y la empresa demandante no ha probado que el Parlamento, al estimar que ninguna de las ofertas recibidas era totalmente satisfactoria, incurrió en un error grave y manifiesto.

Pero ante el Tribunal también se planteó el posible comportamiento ilícito del Parlamento durante el procedimiento de licitación, en la medida en que a la demandante se le hicieron albergar esperanzas en la obtención del contrato y se le incitó a disponer todo lo necesario para que resultase operativa desde principios de enero de 1996.

En relación con el principio de confianza legítima, la jurisprudencia del TJCE señala que el derecho a reclamarlo se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas, siendo preciso determinar si un operador prudente hubiera podido protegerse de los riesgos en que se incurran en un determinado supuesto y que los operadores económicos igualmente deben soportar los riesgos económicos inherentes a sus actividades, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso¹²¹.

Pues bien, en el caso de autos tanto el Parlamento Europeo como la empresa demandante creían que esta última cumpliría un contrato de prestación de servicios de transporte a partir del 1 de enero de 1996. Si bien no se había pedido expresamente a la empresa que realizase las inversiones necesarias para disponer de una infraestructura que le permitiese desarrollar el servicio, está claro, razona el Tribunal, dadas las circunstancias del caso, que, al hacerlo, actuó de manera razonable y realista con el fin de cumplir las exigencias del Parlamento. Por otro lado, el órgano de

¹²⁰ La responsabilidad de la Comunidad en virtud del párrafo segundo del artículo 288 del Tratado y de los principios generales del Derecho a los que se remite esta disposición exige la concurrencia de un conjunto de requisitos en lo relativo a la ilegalidad del comportamiento imputado a la Institución, la realidad del perjuicio, así como la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio que se alega.

¹²¹ Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 1987, asunto 265/85 y de 26 de junio de 1990, asunto C-152/88.

contratación debe respetar, en cada fase del procedimiento de adjudicación, no solamente el principio de igualdad de trato de los licitadores sino también el de transparencia. Así, una sociedad estrechamente implicada en un procedimiento de adjudicación y a la que se consideró incluso vencedora de la licitación, debe recibir, sin demora alguna, informaciones precisas referentes al desarrollo de todo el procedimiento. Sin embargo, la empresa no supo que no se le adjudicaría el contrato sino hasta 6 meses después. El Parlamento tendría, pues, que haber informado a la demandante de las razones por las que no se le encomendaría el contrato a partir del 1 de enero de 1996.

En definitiva, el Parlamento, por una parte, hizo que la demandante albergase una confianza legítima, al incitarle a asumir un riesgo superior al que corren normalmente los licitadores en un procedimiento de adjudicación y, por otra, no informó a la demandante del acaecimiento de un cambio significativo en el desarrollo del procedimiento de adjudicación. De ello dedujo el TPI que el Parlamento incurrió en una falta que debe generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Así, el Tribunal consideró que constituyen el perjuicio reparable los gastos y costes contraídos debido a la convicción de que se obtendría el contrato: gastos de contratación, de reconocimientos médicos, formación de los chóferes, preparación de la flota de vehículos, contrato de telefonía y aparcamiento. Además, estimó que procedía indemnizar a la demandante por el perjuicio moral sufrido (en total 5 millones de francos belgas -4'6 daños materiales y 0'4 daños morales-).

La sentencia se basa pues para reconocer la responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo en el principio de confianza legítima.

El TJUE, en su misión de garante del "respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado" (artículo 220 del Tratado de la Comunidad Europea –antiguo artículo 164-), formula con mucha frecuencia categorías generales que unas veces tienen el carácter de desarrollo de categorías ya contempladas normativamente, y otras, las más, implican una construcción "ex novo" ante el silencio normativo al respecto. Para el desarrollo de esta labor creativa, el Tribunal acude con normalidad a los Derechos de los distintos Estados miembros de la Comunidad.

En efecto, es doctrina reiterada por el máximo órgano judicial europeo la que señala que en el ejercicio de los poderes que les confieren las directivas comunitarias los Estados miembros deben respetar los principios generales del Derecho que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de junio de 2000, Schlosstrasse, C-396/98, Rec. p. I-4279, apartado 44, y de 26 de abril de 2005, «Goed Wonen», C-376/02, Rec. p. I-3445, apartado 32).

El TJUE ha ido configurando desde sus orígenes todo un conjunto de principios generales del Derecho, que han servido para interpretar el Derecho comunitario y para colmar las lagunas en él existentes. La formación de este conjunto de categorías generales y principios se ha producido, fundamentalmente, a través de la extensión, a todo el ámbito comunitario, de la remisión, prevista en el artículo 288 del Tratado de la Comunidad Europea (antiguo artículo 215) en relación con la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, a los "principios generales comunes a los Derechos

de los Estados miembros".

Desde el célebre caso *Algera* de 1957 (Sentencia de 12 de julio de 1957), el Tribunal de Justicia ha expresado su voluntad de acudir, para la resolución de los problemas que se le plantean, a "las reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros". Estas categorías o principios generales han jugado un papel decisivo en la consolidación del cuerpo de Derecho público comunitario destinado a regir la actividad de la Comunidad y están impulsando decisivamente el desarrollo de un verdadero Derecho público común europeo.

Entre los principios generales formulados por el Tribunal de Justicia es preciso destacar, en primer lugar, los derechos fundamentales de las personas. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal, que recuerda la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 14 de mayo de 1998, asunto T-348/94:

"los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza este Tribunal (véase, en particular, el dictamen del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996, 2/94, Rec., p. I-1759, apartado 33, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. p. I-2629, apartado 14), de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 presenta en este orden una singular relevancia. Por otra parte, a tenor del apartado 2 del artículo F del Tratado de la Unión Europea, la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario".

Junto a los derechos fundamentales, el Tribunal ha ido estableciendo toda una serie de principios generales cuyo respeto impone no sólo a las instituciones comunitarias sino también a todas las autoridades nacionales encargadas de aplicar e derecho comunitario. Entre estos principios hay que resaltar, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del TJCE, el principio de igualdad (como ha señalado el Alto Tribunal, las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones abiertas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado -sentencia de 12 de junio de 1997-), el de seguridad jurídica (que tiene por finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho comunitario -sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de febrero de 1998-), o el de proporcionalidad (que exige que los actos de las Instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos -sentencia de 5 de mayo de 1998, asunto 157/96, sobre la enfermedad denominada de las "vacas locas"-).

IV.- La doctrina del Tribunal sobre los contratos “in house providing”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una importante doctrina en relación con los denominados contratos “in house providing”, por medio de los cuales se encarga la prestación de una obra o servicio a un ente instrumental sin que se aplique la legislación contractual.

Los contratos “in house” son la excepción a la regla general de sometimiento a los procedimientos públicos de todo tipo de contratos celebrados por los poderes adjudicadores. Como declaró el TJCE en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121, apartados 49 a 51), para la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste, “sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece” (el subrayado es añadido).

No se aplicará pues lo dispuesto en el Derecho comunitario y nacional de la contratación pública en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece (sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GMBH).

El Tribunal de Justicia ha confirmado la aplicabilidad de las mismas consideraciones a las Directivas 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras –antecedentes ambas de la Directiva 2004/18/CE, que las ha derogado- (véanse, respectivamente, las sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartados 48, 49 y 52, y de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 39). Dichas consideraciones parten de la premisa de que la aplicación de las Directivas sobre contratos públicos depende de la existencia de un contrato celebrado entre dos personas distintas (véase la sentencia Teckal, antes citada, apartados 46 y 49).

Más allá de las Directivas de contratos, debe señalarse que dichas consideraciones pueden trasponerse a las disposiciones del Tratado y principios relativos a las concesiones de servicios públicos excluidas del ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública. En efecto, en el ámbito de la contratación pública y de las concesiones de servicios públicos, el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y los artículos 43 CE y 49 CE, son aplicables en el supuesto de que una autoridad pública encomiende la prestación de actividades económicas a un tercero. En cambio, no procederá aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública o de concesiones de servicios públicos en caso de que una autoridad pública realice las

tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin recurrir a entidades externas (véase en este sentido la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 48).

Dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, los dos requisitos exigidos por el Tribunal (que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece) deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 46).

CAPÍTULO SEXTO. RECOMENDACIONES PRÁCTICAS PARA ACCESO DE EMPRESAS PERUANAS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UE, BÚSQUEDA DE OPORTUNIDADES Y PREPARACIÓN DE OFERTAS

I.- POSIBILIDAD DE ACCESO A UN GRAN MERCADO

Para las empresas peruanas, incluidas muy destacadamente las MYPES, se abre la posibilidad de participar directamente o indirectamente (a través de la subcontratación) en las licitaciones de las Entidades públicas de los 27 Estados miembros de la Unión Europea. Podrán acceder en consecuencia a nuevos mercados, lo que les permitirá desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo final sobre las economías, el empleo y, por ende, los ciudadanos peruanos.

Además, existirían otros beneficios para el crecimiento de las empresas dado el impulso que se ofrece para su internacionalización y modernización.

Los mercados de contratación pública de bienes, servicios y obras de los países de la UE constituyen una excelente oportunidad de negocio para las empresas peruanas.

En la UE el gasto en contratación pública supone alrededor del **17% del PIB**

La Unión Europea en la actualidad cuenta con una población superior a la de los Estados Unidos y Rusia juntos y genera la cuarta parte de la riqueza mundial.

II.- INFORMACIÓN SOBRE LAS LICITACIONES EN LA UE: DÓNDE OBTENERLA

Todo negocio parte de la demanda, no de la oferta. Por ello es imprescindible para las empresas peruanas comprender el mercado que se va a trabajar.

En primer lugar, resulta pues fundamental disponer de información sobre las licitaciones, es decir, sobre las necesidades de compra de los organismos. Por lo tanto, lo primero que hay que tener es INFORMACIÓN.

Antes de empezar a licitar conviene organizar o automatizar este aspecto, de forma que se convierta en una rutina más a la hora de tener la información diaria y a tiempo. No olvidemos que la presentación de ofertas tiene unos plazos que cumplir y, a veces, no disponer de un día más puede ser decisivo.

Para ello se cuentan con los siguientes medios puestos a disposición por la UE. Hay que tener en cuenta que en estos medios se publican alrededor de 1.500 ofertas al día.

INTERNET:

TED (Tenders electronic daily) da acceso a todos los contratos publicados a nivel europeo: <http://ted.europa.eu/TED/browse/browseByBS.do>

TED le informa sobre:

Contratos públicos de obras, suministro y servicios de todos los Estados miembros de la UE.

Contratos en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones.

Contratos públicos de las instituciones europeas.

Proyectos financiados por el Banco Europeo de Inversiones (BEI) y por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD).

Contratos del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein).

TED proporciona acceso gratuito a oportunidades comerciales.

Las empresas mexicanas pueden navegar, buscar y seleccionar anuncios de contratación por país, región, sector comercial, etc.

La información sobre cada documento de contratación está publicada en las 23 lenguas oficiales de la Unión Europea. Todos los anuncios de las instituciones de la Unión Europea están publicados en su totalidad en todas esas lenguas.

¿Por qué es conveniente para las empresas peruanas registrarse en TED?

Para acceder a todo el contenido de TED, incluido el archivo.

Para personalizar los perfiles de búsqueda conforme a sus necesidades.

Para recibir notificaciones de alerta por correo electrónico basadas en sus perfiles de búsqueda.

Para personalizar los canales RSS en sus sitios web y en los lectores RSS.

El registro y la utilización de TED son, y siempre serán, completamente gratuitos.

Los Sectores Comerciales que se utilizan en TED son los siguientes:

agfo: Agricultura y alimentación

comp: Servicios informáticos y afines

core: Construcción y servicios inmobiliarios

educ: Educación

ener: Energía y servicios afines

ensa: Medio ambiente y saneamiento

fina: Servicios financieros y afines

mapr: Materiales y productos

mior: Minas y minerales

prpu: Impresión y publicación

reco: Investigación y Desarrollo

serv: Servicios de otro tipo

teeq: Tecnología y equipo
tran: Transporte y servicios afines

En TED se utiliza el formato RSS (Really Simple Syndication), que constituye una nueva herramienta informática mediante la cual puede recibir información en lugar de tener que buscarla por sí mismos. Muchos sitios web, incluido TED, ofrecen RSS, un canal mediante el cual puede recibir titulares.

RSS es un formato para syndicar contenidos y metadatos en Internet. Generalmente se utiliza para compartir titulares y enlaces a artículos de noticias. Con estos artículos de noticias no se comparte el artículo en sí sino los metadatos sobre el artículo; estos metadatos pueden incluir un titular, un URL o un resumen. RSS es una importante herramienta para editores dado que los canales pueden utilizarse para syndicar contenidos y para integrar contenidos de terceros en su sitio Web. RSS pertenece a los formatos XML. Todos los archivos RSS deben estar en conformidad con las especificaciones XML 1.0, con arreglo a lo publicado en el sitio Web del Consorcio World Wide Web (W3C).

Los canales RSS le permiten obtener notificaciones actualizadas que le serán enviadas directamente a su escritorio a través del programa de software agregador de noticias de su elección. Una de las ventajas que presentan los formatos RSS es su conveniencia, dado que puede suscribir canales de diferentes sitios Web y combinar automáticamente un número de titulares de todas las fuentes en una lista. Esto le permite navegar rápidamente por la lista de nuevos contenidos sin tener que visitar cada sitio.

Los programas compatibles con RSS están disponibles para diversos sistemas operativos. Los lectores y agregadores del cliente están típicamente diseñados como programas o extensiones autónomos de programas existentes tales como navegadores Web. Muchos navegadores han integrado funciones compatibles con canales RSS.

Los lectores de canales y agregadores de noticias basados en la Web, tales como YourLiveWire, no precisan la instalación de software y, por consiguiente, los canales del usuario están disponibles en cualquier ordenador con acceso a Internet. Asimismo, existen motores de búsqueda para contenidos publicados a través de canales Web como Feedster o Blogdigger.

Algunos navegadores, incluidos Firefox, Opera y Safari, comprueban automáticamente los canales cada vez que visita un sitio web y muestran un icono cuando detectan uno. De esta manera, se facilita la suscripción a los canales. Si desea obtener más información, visite los sitios web.

Para más información sobre los canales RSS y el software de apoyo disponible puede visitar: <http://www.rss-specifications.com>

EJEMPLO DE BÚSQUEDA DE OPORTUNIDADES COMERCIALES EN TED

Fecha de la búsqueda: 2 de julio de 2010

Unión Europea (1425)
AT - Austria (16)
BE - Bélgica (75)
BG - Bulgaria (11)
CY - Chipre (4)
CZ - República Checa (17)
DE - Alemania (149)
DK - Dinamarca (23)
ES - España (117)
FR - Francia (387)
GR - Grecia (33)
HU - Hungría (29)
IE - Irlanda (15)
IT - Italia (48)
LT - Lituania (11)
LU - Luxemburgo (6)
LV - Letonia (8)
MT - Malta (1)
NL - Países Bajos (82)
PL - Polonia (158)
PT - Portugal (18)
RO - Rumania (29)
SE - Suecia (39)
SI - Eslovenia (25)
SK - Eslovaquia (43)
UK - Reino Unido (81)

Sectores comerciales:

Agricultura y alimentación (40)
Servicios informáticos y afines (152)
Construcción y servicios inmobiliarios (616)
Educación (32)
Energía y servicios afines (34)
Medio ambiente y saneamiento (97)
Servicios financieros y afines (54)
Materiales y productos (554)
Minas y minerales (50)
Impresión y publicación (164)
Investigación y Desarrollo (15)
Servicios de otro tipo (183)
Tecnología y equipo (498)
Transporte y servicios afines (136)

¿CÓMO BUSCAR OPORTUNIDADES COMERCIALES CON EL VOCABULARIO COMÚN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS (CPV) EN TED?

Gracias a su código numérico, el CPV puede utilizarse para buscar oportunidades comerciales en la Unión Europea superando la barrera lingüística.

Las empresas peruanas que busquen oportunidades de contratos en Ted deberán fijarse en dos tipos de códigos CPV: aquellos que mejor describan su cartera de productos, servicios o actividades de construcción; las divisiones, grupos, clases y categorías que estén situados encima de los códigos que mejor reflejen dichas actividades.

El CPV establece un sistema de clasificación único de los contratos públicos, con objeto de unificar las referencias utilizadas por los órganos de contratación y las entidades adjudicadoras para describir el objeto de los contratos.

El CPV se compone de un vocabulario principal y un vocabulario suplementario.

El CPV vocabulario principal sirve para definir el objeto de un contrato y el vocabulario suplementario para añadir información cualitativa adicional. El vocabulario principal se basa en una estructura arborescente de códigos de hasta 9 dígitos (un código de 8 dígitos más un dígito de verificación) que corresponden a un enunciado que describe los suministros, obras o servicios objeto del contrato.

Divisiones, identificadas por los dos primeros dígitos del código (XX000000-Y);
Grupos, identificados por los tres primeros dígitos del código (XXX00000-Y);
Clases, identificadas por los cuatro primeros dígitos del código (XXXX0000-Y);
Categorías, identificadas por los cinco primeros dígitos del código (XXXXX000-Y);

Cada uno de los tres últimos dígitos aporta un grado mayor de precisión dentro de cada categoría.

Un noveno dígito sirve para verificar los dígitos precedentes.

El vocabulario suplementario podrá utilizarse para completar la descripción del objeto del contrato. Lo constituye un código alfanumérico, al que corresponde un enunciado que permite aportar mayores precisiones sobre la naturaleza o el destino específicos del bien que va a adquirirse.

DIVISIONES PARA FACILITAR LAS BÚSQUEDAS EN EL CÓDIGO DEL VOCABULARIO COMÚN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS (CPV) DE LA UNIÓN EUROPEA

01000000: Productos de la agricultura, la horticultura, la caza y productos afines

02000000: Productos de la silvicultura y de la explotación forestal

05000000: Pescado, productos de la pesca y otros subproductos de la industria pesquera

10000000: Carbón, lignito, turba y otros productos derivados del carbón
11000000: Petróleo, gas natural, aceites minerales y productos afines
12000000: Minerales de uranio y torio
13000000: Minerales metálicos
14000000: Productos de la explotación de minas, canteras y otros productos afines
15000000: Productos alimenticios y bebidas
16000000: Tabaco, productos de tabaco y artículos afines
17000000: Materias textiles y sus manufacturas
18000000: Prendas de vestir y accesorios
19000000: Cuero, productos de cuero y calzado
20000000: Madera, manufacturas de madera y de corcho, manufacturas de cestería y de espartería
21000000: Distintos tipos de pasta de celulosa, papel y productos de papel
22000000: Diversos tipos de impresos y material de impresión
23000000: Derivados del petróleo y combustibles
24000000: Sustancias químicas, productos químicos y fibras artificiales
25000000: Productos de caucho, plástico y películas
26000000: Productos minerales no metálicos
27000000: Metales de base y productos afines
28000000: Productos y materiales elaborados
29000000: Maquinaria, equipos, aparatos y productos afines
30000000: Máquinas, equipo y artículos de oficina y de informática
31000000: Máquinas, aparatos, equipo y productos consumibles eléctricos
32000000: Equipo y aparatos de radio, televisión, comunicaciones, telecomunicaciones y equipo y aparatos conexos
33000000: Aparatos e instrumentos médicos y de laboratorio, aparatos e instrumentos ópticos y de precisión, relojes, productos farmacéuticos y productos consumibles médicos conexos
34000000: Vehículos de motor, remolques y partes de vehículos
35000000: Medios de transporte
36000000: Productos manufacturados, mobiliario, productos artesanales, productos para usos especiales y productos consumibles afines
37000000: Materias primas secundarias de recuperación
40000000: Electricidad, gas, energía y combustible nuclear, vapor, agua caliente y otras fuentes de energía
41000000: Agua recogida y depurada
45000000: Trabajos de construcción
50000000: Servicios de reparación, mantenimiento e instalación
52000000: Servicios comerciales al por menor
55000000: Servicios de hostelería y restaurante
60000000: Servicios de transporte terrestre y servicios de transporte por tuberías
61000000: Servicios de transporte por vías navegables
62000000: Servicios de transporte aéreo
63000000: Servicios de transporte complementarios y auxiliares; servicios de agencias de viajes
64000000: Servicios de correos y telecomunicaciones
65000000: Servicios públicos
66000000: Servicios de intermediación financiera

67000000: Servicios auxiliares de intermediación financiera
70000000: Servicios inmobiliarios
72000000: Servicios informáticos y servicios conexos
73000000: Servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos
74000000: Servicios de arquitectura, ingeniería, construcción, jurídicos, contables y otros servicios profesionales
75000000: Servicios de administración pública, defensa y servicios de seguridad social
76000000: Servicios relacionados con la industria del gas y del petróleo
77000000: Servicios agrícolas, forestales y hortícolas
78000000: Servicios de impresión, publicación y servicios conexos
80000000: Servicios de enseñanza
85000000: Servicios de salud y asistencia social
90000000: Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios, servicios de saneamiento y de medio ambiente
91000000: Servicios de asociaciones
92000000: Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos
93000000: Servicios diversos
95000000: Casas particulares con personas empleadas
99000000: Servicios prestados por organizaciones y entidades extraterritoriales

III.- POSIBILIDAD DE ACUDIR A UNA OFERTA JUNTO CON OTRA U OTRAS EMPRESAS

Existe la posibilidad de que la empresa no sea capaz de resolver con sus propios medios todos los servicios o suministros que se solicitan en una licitación. También se puede tener el conocimiento para llevar a cabo determinados proyectos, pero no disponer de la capacidad financiera para acometerlos.

En estos casos existen otras opciones para poder presentarse también a las licitaciones:

-Alianzas con otras empresas para presentar ofertas conjuntamente. Se puede llevar a cabo una política de actuaciones puntuales, en base a las necesidades que aparezcan en las diversas licitaciones o preparar una estrategia de socios para llevar a cabo actuaciones más planeadas y de mayor alcance.

La articulación horizontal, a través de la cual las PYME de un solo sector se organizan (formando consorcios, por ejemplo), permite lograr beneficios mutuos aprovechando las economías de escala. Como consorcio, también se tiene mayor poder de negociación y se complementan las capacidades de las empresas, porque se suman y se potencian las fortalezas.

-Ser subcontratistas de otras empresas que por su tamaño, capacidad, etc., lideren directamente la oferta y la presenten.

Factores de éxito en estos casos:

-Funcionar como un verdadero equipo cuyo foco principal sea el cliente

público.

-Que cada área esté en contacto con el cliente para resolver cualquier incidencia sobre su materia pero siempre coordinados con quien realice la función comercial con ese cliente.

IV.- SEGUIMIENTO DE LOS PROCESOS DE LICITACIÓN

Una vez que se presente la oferta y hasta que se produzca la adjudicación, es recomendable:

-Asistir o estar al tanto del acto público de apertura de las ofertas

-Resolver las posibles subsanaciones que nos demanden

-Una vez conocido el resultado reunirse con el cliente, la Entidad pública:

- Si se ha ganado: para acordar los pequeños detalles y la hoja de ruta a seguir.

Obtener información de los elementos que han inclinado la balanza a nuestro favor. Hay que saber cuáles son los aspectos que han valorado más de nuestra oferta y las expectativas que tienen.

- Si se ha perdido: hay que saber cuáles han sido los elementos de nuestra oferta que según el cliente serían mejorables y aprender sobre los errores cometidos e intentar evitarlos en la siguiente licitación.

Hay que aprender de nuestras propias acciones y de las de los demás, mejorar y estructurar la documentación, mejorar la información de la que disponemos y formar a nuestro personal.

V.- PREPARACIÓN DE OFERTAS E INVERSIÓN EN OPORTUNIDADES

Antes de preparar cualquier oferta es necesario apuntar a lo que realmente son oportunidades:

-Filtrando las opciones no válidas. Un elemento clave al respecto es la lectura de los Pliegos o Bases de la Licitación

-Valorando las posibilidades reales que se tienen.

-Sopesando lo adecuado del tipo de licitación al tamaño y a las características de nuestra empresa.

-Considerando los posibles riesgos económicos y, básicamente, los inherentes a la inversión que en ocasiones es necesario realizar de forma previa en materiales, recursos humanos, desarrollos, etc.

Hay 3 premisas que hay que tener siempre en cuenta en la venta al sector público:

1: Sin presentar Oferta no hay adjudicación posible

2: Las Ofertas hay que hacerlas bien.

3: Cuantas más Ofertas Válidas se presenten en más licitaciones, más opciones existen de ser adjudicatarios en alguna de ellas.

Tener pocas Ofertas presentadas implica jugársela a “una carta”. Es importante, realizar un trabajo bien hecho y continuado, que permita contar con opciones razonables en varias adjudicaciones.

PREPARACIÓN DE LA OFERTA

Las reglas por las que se define una licitación se encuentran en los Pliegos de Condiciones del Contrato . Por ello es muy importante leerlos detenidamente, varias veces y por distintas personas de distintos departamentos de la empresa (comercial, técnico, producción, administración y finanzas, etc.).

Los documentos que contienen la información de una licitación en la UE son:

Anuncio de licitación

Pliego Administrativo General y Administrativo Particular

Pliego Técnico

Documentos adicionales

Todos ellos son importantes y no hay que dar nada por supuesto. Aunque a veces parecen que son los mismos, cada organismo y para cada licitación se personalizan los pliegos. Por lo tanto, hay que leer todos los documentos y con un espíritu analítico.

En general hay que decir que para preparar una oferta se debe de transmitir de una forma clara y lo más precisa posible quiénes somos y qué estamos ofertando. Hay que tener en cuenta que las ofertas las leen y evalúan personas y que cuanto más fácil se les pongan las cosas, más les gustará nuestra oferta.

La oferta debe ser:

Equilibrada: en cuanto al tamaño y contenido.

Ordenada: debe transmitir claramente qué se oferta y cómo y con qué medios se va a llevar a cabo el suministro y/o servicio.

Limpia: con un formato agradable y uniforme.

Identificable: su contenido debe seguir el orden que nos pida el pliego y, en cualquier caso, dejar bien identificado su contenido respecto a los criterios de valoración.

En cuanto a la estrategia de la oferta, hay que tener en cuenta qué se va a ofertar en función de:

- Características de los productos y/o servicios que piden: conviene desarrollar diferentes alternativas en función de los criterios de valoración. Hay que considerar si hay o no lotes, si se permiten o no variantes, si se permiten o no opciones, etc.
- Criterios de valoración: hacer una simulación de las puntuaciones que se obtendrían para las alternativas anteriores y modificarlas si es necesario para maximizar la puntuación de nuestra oferta. Esta simulación nos facilitará la decisión de la alternativa que debemos elegir y, por lo tanto, desarrollar en nuestra oferta.

VI. INFORMACIÓN ESPECÍFICA PARA MYPES

La Comisión de la Unión Europea ha preparado recientemente un “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos” (Bruselas, 25.06.2008, documento SEC 2008, 2193), que resulta de recomendable consulta.

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>).

La guía asesora a las PYME sobre las posibles fuentes de información acerca de las oportunidades de negocio, la manera de familiarizarse con el marco normativo pertinente, la forma de entender las necesidades efectivas de los poderes adjudicadores a partir de los pliegos de condiciones publicados, la manera de determinar si están capacitadas para ejecutar el contrato y la manera de definir una estrategia para presentar una oferta.

En España se ha elaborado también muy recientemente una Guía similar para PYMES (“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>).

En las direcciones de internet que figuran a continuación, pueden encontrarse dos ejemplos de documentos de orientación destinados a las Entidades públicas y destinados específicamente a facilitar el acceso de las pyme a los contratos públicos:

http://www.ogc.gov.uk/documents/cp0083_small_supplier_better_value.pdf

http://www.bercy.gouv.fr/directions_services/daj/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publique/acces_guide.htm