

ES

ES

ES



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 27.1.2011  
COM(2011) 15 final

**LIBRO VERDE**

**sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE  
Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente**

## ÍNDICE

1.	¿De qué tratan las normas de contratación pública? .....	6
1.1.	Actividades de compra .....	6
1.2.	Contratos públicos.....	7
1.3.	Compradores públicos.....	11
2.	Mejora de las herramientas de que disponen los poderes adjudicadores .....	13
2.1.	Modernización de los procedimientos .....	14
2.2.	Instrumentos específicos para los pequeños poderes adjudicadores.....	21
2.3.	Cooperación dentro del sector público.....	23
2.4.	Herramientas adecuadas para la agregación de la demanda/contratación conjunta...	25
2.5.	Interrogantes acerca de la ejecución del contrato .....	26
3.	Un mercado europeo de la contratación pública más accesible.....	29
3.1.	Mejora del acceso para las PYME y las empresas incipientes.....	30
3.2.	Asegurar una competencia leal y efectiva.....	32
3.3.	Contratación en los casos de inexistencia de competencia o de derechos exclusivos	35
4.	Utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos....	36
4.1.	«Cómo comprar» para realizar los objetivos de Europa 2020 .....	38
4.2.	«Qué comprar» en apoyo de los objetivos políticos de Europa 2020 .....	45
4.3.	Innovación.....	48
4.4.	Servicios sociales .....	51
5.	Asegurar la integridad de los procedimientos .....	52
5.1.	Prevención de los conflictos de intereses.....	53
5.2.	Lucha contra el favoritismo y la corrupción .....	54
5.3.	Exclusión de los licitadores deshonestos .....	56
5.4.	Prevención de ventajas injustas.....	57
6.	Acceso de los proveedores de terceros países al mercado de la UE .....	58

## LIBRO VERDE

### sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente

La estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador<sup>1</sup> expone una visión de la economía social de mercado competitiva de Europa para la próxima década basada en tres prioridades interrelacionadas y que se refuerzan mutuamente: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; promoción de una economía con pocas emisiones de carbono, que haga un uso más eficiente de los recursos y que sea competitiva; y fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial.

La contratación pública desempeña un papel clave en la estrategia Europa 2020 como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para realizar estos objetivos. Más concretamente, en la estrategia Europa 2020 se pide que la contratación pública:

- mejore las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas, haciendo un uso pleno de las políticas de demanda<sup>2</sup>,
- apoye el cambio hacia una economía que haga un uso más eficiente de los recursos y con bajas emisiones de carbono, por ejemplo, fomentando la generalización de una contratación pública ecológica, y
- mejore el entorno empresarial, en especial para las PYME innovadoras.

La estrategia Europa 2020 hace hincapié también en que las políticas de contratación pública deben garantizar el uso más eficiente de los fondos públicos y en que los mercados de la contratación pública deben seguir teniendo una dimensión que abarque a toda la UE. Obtener los resultados óptimos de la contratación a través de unos procedimientos eficientes es crucial en el contexto de drásticas limitaciones presupuestarias y dificultades económicas imperante en muchos Estados miembros de la UE. Ante estos desafíos, se necesita más que nunca un mercado europeo de la contratación pública operativo y eficiente capaz de cumplir estos ambiciosos objetivos.

Muchas partes interesadas han pedido que se revise el régimen de contratación pública de la UE para incrementar su eficiencia y su eficacia. Por eso la Comisión anunció en el Acta del Mercado Único<sup>3</sup> que, basándose en un amplio proceso de consulta, presentaría, a principios de 2012 a más tardar, propuestas legislativas orientadas a simplificar y modernizar las normas

---

<sup>1</sup> Véase la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 – COM(2010) 2020.

<sup>2</sup> Este punto se incluye también en la Comunicación de la Comisión «*Innovation Union*» (Unión por la innovación) - SEC(2010) 1161-, una de las iniciativas emblemáticas de Europa 2020, que trata de la utilización estratégica de la contratación pública para promover la investigación y la innovación. Se pide a los Estados miembros que reserven una parte de su presupuesto de contratación para investigación e innovación y se informa de que la Comisión proporcionará mecanismos de orientación y apoyo a los poderes adjudicadores.

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva, de 27 de octubre de 2010, COM(2010) 608.

europeas sobre contratación pública, con objeto de agilizar la adjudicación de contratos, y a hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas.

La generación actual de Directivas sobre contratación pública, a saber, las Directivas 2004/17/CE<sup>4</sup> y 2004/18/CE<sup>5</sup>, son el último paso de una larga evolución que comenzó en 1971 con la adopción de la Directiva 71/305/CEE<sup>6</sup>. La finalidad principal de estas Directivas, al garantizar unos procedimientos transparentes y no discriminatorios, es velar por que los operadores económicos se beneficien plenamente de las libertades fundamentales en el ámbito de la contratación pública. En ellas se menciona también una serie de objetivos relativos a la integración en este marco de otras políticas, como las de protección del medio ambiente y las normas sociales<sup>7</sup> o la lucha contra la corrupción<sup>8</sup>.

Habida cuenta del papel fundamental que desempeña la contratación pública para hacer frente a los retos de la actualidad, es preciso modernizar las herramientas y los métodos existentes a fin de hacerlos más adecuados para responder a la evolución del contexto político, social y económico. Deben realizarse varios objetivos complementarios:

El primero es incrementar la eficiencia del gasto público. Esto incluye, por un lado, buscar los mejores resultados posibles de la contratación (la máxima rentabilidad de las inversiones). Para alcanzar este objetivo, es fundamental generar la competencia más fuerte posible por los contratos públicos que se adjudican en el mercado interior. Se debe dar a los licitadores la oportunidad de competir en condiciones equitativas y deben evitarse los falseamientos de la competencia. Al mismo tiempo, es crucial incrementar la eficiencia de los procedimientos de contratación como tales: la racionalización de los procedimientos de contratación, con medidas de simplificación específicamente adaptadas a las necesidades particulares de los pequeños poderes adjudicadores, podría ayudar a los contratadores públicos a lograr los mejores resultados posibles de la contratación con la menor inversión posible, en términos de tiempo y de dinero público. Unos procedimientos más eficientes beneficiarán a todos los operadores económicos y facilitarán la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. De hecho, la participación transfronteriza en los procedimientos de

---

<sup>4</sup> 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 (DO L 134 de 30.4.2004, p. 1). Directiva modificada en último lugar por el Reglamento (CE) n° 1177/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (DO L 314 de 1.12.2009, p. 64).

<sup>5</sup> 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 (DO L 134 de 30.4.2004, p.114). Directiva modificada en último lugar por el Reglamento (CE) n° 1177/2009. El texto que sigue tomará como punto de partida las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE; sin embargo, a menos que se indique explícitamente lo contrario, esto puede entenderse como una referencia —*mutatis mutandis*— a las disposiciones correspondientes de la Directiva 2004/17/CE. Por lo tanto, puede entenderse que el término «poder adjudicador» se refiere tanto a los organismos cuya contratación se regula por lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE como a las «entidades adjudicadoras» a efectos de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>6</sup> Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185 de 16.8.1971, p.5).

<sup>7</sup> Véanse los considerandos 5 y 46 de la Directiva 2004/18/CE y los considerandos 12 y 55 de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>8</sup> Véase el considerando 43 de la Directiva 2004/18/CE y el correspondiente considerando 40 de la Directiva 2004/17/CE.

contratación pública en la UE sigue siendo baja<sup>9</sup>. La comparación con el sector privado, donde el comercio transfronterizo es mucho mayor, muestra que hay un potencial considerable aún por aprovechar. Este objetivo de una contratación pública más eficiente se trata principalmente a través de las cuestiones planteadas en las partes 2 (mejora de las herramientas de que disponen los poderes adjudicadores) y 3 (un mercado europeo de la contratación pública más accesible) del presente Libro Verde.

Otro objetivo complementario es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad. La búsqueda de este objetivo puede contribuir también a la realización del primero —un gasto público más eficiente a largo plazo— por ejemplo, al conceder menos prioridad al menor precio inicial en favor del menor coste del ciclo de vida<sup>10</sup>. Las cuestiones relacionadas con este objetivo se debaten en la parte 4 del Libro Verde (utilización estratégica de la contratación pública).

Podría plantearse también un mayor desarrollo de la legislación de la UE sobre contratación pública para abordar cuestiones importantes que hasta ahora no han sido tratadas suficientemente, como la prevención de la corrupción y el favoritismo y la lucha contra ellos (parte 5) y la cuestión de cómo mejorar el acceso de las empresas europeas a los mercados de terceros países (parte 6). Además, la revisión del marco legislativo será también una ocasión para examinar si es preciso perfeccionar determinadas nociones y conceptos básicos para dar mayor seguridad jurídica a los poderes adjudicadores y a las empresas (parte 1). En este contexto, la revisión puede ofrecer la oportunidad de aumentar la convergencia entre la aplicación de las normas de la UE sobre contratación pública y sobre ayudas estatales.

El presente Libro Verde recoge una serie de ideas sobre cómo realizar mejor los diversos objetivos. No obstante, hay que saber que pueden existir conflictos entre ellos (por ejemplo, entre simplificar los procedimientos y tener en cuenta otros objetivos políticos). Estos diferentes objetivos se concretan a veces en opciones políticas que pueden apuntar en diferentes direcciones, y que exigirán una elección razonada en una fase posterior.

Por otra parte, el ámbito para las posibles modificaciones legislativas no es ilimitado. Los cambios legislativos deberán ser compatibles con los compromisos internacionales de la UE o podrían exigir entablar las negociaciones adecuadas con todos los interlocutores interesados en relación con posibles solicitudes de compensación. Por lo tanto, estos compromisos, definidos en un acuerdo multilateral<sup>11</sup> y siete acuerdos bilaterales<sup>12</sup>, podrían tener el efecto de limitar el alcance de los posibles cambios legislativos. Esto se refiere en particular a los umbrales para la aplicación de las normas sobre contratación pública de la UE, las

---

<sup>9</sup> Según los estudios recientes, solo el 1,6 % de los contratos públicos se adjudica a operadores de otros Estados miembros. La participación transfronteriza indirecta —a través de empresas filiales o asociadas situadas en el Estado miembro del poder adjudicador— es más frecuente. No obstante, incluso la tasa de adjudicaciones transfronterizas indirectas sigue siendo relativamente baja (11 %).

<sup>10</sup> Un ejemplo clásico es el de rentables inversiones en eficiencia energética que no se han llevado a cabo porque la inversión y los gastos operativos se gestionan por separado en procesos presupuestarios diferentes.

<sup>11</sup> Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC, véase [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/international\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international_en.htm).

<sup>12</sup> Sobre los acuerdos comerciales bilaterales, véase: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

definiciones de las actividades de compra y los compradores públicos y algunas cuestiones de procedimiento, como el establecimiento de las especificaciones técnicas y los plazos.

En la presente consulta no se han tratado las concesiones, que han sido objeto con anterioridad de ejercicios de consulta y evaluación de impacto independientes. La Comisión quiere proponer legislación para garantizar mayor seguridad jurídica a las autoridades regionales y locales y los operadores económicos en toda Europa y para facilitar el desarrollo de asociaciones entre los sectores público y privado. Las cuestiones relativas a la contratación pública electrónica son el objeto de otro Libro Verde que fue publicado el 18 de octubre de 2010<sup>13</sup>.

De forma paralela al presente Libro Verde, la Comisión está llevando a cabo una evaluación global de la repercusión y la rentabilidad económica de las políticas de contratación pública de la UE. En ella reunirá pruebas basadas en el mercado en relación con el funcionamiento de la legislación de contratación vigente, a fin de aportar conocimientos empíricos acerca de las áreas que deben mejorarse. Los resultados de esta nueva investigación se harán públicos en el verano de 2011.

Junto con los resultados de la evaluación, las contribuciones de las partes interesadas al presente Libro Verde aportarán material para la reflexión sobre la futura reforma de las normas de contratación pública de la UE, que conducirá a una propuesta de reforma legislativa.

## **1. ¿DE QUÉ TRATAN LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA?**

Cuando gastan dinero público, los compradores públicos tienen que sopesar incentivos diferentes a los que tienen en cuenta los directivos de una empresa privada que asumen el riesgo de las pérdidas —y, en última instancia, de quiebra— y están directamente controlados por la dinámica del mercado.

Por esa razón las normas de contratación pública establecen procedimientos específicos de adjudicación de los contratos que permiten que las compras públicas se realicen de la forma más racional, transparente y justa. Establecen salvaguardias para contrarrestar la potencial falta de disciplina comercial en las compras públicas, así como para proteger frente a un costoso trato preferencial a favor de los operadores económicos nacionales o locales.

Por consiguiente, las normas europeas de contratación pública se aplican a todos los contratos públicos que presentan un interés potencial para los operadores en el mercado interior, garantizando la igualdad de acceso a los contratos públicos en el mercado público europeo y la lealtad en la competencia por conseguirlos.

### **1.1. Actividades de compra**

Las normas de contratación pública tienen básicamente la finalidad de regular las actividades de compra de los poderes adjudicadores. Sin embargo, el ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública de la UE no está explícitamente limitado a las compras para satisfacer las necesidades específicas del poder adjudicador<sup>14</sup>. Esto ha provocado un

---

<sup>13</sup> *Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU*, SEC(2010) 1214, 18.10.2010.

<sup>14</sup> Véase la sentencia de 18.11.2004 en el asunto C-126/03, Comisión/Alemania, apartado 18.

debate sobre la aplicabilidad de las Directivas en situaciones en las que las autoridades públicas celebran acuerdos que establecen obligaciones jurídicamente vinculantes para fines no relacionados con sus propias necesidades de compra.

Se trata, por ejemplo, de los casos en que el acuerdo de subvención para la concesión de una ayuda obliga jurídicamente al beneficiario a prestar servicios específicos. Tales obligaciones se establecen normalmente para garantizar la utilización adecuada de los fondos públicos; no tienen por objeto satisfacer necesidades de contratación de la autoridad pública que concede la ayuda.

Las autoridades de los Estados miembros y otras partes interesadas se han quejado por la falta de seguridad jurídica con respecto al ámbito de aplicación de las normas de contratación pública en situaciones de este tipo y han pedido que se aclare la finalidad de estas normas. En su jurisprudencia más reciente, el Tribunal ha sostenido que el concepto de contratos públicos exige que las obras, los suministros o los servicios que constituyan el objeto del contrato reporten un *beneficio económico directo* para el poder adjudicador<sup>15</sup>.

**Pregunta:**

1. ¿Piensa que el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública debe limitarse a las actividades de compra? Una limitación de este tipo, ¿debería simplemente codificar el criterio del beneficio económico directo desarrollado por el Tribunal o debería prever condiciones y conceptos adicionales o alternativos?

## 1.2. Contratos públicos

La actual clasificación de los contratos públicos —en contratos de obras, de suministro y de servicios— es en parte el resultado de una evolución histórica. La necesidad de clasificar los contratos públicos en una de estas categorías desde el principio puede ocasionar dificultades, por ejemplo en el caso de un contrato para la compra de aplicaciones informáticas, que podría considerarse contrato de suministro o de servicios, según las circunstancias. La Directiva 2004/18/CE contiene normas específicas para los contratos mixtos, que han sido posteriormente desarrolladas por la jurisprudencia. En opinión del Tribunal, cuando un contrato contiene elementos referentes a diferentes tipos, las normas aplicables deben determinarse con arreglo a la finalidad principal de ese contrato.

Algunos de estos problemas podrían evitarse simplificando la estructura actual. Por ejemplo, se podrían establecer solo dos tipos de contratos públicos, como en el sistema del ACP, donde se distingue únicamente entre contratos de suministro y de servicios, al considerarse las obras una forma de servicio («contrato de servicios de construcción»). Podría estudiarse también la posibilidad de utilizar un concepto unificado de contrato público y de diferenciar según el objeto solo cuando sea estrictamente necesario (por ejemplo, en las disposiciones sobre los umbrales).

**Pregunta:**

---

<sup>15</sup> Sentencias de 25.3.2010 en el asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH, apartados 47-54, y de 15 de julio de 2010, Comisión/Alemania, apartado 75.

2. ¿Considera apropiada la estructura actual del ámbito material, con su división en contratos de obras, suministros y servicios? De no ser así, ¿qué estructura alternativa propondría?

Con independencia de la posible reestructuración de los diversos tipos de contratos, podría ser necesario revisar y simplificar sus actuales definiciones.

Esto se refiere en particular a la definición de los «contratos públicos de obras» que figura en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18/CE, donde se establecen tres condiciones alternativas, complejas y parcialmente coincidentes. El concepto de un contrato público de obras incluye la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución, de obras concretas de los tipos enumerados en el anexo a la Directiva, la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución, de una obra de acuerdo con la definición que figura en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva y, por último, «la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador». La última condición se añadió para garantizar que la definición incluyera los casos en que las obras son realizadas no por el propio contratista, sino por terceras partes que actúan en su nombre.

Podría contemplarse simplificar la definición sustituyendo la estructura actual por un conjunto de condiciones mucho más sencillas y claras que abarcasen todos los tipos de actividades de construcción, con independencia de su carácter y finalidad, incluidas las actividades vinculadas a la realización de obras específicas, posiblemente por terceras partes.

**Pregunta:**

3. ¿Piensa que la definición de «contrato de obras» debería revisarse y simplificarse? En tal caso, ¿propondría que se omita la referencia a una lista específica anexa a la Directiva? ¿Cuáles serían los elementos de la definición que usted propondría?

*Servicios A/B*

Una cuestión todavía más importante es la de la cobertura por lo que respecta a los contratos de servicios.

En las Directivas actuales se hace una distinción entre los llamados «servicios A»<sup>16</sup> y «servicios B»<sup>17</sup>. Mientras que los servicios A están sujetos a los procedimientos íntegros de las Directivas, las adjudicaciones de contratos para los servicios B solo tienen que cumplir las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas y al envío de un anuncio sobre los resultados del procedimiento de adjudicación<sup>18</sup>. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del TJEU, cuando adjudiquen contratos para servicios de la categoría B los poderes competentes deben cumplir las normas fundamentales del Derecho primario de la UE, en particular los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, si los

<sup>16</sup> Los servicios enumerados en el anexo II A de la Directiva 2004/18/CE o en el anexo XVII A de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>17</sup> Los servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE o en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>18</sup> Véanse los artículos 20 y 21 de la Directiva 2004/18/CE y los artículos 31 y 32 de la Directiva 2004/17/CE.

contratos en cuestión presentan un interés transfronterizo cierto<sup>19</sup>. Esto conlleva la obligación de asegurar un grado de publicidad suficiente que permita a los operadores económicos interesados de otros Estados miembros decidir si desean manifestar su interés por el contrato.

En un principio, la intención del legislador era limitar la aplicación íntegra de la Directiva, durante un periodo transitorio, a determinados contratos de servicios específicos de los que se considerase que presentaban un mayor potencial para los intercambios transfronterizos<sup>20</sup>. Conviene saber que, debido al carácter abierto de la lista de servicios B (véase la categoría 27: «otros servicios»), la aplicación íntegra de las Directivas a los servicios es, de hecho, la excepción, mientras que su tratamiento como «servicios B» es la norma.

Existen algunas dudas acerca de si esta situación sigue siendo apropiada a la luz de la evolución económica y jurídica del mercado interior. Para algunos de los servicios explícitamente mencionados en la lista «B», como los servicios de transporte fluvial y marítimo, hostelería, colocación y suministro de personal o los de seguridad, resulta ciertamente difícil suponer que presenten un interés transfronterizo menor que los servicios de la lista «A».

Además, la distinción entre los servicios «A» y «B» es una fuente de dificultades y posibles errores en la aplicación de las normas. Al igual que sucede con la clasificación de los contratos, se plantean problemas de situaciones límite y contratos mixtos<sup>21</sup>. Además, tal distinción no existe en los regímenes de la mayoría de los socios comerciales. En consecuencia, la situación jurídica actual hace que sea más difícil conseguir de los socios comerciales compromisos de un mayor acceso a los mercados, ya que la UE no está en condiciones de corresponder con un trato recíproco, especialmente en relación con servicios que se han vuelto importantes para el mercado interior y el comercio transfronterizo.

La solución más consecuente sería eliminar la distinción entre los actuales servicios «B» y «A» y aplicar el régimen estándar a todos los contratos de servicios<sup>22</sup>. Esto tendría la ventaja de simplificar las normas existentes. Si la consulta actual muestra que es preciso simplificar el régimen general, esa simplificación podría facilitar también la abolición del actual régimen especial para los servicios B.

#### **Preguntas:**

4. ¿Piensa que debería revisarse la distinción entre los servicios A y B?
5. ¿Piensa que las Directivas sobre contratación pública deberían aplicarse a todos los servicios, posiblemente con arreglo a un régimen estándar más flexible? Si no es así, indique qué servicios deberían seguir ateniéndose al régimen actualmente en vigor para los servicios B, y por qué razones.

#### *Umbrales*

Actualmente, algunas partes interesadas consideran demasiado bajos los umbrales definidos en las Directivas y, en consecuencia, piden que se eleven, alegando que el interés

<sup>19</sup> Véase la sentencia de 13.11.2007 en el asunto C-507/03, Comisión/Irlanda, apartados 24-31.

<sup>20</sup> Véase el considerando 19 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>21</sup> Véase el artículo 22 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>22</sup> Por lo que respecta a los servicios sociales, véase la sección 4.4.

transfronterizo resulta demasiado limitado para justificar la carga administrativa que conlleva un procedimiento de adjudicación en el caso de los contratos de valor relativamente bajo actualmente cubiertos por las Directivas.

Sin embargo, la subida de los umbrales haría que más contratos quedaran exentos del requisito de la publicación de un anuncio de licitación a nivel de la UE, lo cual reduciría las oportunidades de negocio para empresas de toda Europa.

En cualquier caso, se ha de observar que todos los compromisos internacionales asumidos por la UE incluyen umbrales fijados exactamente al mismo valor que los de las Directivas actuales, excepto en el caso de los denominados servicios B (y, en particular, los servicios sociales)<sup>23</sup>. Estos umbrales determinan las oportunidades de acceso al mercado y son uno de los elementos más importantes de todos estos acuerdos. Cualquier aumento de los umbrales aplicables en la UE implicaría automáticamente un aumento correspondiente en todos los acuerdos celebrados por la UE (es decir, no solo en el ACP, sino también en todos los demás acuerdos internacionales). Esta situación podría a su vez generar solicitudes de compensación de los socios de la Unión, las cuales podrían ser muy significativas.

**Pregunta:**

6. ¿Estaría a favor de que se elevaran los umbrales para la aplicación de las Directivas de la UE, pese a las consecuencias descritas que esto acarrearía a nivel internacional?

*Exclusiones*

La sección sobre «contratos excluidos» de la Directiva 2004/18/CE<sup>24</sup> es bastante heterogénea: algunas exclusiones están basadas en excepciones/limitaciones del ámbito de aplicación del Tratado (artículo 14) o en consideraciones de coherencia con el ordenamiento jurídico internacional (artículo 15) o con otros tipos de disciplina jurídica (artículo 16, letras c) y e)), mientras que otras son el producto de decisiones políticas (artículo 16, letras a), b), d) y f), y artículo 17). Esto hace que sea difícil aplicar un concepto global al evaluar la necesidad de revisar estas disposiciones. En todo caso, debe considerarse una revisión de estas exclusiones a la luz de los compromisos internacionales de Europa que contienen actualmente el correlato de las excepciones y los supuestos de inaplicación incluidos en las Directivas. Desde este punto de vista, la introducción de cualquier nueva exclusión sería sin duda un motivo de preocupación. No obstante, los compromisos internacionales dejan margen para actualizar o aclarar el contenido y la presentación de las exclusiones. Podría estudiarse también abolir aquellas que puedan no ser ya necesarias en razón de la evolución jurídica, política o económica.

**Preguntas:**

7. ¿Considera que las disposiciones actuales sobre los contratos excluidos son apropiadas? ¿Piensa que debería reestructurarse la sección al respecto o que sería necesario aclarar algunas exclusiones concretas?
8. ¿Piensa que determinadas exclusiones deberían abolirse, reconsiderarse o actualizarse? En caso afirmativo, indique cuáles. ¿Cuál sería su propuesta?

<sup>23</sup> Por lo que respecta a los servicios sociales, véase la sección 4.4.

<sup>24</sup> Artículos 12 a 18 de la Directiva 2004/18/CE.

### 1.3. Compradores públicos

#### *Contratación por entidades pertenecientes al ámbito estatal*

La Directiva 2004/18/CE se aplica a los contratos adjudicados por el Estado (incluidas todas sus subdivisiones), las autoridades regionales o locales y otros organismos de Derecho público, así como por las asociaciones constituidas por una o más de dichas autoridades o de dichos organismos<sup>25</sup>.

Mientras que los conceptos de «Estado» y de «autoridades locales y regionales» son relativamente inequívocos, el concepto de «organismos de Derecho público» es más complejo. Con él se trata de designar a las organizaciones jurídicamente independientes que tienen estrechos vínculos con el Estado y que actúan en lo fundamental como entidades estatales. Algunos ejemplos son los entes de radiotelevisión, las universidades, los fondos de seguro de enfermedad y las empresas municipales.

La definición que proporciona la Directiva 2004/18/CE ha sido objeto de toda una serie de sentencias del Tribunal de Justicia Europeo. A la vista de esa jurisprudencia, las condiciones pueden resumirse de la siguiente manera:

- (1) el organismo tiene la finalidad específica de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- (2) está dotado de personalidad jurídica (con arreglo al Derecho privado o público);
- (3) depende estrechamente, para su financiación, gestión o supervisión, del Estado, de las autoridades regionales o locales o de otros organismos de Derecho público (véanse las condiciones exactas en el artículo 1, apartado 9, segundo párrafo, letra c)).

La correcta aplicación de estos elementos exige un análisis detallado caso por caso, teniendo en cuenta factores como el grado de competencia existente en el mercado y la cuestión de si el organismo actúa para la obtención de un beneficio y soporta las pérdidas y los riesgos asociados con su actividad.

#### **Pregunta:**

9. ¿Considera apropiado el planteamiento actual de la definición de los compradores públicos? En concreto, ¿piensa que el concepto de «organismo de Derecho público» debe aclararse y actualizarse a la luz de la jurisprudencia del TJE? En tal caso, ¿qué tipo de actualización consideraría apropiada?

#### *Servicios públicos*

En el régimen actual de contratación pública, una Directiva especial, la 2004/17/CE, regula la contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Estos sectores tienen algunas características en común: son sectores que funcionan en red, es decir, implican la utilización de una red física o «virtual» (por ejemplo, tuberías, redes de electricidad, infraestructuras postales, líneas de ferrocarril, etc.), o explotan una zona

---

<sup>25</sup> Sobre las entidades obligadas a aplicar la Directiva 2004/17/CE, véase el punto 7.

geográfica, normalmente en exclusiva, para proporcionar terminales de transporte o realizar actividades de prospección y, en su caso, extracción de minerales (petróleo, gas, carbón, etc.).

Otra característica de estos sectores es que la actividad a la que se dedican es llevada a cabo no solo por las autoridades públicas, sino también —y, en algunos Estados miembros, sobre todo— por empresas comerciales, ya sean empresas públicas o privadas, que operan con derechos especiales o exclusivos. Una razón fundamental que determinó la introducción de normas de contratación pública para estos sectores fue el carácter cerrado de los mercados en los que actúan los operadores, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate. La ampliación de las disciplinas de contratación pública para incluir a los operadores públicos y privados (comerciales) de los servicios públicos se consideró necesaria debido a los diversos modos en que las autoridades nacionales pueden influir en el comportamiento de estas entidades, entre ellos la concesión (o no) de derechos especiales o exclusivos, la participación en su capital o la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión.

En otras palabras, al no haber una presión competitiva suficiente, se consideró necesario introducir disciplina mediante la aplicación de las normas de procedimiento de la Directiva sobre servicios públicos para asegurar que la contratación con miras a la realización de las actividades en cuestión se llevara a cabo de manera transparente y no discriminatoria. Al no existir unas normas específicas, se temía que las decisiones de contratación de los operadores de servicios públicos se vieran influidas por favoritismos, preferencias locales u otros factores.

Desde entonces, se han iniciado procesos de liberalización, ya sea a nivel de la UE o nacional, para muchos de estos sectores (por ejemplo, en relación con la electricidad y el gas, la exploración y la explotación de hidrocarburos, los servicios postales, etc.). Sin embargo, la experiencia muestra que la «liberalización», es decir, un proceso encaminado a obtener el libre acceso a la actividad de que se trate, no conduce necesaria ni automáticamente a una competencia fuerte, ya que los «operadores establecidos» a menudo conservan una cuota de mercado muy sustancial, y, en algunos Estados miembros, la presencia de empresas estatales puede falsear también el funcionamiento del mercado.

La actual Directiva contiene una disposición, su artículo 30, que permite a la Comisión eximir determinadas contrataciones del ámbito de aplicación de la Directiva cuando existe un nivel de competencia (en los mercados a los que se puede acceder sin restricciones) que, por la presión que ejerce, garantiza la transparencia y la no discriminación en la contratación necesarias para la realización de esas actividades. Hasta ahora, la Comisión ha adoptado dieciséis Decisiones de este tipo en relación con nueve Estados miembros diferentes, y una solicitud ha sido retirada. Los sectores concernidos hasta ahora han sido los de la electricidad (producción y venta), el gas (venta), el petróleo y el gas (natural), así como diversas partes del sector postal (en particular, los servicios de logística, paquetes y servicios financieros).

Un último punto que se ha de considerar es que cada vez son más las entidades privadas que obtienen el derecho a operar tras someterse a procedimientos abiertos y transparentes y, por consiguiente, no tienen derechos especiales o exclusivos a efectos de la Directiva.

Se ha de observar también que todo el ámbito de aplicación de la Directiva sobre servicios públicos ha sido consagrado a nivel internacional, bien en el ACP, bien en acuerdos bilaterales. Las eventuales restricciones de la cobertura podrían ocasionar una modificación

de los compromisos internacionales contraídos por la UE, que podría dar lugar a solicitudes de compensación.

**Preguntas:**

10. ¿Piensa que sigue siendo necesario que existan normas de la UE aplicables a la contratación pública en estos sectores? Explique las razones de su respuesta.
- 10.1. En caso afirmativo: ¿deberían ser excluidos determinados sectores que están actualmente regulados o, a la inversa, deberían otros sectores estar sujetos también a la normativa? Explique qué sectores deberían estar cubiertos y motive su respuesta.
11. Actualmente, el ámbito de aplicación de la Directiva se define en función de las actividades que las entidades en cuestión llevan a cabo, su forma jurídica (pública o privada) y, cuando son privadas, la existencia o no de derechos especiales o exclusivos. ¿Considera que estos criterios son pertinentes o deberían utilizarse otros? Explique su respuesta.
12. ¿Cabe suponer que la búsqueda de beneficios o los valores comerciales de las empresas privadas sean suficientes para garantizar que estas entidades practiquen una contratación objetiva y justa (incluso cuando operen con derechos especiales o exclusivos)?
13. ¿Constituye la disposición actualmente enunciada en el artículo 30 de la Directiva una manera efectiva de adaptar el ámbito de aplicación de la Directiva a la evolución de los patrones de regulación y competencia en los mercados pertinentes (nacionales y sectoriales)?

## **2. MEJORA DE LAS HERRAMIENTAS DE QUE DISPONEN LOS PODERES ADJUDICADORES**

Los poderes adjudicadores se quejan a veces de que los instrumentos de regulación que proporcionan las normas de la UE no se adaptan plenamente a sus necesidades de compra. En concreto, alegan que hacen falta unos procedimientos más sencillos y flexibles. Aducen asimismo que, en algunos casos, no es posible en la práctica aplicar todo el conjunto de normas (especialmente cuando son poderes adjudicadores muy pequeños los que llevan a cabo la contratación); otras situaciones (determinadas formas de cooperación dentro del sector público) deberían quedar completamente eximidas de la aplicación de estas normas. Existen también ámbitos de las compras públicas en los que los instrumentos que proporcionan las normas de contratación de la UE pueden no ser suficientes (contratación conjunta o problemas específicos surgidos tras la adjudicación del contrato).

Estos interrogantes se examinarán en la sección siguiente. De los comentarios transmitidos por los operadores económicos se desprende claramente que deben existir algunos requisitos fundamentales consagrados en normas de la UE que garanticen unas condiciones de actuación equitativas a nivel europeo, mientras que otras normas más detalladas de las Directivas actuales podrían revisarse. No obstante, se ha de observar que la reducción de las normas de la UE se topará con ciertos límites. Algunos requisitos de procedimiento proceden directamente del ACP y de los acuerdos bilaterales firmados por la UE, como los plazos para los diferentes procedimientos, las condiciones para utilizar un procedimiento negociado sin publicación o la publicación de un anuncio de adjudicación de contrato. Abandonar o modificar estos requisitos no sería posible sin renegociar las obligaciones internacionales de

la UE. Hay que tener presente también que las normas de la UE se complementan con un gran conjunto de normas a nivel nacional o regional. La normativa que se revoque a nivel de la UE podría ser sustituida a otros niveles, lo cual conllevaría un riesgo de mayor diversidad entre las legislaciones nacionales y, posiblemente, un aumento de la sobreregulación nacional<sup>26</sup>. Toda revisión de las normas de procedimiento deberá contrastarse también con el objetivo de garantizar la mayor coherencia posible entre la legislación de contratación pública y otros ámbitos de la legislación de la UE, como el del control de las ayudas estatales.

**Pregunta:**

14. ¿Piensa que el actual nivel de detalle de las normas de contratación pública de la UE es apropiado? De no ser así, ¿piensa que son demasiado detalladas o no lo bastante?

## 2.1. Modernización de los procedimientos

Uno de los temas principales del debate público es si los procedimientos establecidos en las Directivas siguen siendo plenamente adecuados para las necesidades de los poderes adjudicadores y los operadores económicos, o si deben modificarse, —y, en tal caso, cómo— sobre todo para reducir su complejidad y las cargas administrativas, garantizando al mismo tiempo la lealtad de la competencia por los contratos públicos y la optimización de los resultados de la contratación.

### *Procedimientos generales*

Las Directivas actuales establecen un amplio conjunto de herramientas y procedimientos. Ambas, la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 2004/18/CE, dan a los contratadores la libertad de elegir entre el procedimiento abierto<sup>27</sup> y el restringido<sup>28</sup>. La situación es algo diferente cuando se trata del procedimiento negociado con publicación previa<sup>29</sup> de un anuncio de licitación. La Directiva sobre servicios públicos prevé una mayor flexibilidad<sup>30</sup>, de tal manera que las empresas de servicio público pueden elegir libremente adjudicar sus contratos mediante procedimiento negociado, siempre que hayan publicado una convocatoria de licitación. Conforme a la Directiva 2004/18/CE, por otra parte, los procedimientos negociados con publicación previa pueden utilizarse exclusivamente en las circunstancias específicas

<sup>26</sup> La noción de «sobreregulación» (*gold-plating*) describe la situación en que la legislación nacional añade normas o requisitos adicionales a los ya exigidos por la normativa pertinente de la UE.

<sup>27</sup> En el procedimiento abierto, los poderes y entidades adjudicadores publican un anuncio de licitación, de acuerdo con el cual todas las partes interesadas pueden presentar sus ofertas. Entre los licitadores que cumplen los criterios para la selección cualitativa, el poder adjudicador elige la oferta que mejor se ajusta al criterio de adjudicación indicado en el anuncio de licitación (precio más bajo u oferta económicamente más ventajosa). Este procedimiento representa casi 3/4 del total de los incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas.

<sup>28</sup> En el procedimiento restringido, todos los operadores económicos pueden responder al anuncio de licitación manifestando su interés en participar, pero solo algunos candidatos, elegidos con arreglo a los criterios indicados en el anuncio de licitación, son invitados a presentar ofertas.

<sup>29</sup> En el procedimiento negociado, las entidades y los poderes adjudicadores consultan a los operadores económicos de su elección y negocian con uno o más de ellos las condiciones del contrato que se va a celebrar. Esta negociación de las condiciones de la oferta no es posible en los procedimientos abierto y restringido.

<sup>30</sup> Esta mayor flexibilidad prevista en la Directiva sobre servicios públicos se debe a que esta se aplica no solo a las autoridades públicas, sino también a empresas comerciales, ya sean estas empresas públicas o privadas que operen con derechos especiales o exclusivos. Por consiguiente, sus procedimientos tratan de estar próximos a las prácticas comerciales, aunque preservando un mínimo de transparencia e igualdad de trato.

enumeradas en su artículo 30. En ambas Directivas, la utilización de procedimientos negociados sin publicación de un anuncio de contrato está restringida a situaciones excepcionales, que se enumeran exhaustivamente<sup>31</sup> y se interpretan de manera restrictiva.

En el área de los servicios, los contratadores pueden utilizar también los concursos de proyectos<sup>32</sup>. En 2004 se introdujeron en las Directivas varias opciones y herramientas de procedimiento específicas, como el diálogo competitivo<sup>33</sup>, un sistema dinámico de adquisición<sup>34</sup> o las subastas electrónicas<sup>35</sup>. La flexibilidad de los procedimientos introducida en 2004 incluye también la posibilidad de centralizar la contratación realizándola a partir o a través de una central de compras<sup>36</sup> o mediante la adjudicación de acuerdos marco<sup>37</sup>. Además, en el contexto de la crisis financiera, la Comisión consideró que la utilización de un procedimiento acelerado<sup>38</sup> estaba justificada para llevar a cabo proyectos importantes de inversión pública en 2009 y 2010.

Esta variedad ampliada de opciones de procedimiento debe examinarse ahora para determinar si los procedimientos previstos en la actual Directiva siguen siendo las mejores herramientas posibles para una contratación eficiente, en particular con vistas a fomentar las asociaciones entre los sectores público y privado. Tanto el diseño de los diferentes tipos de procedimientos propiamente dichos, como los requisitos impuestos por las Directivas para las distintas etapas del procedimiento<sup>39</sup>, deben ser objeto de un examen minucioso respecto a su eficiencia, para que puedan optimizarse los resultados de la contratación con la menor carga administrativa posible<sup>40</sup>.

#### Preguntas:

<sup>31</sup> Artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE y artículo 40, apartado 3, de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>32</sup> Los concursos de proyectos son procedimientos que permiten al poder o la entidad adjudicadores adquirir planes o proyectos seleccionados por un jurado después de haber sido objeto de una licitación, por ejemplo un concurso para obtener ideas sobre el diseño de un centro comunitario destinado a un barrio en el que está programada una regeneración urbana. Los concursos de proyectos pueden utilizarse también en otros ámbitos, por ejemplo para adquirir planos para la posible estructura futura de una red de comunicaciones entre administraciones a diferentes niveles.

<sup>33</sup> Este procedimiento para contratos particularmente complejos permite determinar las condiciones detalladas de los contratos a través de un diálogo entre el poder adjudicador y los candidatos; artículo 29 de la Directiva 2004/18/CE (solo en la Directiva 2004/18/CE). No obstante, según datos recientes, el diálogo competitivo se ha utilizado para menos del 0,4 % de los procedimientos.

<sup>34</sup> Artículo 33 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>35</sup> Artículo 54 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>36</sup> Artículo 11 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>37</sup> Esta nueva medida de flexibilidad se introdujo solo en la Directiva 2004/18/CE (véase el artículo 32), porque se consideraba que las disposiciones ya existentes (diferentes) en la Directiva sobre servicios públicos (artículo 14) eran suficientes en el contexto particular de la contratación de servicios públicos.

<sup>38</sup> Este procedimiento está previsto en el artículo 38, apartado 8, de la Directiva 2004/18/CE, para los casos en que la urgencia haga impracticables los plazos mínimos habituales. Véase el comunicado de prensa IP/08/2040, de 19 de diciembre de 2008.

<sup>39</sup> Por ejemplo, las normas relativas a la publicación de anuncios, el contenido de los documentos de licitación, los plazos para el procedimiento, los medios de prueba considerados para los criterios de selección, la documentación y la comunicación con los licitadores.

<sup>40</sup> Por supuesto, las tecnologías actuales de la información y la comunicación tienen un potencial considerable de ampliar los procedimientos para todas las partes y ayudar a reducir burocracia, sobre todo cuando se trata de recoger y entregar certificados. No obstante, este aspecto del debate sobre la modernización no se trata en el presente Libro Verde, ya que ha sido objeto de otra consulta distinta, la del *Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU*, SEC(2010) 1214, 18.10.2010.

15. ¿Piensa que los procedimientos que figuran en las Directivas actuales permiten a los poderes adjudicadores obtener los mejores resultados posibles de la contratación? En caso negativo: ¿cómo deben mejorarse los procedimientos para aligerar las cargas administrativas o reducir los costes de las transacciones y la duración de los procedimientos, garantizando al mismo tiempo que los poderes adjudicadores obtengan la mejor rentabilidad por su dinero?
16. ¿Se le ocurren otros tipos de procedimientos que no estén contemplados en las Directivas actuales y que, en su opinión, podrían incrementar la rentabilidad económica de los procedimientos de contratación pública?
17. ¿Piensa que los procedimientos y herramientas previstos en la Directiva para tratar necesidades específicas y facilitar la participación privada en la inversión pública mediante asociaciones entre los sectores público y privado (por ejemplo, el sistema dinámico de adquisición, el diálogo competitivo, las subastas electrónicas y los concursos de proyectos) deben mantenerse en su forma actual, modificarse (en tal caso, cómo) o abolirse?
18. Según su experiencia con la utilización del procedimiento acelerado en 2009 y 2010, ¿estaría usted a favor de generalizar esta posibilidad de acortar los plazos en determinadas circunstancias? En su opinión, ¿podría hacerse sin poner en peligro la calidad de las ofertas?

### *Más negociación*

Las partes interesadas sugieren a menudo que hace falta más flexibilidad en los procedimientos de contratación y que, en concreto, se debe permitir a los poderes adjudicadores que negocien las condiciones del contrato con los licitadores potenciales.

La utilización de negociaciones está contemplada en el ACP, siempre que se notifique en el anuncio de licitación. Por tanto, tal posibilidad podría extenderse en la legislación general de contratación pública de la UE, supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo. De hecho, esto podría dar a los poderes adjudicadores más flexibilidad para obtener de la contratación resultados que satisfagan realmente sus necesidades.

Esta opción debe ser examinada en profundidad con todas las partes interesadas, poderes adjudicadores y operadores económicos. Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. Esta subjetividad, a su vez, haría más difícil demostrar que el contrato resultante no se benefició de ayuda estatal. Además, dar mayor libertad a los poderes adjudicadores solo reportará resultados útiles si estos tienen la experiencia técnica, el conocimiento del mercado y las destrezas necesarios para negociar un buen acuerdo con los proveedores.

Por último, debe evaluarse cuidadosamente para qué tipo y tamaño de contratos tendría sentido la negociación. Las partes interesadas sostienen a menudo que la negociación sería particularmente apropiada para la adjudicación de contratos pequeños. Por otra parte, podría ser útil también, o más útil, para las licitaciones de grandes proyectos, en especial mediante asociaciones entre los sectores público y privado. Dada la complejidad de los contratos

relativos a estos proyectos, podrían ser incluso más necesarios unos procedimientos especialmente flexibles y grandes márgenes de negociación, así como una mayor experiencia técnica del poder adjudicador para llevar a cabo las negociaciones.

**Preguntas:**

19. ¿Estaría a favor de permitir más negociación en los procedimientos de contratación pública o de generalizar el uso del procedimiento negociado con publicación previa?
20. En este último caso, ¿piensa que esta posibilidad debería permitirse para todos los tipos de contratos y todos los tipos de poderes adjudicadores, o solo en determinadas condiciones?
21. ¿Comparte la opinión de que una utilización generalizada del procedimiento negociado podría acarrear ciertos riesgos de abuso o de discriminación? Además de las salvaguardias ya establecidas en las Directivas para el procedimiento negociado, ¿harían falta otras que protegieran la transparencia y contra la discriminación, a fin de compensar el mayor nivel de discrecionalidad? En tal caso, ¿cuáles podrían ser esas otras salvaguardias?

*Bienes y servicios comerciales*

El ACP establece unas normas especiales para los «bienes y servicios del tipo de los que generalmente se venden u ofrecen a la venta en el mercado comercial a compradores no gubernamentales, y normalmente son adquiridos por éstos, con fines no gubernamentales». Se considera que los bienes y servicios comerciales están disponibles en el mercado de manera normalizada y, por consiguiente, su contratación está simplificada por el hecho de que el precio, la calidad y las condiciones están ampliamente establecidos en los mercados. Podría ser conveniente introducir procedimientos simplificados para la compra de esos bienes y servicios (por ejemplo, procedimientos más sencillos con plazos más cortos).

**Pregunta:**

22. ¿Piensa que sería apropiado establecer procedimientos simplificados para la compra de bienes y servicios comerciales? En tal caso, ¿qué formas de simplificación propondría?

*Selección y adjudicación*

Conforme a las Directivas actuales, la elección del licitador ganador debe llevarse a cabo en dos fases. Durante la fase de selección, el poder adjudicador evalúa la capacidad y la aptitud de los operadores económicos. Esto se hace con arreglo a criterios de exclusión y criterios de capacidad económica y financiera, conocimientos o capacidades profesionales y técnicas. En la fase de adjudicación, el poder adjudicador examina las ofertas y elige la mejor. Esto se hace con arreglo a criterios objetivos relacionados con la calidad de los productos y servicios propuestos.

Según la jurisprudencia del TJE<sup>41</sup>, los poderes adjudicadores deben establecer una distinción estricta entre criterios de selección y criterios de adjudicación. La decisión de adjudicación del contrato debe estar basada exclusivamente en criterios relativos a los productos y servicios ofrecidos. No se permiten consideraciones vinculadas a la capacidad del licitador para ejecutar el contrato, como su experiencia, la distribución de los puestos de responsabilidad y su equipamiento.

En el ACP se distingue también entre la selección y la decisión de adjudicación del contrato. No obstante, esta distinción es menos estricta que en la jurisprudencia citada, porque el ACP no prohíbe explícitamente que se tengan en cuenta, en la fase de adjudicación, criterios que no estén vinculados a los bienes y servicios ofrecidos y, por consiguiente, permite que se tengan en cuenta criterios relacionados con el licitador.

Los poderes adjudicadores se quejan a veces de la carga administrativa que conlleva el requisito de verificar los criterios de selección para todos los candidatos y licitadores antes de examinar los criterios de adjudicación. Alegan que, en algunas circunstancias, permitirles examinar primero los criterios de adjudicación ayudaría a hacer avanzar el proceso con más rapidez, ya que solo habría que examinar los criterios de selección relativos al licitador ganador.

En este aspecto, podría ser conveniente reconsiderar la organización y el orden del examen de los criterios de selección y adjudicación en el marco del procedimiento. Un indicador en esa dirección puede encontrarse en la jurisprudencia más reciente del TJE, en la que se establece que las Directivas sobre contratación pública «no excluye[n], en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente», a condición de que «ambas operaciones [sean]... distintas y que se [rijan] por normas diferentes»<sup>42</sup>. Esto sugiere que lo que importa no es tanto el orden de las etapas del procedimiento como la separación de principio entre criterios de selección y criterios de adjudicación.

Sin embargo, el que esta posibilidad sea o no apropiada debe analizarse cuidadosamente. Una verdadera reducción de las cargas administrativas solo puede imaginarse en circunstancias específicas. Examinar los criterios de selección después de los criterios de adjudicación solo tendría sentido si los criterios de adjudicación pudieran evaluarse de manera rápida y fácil para todos los licitadores. Esto podría ser así, en especial, en la adjudicación de contratos relacionados con la adquisición de bienes estándar al menor precio. Por otra parte, el planteamiento sería difícil de aplicar en un procedimiento restringido o negociado, en el que los candidatos a los que se va a invitar a presentar ofertas o a negociar son seleccionados normalmente con arreglo a los criterios de la selección cualitativa, y cuando se utilicen sistemas de clasificación.

Algunas partes interesadas van más lejos, con propuestas que pondrían en cuestión la separación de principio entre criterios de selección y de adjudicación. Afirman que la posibilidad de tener en cuenta criterios relacionados con el licitador, como la experiencia y la cualificación, como criterios de adjudicación podría ayudar a mejorar los resultados de la contratación.

---

<sup>41</sup> Véanse las sentencias de 20.9.1988 en el asunto 31/87 Beentjes, apartados 15 a 19; de 24.1.2008 en el asunto C-532/06 Lianakis, apartado 30; y de 12.11.2009 en el asunto C-199/07 Comisión/Grecia, apartados 51 a 55.

<sup>42</sup> Véanse las sentencias Lianakis, apartado 27, y Comisión/Grecia, apartado 51.

Sin embargo, hay que saber que la aceptación de esa posibilidad introduciría un cambio fundamental en el sistema procedimental establecido en las Directivas de contratación pública. La separación entre criterios de selección y de adjudicación garantiza la equidad y la objetividad en la comparación de las ofertas. Permitir la inclusión de criterios relacionados con el licitador, como la experiencia y la cualificación, en tanto que criterios de adjudicación del contrato podría mermar la comparabilidad de los factores que deben tenerse en cuenta y, en última instancia, vulneraría el principio de igualdad de trato. Así pues, la dependencia de criterios relacionados con el licitador podría dar lugar también a falseamientos de la competencia. Por lo tanto, las propuestas que apuntan en esa dirección deben contemplarse, si acaso, tan solo en circunstancias limitadas, por ejemplo, para tipos específicos de contratos en los que las cualificaciones y el currículum del personal disponible sean especialmente importantes.

En todo caso, cualquier cambio que tenga una repercusión en el principio de la separación de la selección y la adjudicación debe considerarse con extremo cuidado. Podría ser necesario introducir salvaguardias adicionales para garantizar la equidad y la objetividad de los procedimientos.

**Preguntas:**

23. ¿Estaría a favor de un planteamiento más flexible de la organización y la secuencia del examen de los criterios de selección y adjudicación como parte del procedimiento de contratación? En tal caso, ¿piensa que debería ser posible examinar los criterios de adjudicación antes que los criterios de selección?
24. ¿Considera que, en casos excepcionales, podría estar justificado permitir que los poderes adjudicadores tuvieran en cuenta criterios relativos al licitador como tal en la fase de adjudicación? Si la respuesta es afirmativa, ¿en qué casos? Y, en su opinión, ¿qué salvaguardias adicionales serían necesarias para garantizar la equidad y la objetividad de la decisión de adjudicación en un sistema así?

*Tener en cuenta el comportamiento pasado*

Las partes interesadas han señalado también que las Directivas actuales no proporcionan instrumentos adecuados para tener en cuenta experiencias anteriores que los poderes adjudicadores puedan haber tenido en relación con la actuación de los licitadores. Es cierto que contar con esa experiencia puede aportar indicadores útiles sobre la calidad del licitador y su futuro trabajo. Sin embargo, esta posibilidad acarrearía riesgos obvios de discriminación entre los licitadores. Por lo tanto, habría que establecer salvaguardias apropiadas para garantizar la igualdad de trato de los licitadores, la transparencia y la equidad del procedimiento.

**Pregunta:**

25. ¿Piensa que la Directiva debe permitir explícitamente que se tenga en cuenta la experiencia previa en relación con uno o más licitadores? En caso afirmativo, ¿qué salvaguardias serían necesarias para impedir las prácticas discriminatorias?

*Herramientas específicas para las empresas de servicio público*

Las herramientas procedimentales de la Directiva sobre servicios públicos difieren sustancialmente de las de la Directiva 2004/18/CE en diversos aspectos. Uno de ellos es que dan mayor flexibilidad de procedimiento a los poderes adjudicadores. Además de la mencionada libertad para elegir un procedimiento negociado con convocatoria de licitación, los operadores de servicios públicos tienen a su disposición otras dos herramientas específicas para organizar la contratación, a saber: los sistemas de clasificación<sup>43</sup> y los anuncios periódicos indicativos<sup>44</sup>.

Conforme a lo dispuesto en la actual Directiva sobre servicios públicos, los anuncios sobre la existencia de un sistema de clasificación pueden utilizarse como medio de convocatoria de licitación para las contrataciones de cualquier tipo de obras, suministros o servicios que vayan a adquirirse mientras dure el sistema de clasificación, con independencia del número de procedimientos de contratación individuales que vaya utilizarse para ese fin. Cuando se elige un anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación como medio de convocatoria de licitación, los contratos específicos de que en ella se trate únicamente pueden adjudicarse mediante un procedimiento restringido o negociado en el que se elige a los participantes entre aquellos —y solo aquellos— que ya están clasificados de acuerdo con las normas que regulan el sistema en cuestión. Los sistemas de clasificación pueden ser un instrumento útil en relación con la contratación de obras, suministros o servicios muy exigentes desde el punto de vista técnico<sup>45</sup> que conlleven un procedimiento tan largo para la clasificación de los operadores económicos<sup>46</sup> que resulte ventajoso que todos los interesados utilicen el mismo proceso de clasificación en relación con una serie de procedimientos de contratación concretos, en lugar de tener que repetir el proceso de clasificación para cada uno de ellos.

Los anuncios periódicos indicativos pueden utilizarse como medio de convocatoria de licitación en relación con la contratación de cualquier tipo de obra, suministro o servicio que vaya a adquirirse a lo largo de un periodo de doce meses, con independencia del número de procedimientos de contratación concretos que vayan a utilizarse para ese fin. Cuando se elige un anuncio periódico indicativo como medio de convocatoria de licitación, los contratos específicos de que se trate no pueden ser adjudicados mediante procedimiento abierto, sino únicamente mediante un procedimiento restringido o negociado en el que se elige a los participantes entre aquellos —y solo aquellos— que hayan declarado su interés en respuesta al anuncio periódico indicativo. Los anuncios periódicos indicativos suelen utilizarse como medio de convocatoria de licitación para la adquisición reiterada de bienes, servicios u obras uniformes y similares, y, por tanto, pueden facilitar la actividad cotidiana de los operadores de servicios públicos.

**Pregunta:**

26. ¿Considera que son necesarias normas específicas para la contratación que llevan a cabo los operadores de servicios públicos? Las diferentes normas que se aplican a los operadores de servicios públicos y las empresas públicas, ¿reconocen adecuadamente el carácter específico de la contratación de estos servicios?

<sup>43</sup> Véase, en particular, el artículo 53.

<sup>44</sup> Véase el artículo 42, apartado 3.

<sup>45</sup> Por ejemplo, vehículos ferroviarios, conducciones de gas de alta presión, etc.

<sup>46</sup> En algunos casos, de más de seis meses.

## 2.2. Instrumentos específicos para los pequeños poderes adjudicadores

Los poderes adjudicadores pequeños, en particular, se quejan a menudo de que aplicar íntegramente el régimen de normas de procedimiento y salvaguardias para la adjudicación de sus relativamente pequeños contratos exige una cantidad desproporcionada de tiempo y esfuerzo. Para los pequeños contratos por debajo de los umbrales de las Directivas, aducen también la inseguridad jurídica en relación con la necesidad de cumplir o no los requisitos derivados del Derecho primario. Ambas preocupaciones pueden tratarse de la siguiente manera:

*Un marco procedimental más ligero para la adjudicación de contratos por encima de los umbrales de las Directivas por los poderes adjudicadores locales y regionales*

Podría ser conveniente establecer un marco procedimental más ligero para los poderes adjudicadores locales y regionales, aprovechando todas las posibilidades de flexibilidad que ofrece el ACP para las entidades subcentrales y los operadores de servicios públicos, sin comprometer el requisito de transparencia. Las Directivas actuales prevén esta flexibilidad solo para los operadores de servicios públicos, pero no para los poderes adjudicadores locales y regionales. Este tipo de sistema diferenciado daría a las entidades locales más libertad en su actividad de contratación y reduciría las cargas administrativas, precisamente en aquellas áreas en las que podrían ser desproporcionadas. Por otra parte, la creación de diferentes niveles de requisitos de procedimiento podría incrementar la complejidad del marco jurídico global y resultar difícil de transponer y aplicar en la práctica, sobre todo por lo que respecta a la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales<sup>47</sup>.

Un elemento de este aligeramiento del marco procedimental podrían ser unos requisitos de publicación menos estrictos: de acuerdo con el ACP, un poder adjudicador subcentral puede adjudicar un contrato sin publicar un anuncio de contrato específico, siempre que haya anunciado su intención y haya publicado información específica en un anuncio periódico indicativo o un anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación<sup>48</sup>. Esta opción podría reducir considerablemente la carga administrativa para los poderes adjudicadores. Una posible desventaja podría ser la reducción de la accesibilidad a los contratos para los operadores económicos, lo cual haría disminuir la competencia para la obtención de los contratos.

Otra posibilidad podría ser permitir la utilización generalizada del procedimiento negociado con publicación previa de un anuncio de licitación. Se ha examinado ya la posibilidad de permitir las negociaciones en general (sección 2.1). Debe analizarse detenidamente si esta posibilidad es adecuada específicamente para los poderes adjudicadores locales y regionales. Puede ser una buena manera de adaptar el contrato para tener en cuenta preocupaciones y necesidades específicas de esas entidades. Por otra parte, no es seguro que los pequeños poderes adjudicadores tengan siempre el poder adquisitivo y la experiencia técnica necesarios para negociar en igualdad de condiciones con los licitadores.

---

<sup>47</sup> Las normas sobre ayudas estatales prestan más atención a la compensación concedida que al tamaño del poder adjudicador. Cualquier posible revisión encaminada a aligerar el marco procedimental deberá hacerse sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre ayudas estatales.

<sup>48</sup> Para una explicación detallada de estos instrumentos, véase la sección 2.1.

**Preguntas:**

27. ¿Piensa que el régimen íntegro de contratación pública es apropiado o, por el contrario, inadecuado para las necesidades de los poderes adjudicadores más pequeños? Explique su respuesta.
28. En caso afirmativo, ¿estaría a favor de simplificar el régimen de contratación para la adjudicación de contratos relativamente pequeños por las autoridades regionales y locales? ¿Cuáles deberían ser, en su opinión, las características de ese régimen simplificado?

*Más seguridad jurídica para las adjudicaciones por debajo de los umbrales de las Directivas*

El valor de muchos de los contratos adjudicados por pequeños poderes adjudicadores locales y regionales está por debajo de los umbrales de las Directivas. No obstante, según la jurisprudencia del TJUE, la adjudicación de esos contratos debe respetar los principios fundamentales de la legislación de la UE, como la no discriminación y la transparencia, si presentan un interés transfronterizo. La Comisión ha expresado su opinión sobre los requisitos derivados de la jurisprudencia del Tribunal en su *Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública*<sup>49</sup>.

Sin embargo, muchos poderes adjudicadores sostienen que la aclaración que proporciona esta Comunicación puede no ser siempre suficiente en la práctica, sobre todo cuando se trata de determinar si existe o no un interés transfronterizo. La incertidumbre acerca de si las normas de los principios básicos deben respetarse o no en casos concretos dificultaría las cosas, especialmente para los poderes adjudicadores más pequeños. La importancia de esta cuestión queda también de manifiesto en las medidas adoptadas al respecto por los Estados miembros en el contexto de la crisis financiera.

Aunque los contratos situados por debajo de los umbrales no estarían probablemente cubiertos por una futura propuesta legislativa, podría estudiarse ampliar la orientación ofrecida a los poderes adjudicadores para ayudarles a evaluar la existencia o no de un interés transfronterizo cierto en casos concretos.

**Pregunta:**

29. ¿Piensa que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según se explica en la Comunicación Interpretativa de la Comisión, ofrece seguridad jurídica suficiente para la adjudicación de contratos por debajo de los umbrales de las Directivas? ¿O considera que podría ser necesaria más orientación, por ejemplo sobre los indicios de un posible interés transfronterizo, o cualquier otra iniciativa de la UE? ¿En qué aspectos considera que esto sería pertinente o necesario?

<sup>49</sup> Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, de 1.8.2006 (DO C 179 de 1.8.2006, p. 2). Véase también la sentencia del Tribunal General de 20 de mayo de 2010 en el asunto T-258/06, Alemania/Comisión.

### 2.3. Cooperación dentro del sector público

Otra cuestión que ha sido objeto de controversia en los últimos decenios es la de si las normas de contratación pública deben aplicarse a los contratos celebrados entre entidades públicas, y en qué medida.

El principio de una competencia leal y abierta impide que los contratos celebrados entre entidades públicas queden *automáticamente* excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública de la UE. Sin embargo, es cierto que la aplicación de estas normas no conviene a determinadas formas de cooperación entre las entidades públicas, que, en esa medida, el Tribunal de Justicia Europeo no considera que sean contratación pública.

Básicamente, debe trazarse una línea divisoria entre los acuerdos entre poderes adjudicadores para llevar a cabo sus tareas amparados por su derecho a la organización autónoma, por un lado, y las actividades de contratación que deben beneficiarse de una competencia abierta entre los operadores económicos, por otro. En concreto, el TJE ha distinguido dos supuestos de cooperación dentro del sector público que no están regulados por las Directivas sobre contratación pública de la UE:

A nivel interno: los contratos adjudicados a una entidad pública no se consideran contratación pública si los poderes adjudicadores ejercen sobre la entidad de que se trate un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y esta entidad realiza la parte esencial de su actividad con los poderes adjudicadores<sup>50</sup>. Varios poderes adjudicadores pueden utilizar una sola entidad, controlada conjuntamente a nivel interno (cooperación vertical/institucionalizada). Sin embargo, esta jurisprudencia del Tribunal deja abiertas una serie de cuestiones, como qué significa exactamente «control análogo», o la adjudicación de contratos por la entidad controlada a la matriz o a otra perteneciente a la misma estructura interna (es decir, otra entidad controlada por la misma matriz).

«Cooperación horizontal»: en una sentencia más reciente<sup>51</sup>, el Tribunal estableció que la utilización conjunta de entidades controladas internamente no era la única forma posible de cooperación dentro del sector público, y que esa cooperación podía mantenerse a un nivel puramente contractual (cooperación horizontal/no institucionalizada). Las normas de la UE sobre contratación pública no se aplican a este tipo de organización en el caso de que la ejecución conjunta por entidades exclusivamente públicas de una tarea pública, utilizando sus propios recursos, con un objetivo común y vinculadas por mutuos derechos y obligaciones, vaya más allá de «la ejecución de una tarea a cambio de una remuneración» en aras de la realización de objetivos de interés público.

Aparte de estas dos formas de cooperación, es preciso mencionar otro supuesto, que no se refiere a la «cooperación» en sentido estricto entre varios poderes adjudicadores, sino más bien a la transferencia de competencias de una entidad a otra para la realización de una tarea pública. Esta transferencia de competencias queda fuera del ámbito de aplicación de las Directivas de la UE sobre contratación pública si la responsabilidad por la tarea como tal se transfiere totalmente (y no se trata tan solo de encomendar la ejecución efectiva de la tarea a otra entidad).

---

<sup>50</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos C-107/98, Teckal; C-324/07, Coditel y C-573/07, Sea.

<sup>51</sup> Asunto C-480/06, Comisión/Alemania.

El desarrollo de la jurisprudencia del TJE ha dado lugar a un panorama bastante complejo de posibles excepciones a la cooperación dentro del sector público, y la experiencia ha mostrado que los poderes adjudicadores no siempre tienen claro si sus relaciones están incluidas en el ámbito de aplicación de la legislación de la UE sobre contratación pública y en qué condiciones. Para responder a esta necesidad de aclaración a corto plazo, los servicios de la Comisión proporcionarán orientación sobre la interpretación de la jurisprudencia en un documento de trabajo que se publicará en 2011.

No obstante, la cuestión principal es si (y cómo) esta cuestión debe tratarse mediante normas legislativas que proporcionen, en particular, una definición clara de esas formas de cooperación que quedan fuera del ámbito de aplicación de las Directivas de la UE sobre contratación pública.

Podría ser útil explorar si tiene cabida un concepto con algunos criterios comunes para las formas de cooperación dentro del sector público que quedan exentas. Tal concepto debería distinguir claramente entre formas modernas de organización de la ejecución (conjunta) de las tareas públicas por los poderes adjudicadores, guiadas exclusivamente por consideraciones de interés público, por una parte (es decir, no reguladas por las normas de contratación pública), y la pura compraventa (comercial) de bienes y servicios en el mercado, por otra (regulada por las normas). Debe analizarse minuciosamente cómo llevar esta distinción a la práctica, teniendo en cuenta también cómo se ha pronunciado el TJE en sus sentencias recientes. Los siguientes aspectos parecen especialmente importantes en este contexto.

En primer lugar, de la jurisprudencia del Tribunal<sup>52</sup> parece desprenderse con claridad que cualquier cooperación dentro del sector público eximida de la aplicación de las normas de la UE sobre contratación pública debe ser siempre estrictamente pública. Por lo tanto, la participación de capital privado en alguna de las entidades cooperantes impide que esa cooperación quede exenta como tal de las normas sobre contratación pública.

Otro elemento que parece importante es el criterio de la «vocación de mercado» de las entidades en cuestión, según la doctrina desarrollada más recientemente por el TJE<sup>53</sup>. Que las entidades en cuestión tienen vocación de mercado significa que están activas en el mercado en competencia directa con operadores privados, persiguiendo objetivos comerciales iguales o parecidos y utilizando los mismos instrumentos. La cooperación exenta de las normas de contratación y destinada a cumplir una tarea pública no debe en principio incluir este tipo de entidades. Los proveedores internos con vocación de mercado podrían dar lugar también a dudas en relación con la competencia y con las ayudas estatales.

En último lugar, debe estudiarse el tipo de conexión entre las entidades cooperantes. En la cooperación institucionalizada, es la presencia de un control interno (conjunto) lo que puede llevar a eximir del ámbito de aplicación del régimen de contratación incluso un acuerdo que normalmente habría estado regulado por él. Si no existe ese control, y para distinguir la cooperación no institucionalizada de un contrato público normal, parece importante que la primera implique derechos y obligaciones recíprocos que vayan más allá de la «realización de

---

<sup>52</sup> Asunto C-26/03, Stadt Halle.

<sup>53</sup> Asunto C-573/07, SEA, apartado 73. Los requisitos mencionados en la sentencia C-480/06, de que la cooperación «se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados» apuntan en la misma dirección.

una tarea a cambio de una remuneración» y que el objetivo principal de la cooperación no sea de naturaleza comercial.

**Preguntas:**

30. A la luz de lo anterior, ¿considera útil establecer normas legislativas a nivel de la UE en relación con el ámbito y los criterios para la cooperación dentro del sector público?
31. ¿Estaría de acuerdo en que debe desarrollarse un concepto, con determinados criterios comunes, para las formas de cooperación dentro del sector público que deben ser eximidas? En su opinión, ¿cuáles serían los elementos importantes de ese concepto?
32. ¿O le parecería preferible que hubiera normas específicas para las diferentes formas de cooperación, según la jurisprudencia del TJE (por ejemplo, cooperación interna y horizontal)? En caso afirmativo, explique por qué y cuáles deberían ser esas normas.
33. ¿Deberían las normas de la UE regular también las transferencias de competencias? Explique por qué razones.

#### **2.4. Herramientas adecuadas para la agregación de la demanda/contratación conjunta**

Una de las cuestiones en las que las partes interesadas deploran a menudo lo que consideran la insuficiencia de instrumentos a nivel de la UE es la de la agregación de la demanda/coordinación de la contratación pública entre poderes adjudicadores.

Quienes están a favor de esa agregación de la demanda destacan los considerables efectos positivos que tendría para los proveedores y los poderes adjudicadores, entre los cuales cabe citar: economías de escala, reducción de los costes de producción en beneficio de las empresas y los contribuyentes europeos, aumento del poder adquisitivo de las autoridades públicas, que además tendrían la posibilidad de aunar sus cualificaciones y experiencia y de compartir los costes y los riesgos relacionados con la contratación. En concreto, compartir los costes y los riesgos facilitaría también la contratación estratégica de productos y servicios nuevos e innovadores, lo que fomentaría el desarrollo de nuevos productos y mercados<sup>54</sup>.

La cooperación transfronteriza entre poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros podría contribuir especialmente a una mayor integración de los mercados de la contratación pública, lo cual favorecería la desfragmentación de los mercados europeos a través de las fronteras nacionales, creando así una base industrial europea viable y competitiva a nivel internacional.

Las Directivas actuales proporcionan ya una serie de herramientas para la agregación de la demanda, como las centrales de compras<sup>55</sup>. Existen otros instrumentos que no están específicamente diseñados para la agregación de la demanda, pero que pueden utilizarse para

---

<sup>54</sup> Por eso en la iniciativa emblemática «Unión por la innovación» —SEC(2010) 1161—, que trata de relanzar las políticas europeas de innovación e investigación como parte de la estrategia Europa 2020, se pide también una iniciativa de la UE en materia de contratación conjunta.

<sup>55</sup> Véase el artículo 1, apartado 10, de la Directiva 2004/18/CE.

este fin, como la posibilidad de celebrar contratos marco en los que participen varios poderes adjudicadores. Obviamente, los poderes adjudicadores pueden coordinar también sus actividades de contratación sencillamente mediante el intercambio de experiencias o la coordinación de determinadas fases del procedimiento de contratación.

Sin embargo, es necesario un debate que responda a la solicitud recurrente de instrumentos más específicos a nivel de la UE para agregar la demanda, en particular la contratación conjunta transfronteriza. Estos instrumentos y mecanismos deberían establecer el correcto equilibrio entre permitir una agregación más fuerte de la demanda en sectores estratégicos y no restringir la competencia en los mercados de la contratación pública (en particular en detrimento de las PYME), por ejemplo dividiendo los contratos en lotes.

Por lo que respecta a la contratación pública conjunta transfronteriza, podría ser necesario tratar otras cuestiones jurídicas, como las siguientes: determinar qué legislación nacional es aplicable al procedimiento de contratación pública y al contrato, la posibilidad de que los poderes adjudicadores utilicen otra legislación nacional que no sea la propia, la decisión sobre el órgano competente y las normas aplicables para revisar las decisiones de contratación, etc.

#### **Preguntas:**

34. En términos generales, ¿está a favor de una agregación mayor de la demanda/más contratación conjunta? En su opinión, ¿cuáles son las ventajas y las desventajas?
35. En su opinión, ¿existen obstáculos al buen funcionamiento de la agregación de la demanda/contratación conjunta? ¿Piensa que los instrumentos que estas Directivas proporcionan para agregar la demanda (central de compras, contratos marco) funcionan bien y son suficientes? Si la respuesta es negativa, ¿cómo deberían modificarse estos instrumentos? En su opinión, ¿qué otros instrumentos o disposiciones serían necesarios?
36. Piensa que el fortalecimiento de la agregación de la demanda/la contratación conjunta podría conllevar riesgos en términos de restricción de la competencia o dificultades para el acceso de las PYME a los contratos públicos? En tal caso, ¿cómo podrían reducirse los posibles riesgos?
37. ¿Piensa que la contratación pública conjunta sería adecuada para algunas áreas de productos específicas más que para otras? Si es así, especifique algunas de estas áreas y explique las razones.
38. ¿Encuentra problemas específicos para la contratación conjunta transfronteriza (por ejemplo, en términos de legislación aplicable y procedimientos de recurso)? En concreto, ¿piensa que su legislación nacional permitiría que un poder adjudicador estuviera sujeto a un procedimiento de revisión en otro Estado miembro?

#### **2.5. Interrogantes acerca de la ejecución del contrato**

Aparte de exigir transparencia previa para las cláusulas de ejecución del contrato (indicación en el anuncio de licitación o en las especificaciones), las Directivas actuales no regulan la ejecución del contrato. Sin embargo, algunos problemas que pueden plantearse durante la fase de ejecución pueden afectar gravemente a la no discriminación entre licitadores y a la solidez de la contratación pública en general. Se plantea la cuestión de si las normas de la UE deben

proporcionar instrumentos específicos que permitan a los poderes adjudicadores tratar más eficazmente estos problemas.

### *Modificaciones sustanciales*

Una cuestión particularmente compleja es la de cambios posteriores que tienen una repercusión en el propio contrato o en su ejecución.

Según la jurisprudencia del TJE, la modificación de las disposiciones de un contrato público durante la validez de éste exige un nuevo procedimiento de adjudicación, si introduce diferencias sustanciales con respecto al contrato original<sup>56</sup>.

El TJE ha dado ya algunas indicaciones sobre qué modificaciones deben considerarse sustanciales. En concreto, se considera que lo son cuando introducen condiciones que habrían permitido la participación de otros licitadores o la selección de otras ofertas, si amplían el contrato en gran medida o si modifican su equilibrio económico<sup>57</sup>. Sin embargo, los poderes adjudicadores han indicado que, para determinados tipos de modificaciones, la jurisprudencia no resulta suficientemente clara en cuanto a determinar si es necesario un nuevo procedimiento de licitación.

Con la presente consulta se tratará de determinar si hace falta una aclaración jurídica al nivel de la UE para establecer las condiciones en las que la modificación de un contrato exige un nuevo procedimiento de adjudicación. Esa aclaración podría hacer referencia también a las posibles consecuencias de esas modificaciones (por ejemplo, proporcionar un procedimiento de contratación más sencillo para la licitación del contrato modificado)<sup>58</sup>.

#### **Preguntas:**

39. ¿Deberían las Directivas sobre contratación pública regular la cuestión de las modificaciones sustanciales de un contrato durante su período de validez? En tal caso, ¿qué elementos de aclaración propondría?
40. Cuando deba organizarse un nuevo procedimiento de licitación a raíz de la modificación de una o más condiciones esenciales, ¿estaría justificada la aplicación de un procedimiento más flexible? ¿De qué procedimiento podría tratarse?

### *Cambios relacionados con el contratista y terminación de los contratos*

Los cambios relacionados con el contratista elegido plantean también algunas cuestiones complejas. De acuerdo con la jurisprudencia del TJE, la sustitución por un nuevo socio contractual de aquel al que el poder adjudicador había adjudicado inicialmente el contrato constituye una modificación sustancial, y exige por tanto una nueva adjudicación, a menos que esa sustitución estuviera prevista en las condiciones del contrato inicial, por ejemplo,

---

<sup>56</sup> Véanse las sentencias de 5.10.2000 en el asunto C-337/98, Comisión/Francia, apartados 44 y 46; de 19.6.2008 en el asunto C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, apartados 34-37; y de 13.4.2010 en el asunto C-91/08, Wall AG, apartado 37.

<sup>57</sup> Véase la sentencia presstext Nachrichtenagentur, apartados 35-37.

<sup>58</sup> En el artículo 31, apartado 4, de la Directiva 2004/18/CE, se ofrece ya una solución para algunos cambios específicos, al permitirse la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación para la ejecución de obras o servicios adicionales en determinadas circunstancias.

mediante una disposición sobre subcontratación. Sin embargo, esto no se aplica en los casos en que un contrato es transferido a otro contratista perteneciente al mismo grupo como parte de una reorganización interna<sup>59</sup>. Por otra parte, en situaciones excepcionales, un cambio de subcontratista podría considerarse una modificación sustancial del contrato, aunque la posibilidad de un cambio esté contemplada en las condiciones del contrato<sup>60</sup>.

La experiencia de las partes interesadas sugiere además que, no solo la sustitución del contratista por otra entidad jurídica, sino también los cambios en su condición pueden tener una repercusión significativa en el equilibrio contractual o en la buena ejecución (por ejemplo, incidentes que repercutan en la capacidad para ejecutar el contrato, como insolvencia, marcha de la empresa de algunos expertos cruciales, etc.).

Una vez más, debe estudiarse si hacen falta instrumentos a nivel de la UE que ayuden a los poderes adjudicadores a tratar de manera adecuada estas situaciones, por ejemplo, el derecho de los poderes adjudicadores de poner fin al contrato en caso de cambios importantes relacionados con el contratista, o un nuevo procedimiento simplificado para sustituir al antiguo contratista en esos casos<sup>61</sup>.

Esta posibilidad explícita de que los poderes adjudicadores pongan fin al contrato podría requerirse también en los casos en que el TJE declare que la adjudicación de un contrato específico ha infringido las normas de contratación pública de la UE. Aunque los Estados miembros están obligados a poner término a los contratos cuya adjudicación haya infringido las normas de la UE<sup>62</sup>, en algunas legislaciones nacionales no se prevé ningún derecho de cancelación de esos contratos, lo cual hace difícil —si no *de facto* imposible— que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para cumplir las sentencias del TJE en casos de infracción.

#### **Preguntas:**

41. ¿Piensa que disponer de normas de la UE sobre los cambios en el contexto de la ejecución de los contratos aportaría un valor añadido? En tal caso, ¿cuál sería el valor añadido de unas normas al nivel de la UE? En particular, ¿deberían las normas de la UE disponer explícitamente la obligación o el derecho de los poderes adjudicadores de cambiar de proveedor/poner término al contrato en determinadas circunstancias? En caso afirmativo, ¿en qué circunstancias? ¿Debería la UE establecer también procedimientos específicos sobre cómo se debe o se puede elegir al nuevo proveedor?
42. ¿Está de acuerdo en que las Directivas de la UE sobre contratación pública deben exigir a los Estados miembros que prevean en su legislación nacional el derecho a cancelar contratos cuya adjudicación haya infringido la legislación sobre contratación pública?

---

<sup>59</sup> Sentencia presstext Nachrichtenagentur, apartado 40.

<sup>60</sup> Véase la sentencia Wall AG, apartado 39.

<sup>61</sup> Este procedimiento podría proporcionar también soluciones intermedias, como la posibilidad de habilitar al segundo mejor del procedimiento de licitación original o de volver a abrir la licitación solo entre aquellos licitadores que hubieran participado en el procedimiento original, siempre que este no se hubiera celebrado en fecha muy anterior.

<sup>62</sup> Véase el asunto C-503/04, Comisión/Alemania.

En términos más generales, la regulación nacional sobre la ejecución de los contratos es bastante detallada en muchos Estados miembros y puede ser una fuente de cargas administrativas (por ejemplo, normas sobre las garantías de ejecución, las condiciones de entrega, los retrasos, la indicación del precio de los ajustes, etc.). La cantidad de normas nacionales en este ámbito podría tal vez reducirse introduciendo normas comunes para determinados aspectos a nivel de la UE.

**Pregunta:**

43. ¿Piensa que determinados aspectos de la ejecución de los contratos —y, en su caso, cuáles— deberían regularse a nivel de la UE? Explique su respuesta.

*Subcontratación*

La legislación existente contiene tan solo algunas normas muy limitadas sobre subcontratación. En el artículo 25 de la Directiva 2004/18/CE se establece que los poderes adjudicadores pueden obligar al licitador a mencionar en su oferta sus intenciones en materia de subcontratación. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del TJE, un licitador tiene en principio derecho a recurrir a subcontratistas para la ejecución del contrato, aunque esto signifique que todo el contrato, o una gran parte de él, sea ejecutada por subcontratistas. La subcontratación de partes esenciales del contrato únicamente puede limitarse o prohibirse en caso de que el poder adjudicador no haya podido verificar la capacidad técnica y económica de los subcontratistas.

Algunas partes interesadas han pedido mayores restricciones de la subcontratación para que los poderes adjudicadores puedan ejercer más influencia en la ejecución del contrato. Defienden, por ejemplo, la posibilidad de excluir la subcontratación por completo, o al menos para partes esenciales del contrato, de restringirla a un determinado porcentaje del contrato, o de reconocer el derecho general de los poderes adjudicadores a rechazar a los subcontratistas propuestos.

**Pregunta:**

44. ¿Piensa que los poderes adjudicadores deberían tener más posibilidades de influir en la subcontratación que lleve a cabo el licitador seleccionado? En tal caso, ¿qué instrumentos propondría?

**3. UN MERCADO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS ACCESIBLE**

Uno de los objetivos más importantes de la legislación de la UE sobre contratación pública es permitir que los operadores económicos compitan eficazmente por los contratos públicos en otros Estados miembros. A este respecto se ha logrado un éxito considerable desde la introducción de las primeras Directivas sobre contratación pública, en la década de los setenta. Sin embargo, parece que aún queda margen de mejora para crear un verdadero mercado europeo de la contratación pública que sea plenamente accesible para todas las empresas europeas. En concreto, habrá que mejorar el acceso para las PYME y aumentar la competitividad de los mercados de la contratación pública en general.

**Pregunta:**

45. ¿Piensa que las Directivas actuales permiten a los operadores económicos aprovechar plenamente las oportunidades de contratación en el mercado interior? En caso negativo: ¿qué disposiciones considera que no están bien adaptadas a las necesidades de los operadores económicos, y por qué?

**3.1. Mejora del acceso para las PYME y las empresas incipientes**

La finalidad de las Directivas sobre contratación pública es abrir el mercado de la contratación pública a todos los operadores económicos, con independencia de su tamaño. No obstante, debe prestarse particular atención al problema del acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYME) a esos mercados<sup>63</sup>.

Las PYME, con su gran potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación, son consideradas la espina dorsal de la economía de la UE. Facilitarles el acceso a los contratos públicos puede ayudarlas a liberar este potencial de crecimiento e innovación, lo cual tendría una repercusión positiva en la economía europea. Además, una participación fuerte de las PYME en las compras públicas permite a los poderes adjudicadores ampliar considerablemente la base de potenciales proveedores, con los efectos positivos de incremento de la competencia por los contratos públicos y contrapeso de los agentes dominantes en el mercado.

Con el fin de hacer las contrataciones públicas de todos los tamaños lo más accesibles posible para las PYME, la Comisión publicó en 2008 el *European Code of Best Practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts*<sup>64</sup>. En él se destaca y desarrolla una serie de prácticas previstas en el marco normativo de la UE que optimizan las licitaciones para la participación de las PYME y garantizan la igualdad de oportunidades para este grupo de licitadores.

Un estudio reciente encargado por la Comisión Europea<sup>65</sup> revela que, entre 2006 y 2008, la proporción de PYME entre las empresas que obtuvieron contratos públicos *por encima de los umbrales de la UE* se situó entre el 58 % y el 61 % en la EU-27. Por lo que respecta al valor total estimado de los contratos obtenidos, las PYME representaron entre el 31 % y el 38 % de la contratación pública, mientras que su porcentaje global en la economía, calculado con arreglo a su volumen de negocios conjunto, es del 52 %.

En estas circunstancias, merece la pena analizar si es necesario prever medidas legislativas a nivel de la UE para asegurar que los poderes adjudicadores aprovechen plenamente el potencial económico e innovador de las PYME en sus transacciones relativas a los contratos públicos.

*Reducción de las cargas administrativas en la fase de selección*

<sup>63</sup> Véase también la petición del Parlamento Europeo a la Comisión para que haga más esfuerzos destinados a facilitar el acceso de las PYME a los mercados de la contratación pública en el *Informe sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública (2009/2175(INI))*.

<sup>64</sup> Documento de trabajo de los servicios de la Comisión - SEC(2008) 2193.

<sup>65</sup> *Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU (2009 update)*, presentado en septiembre de 2010. Encargado por la Dirección General de Empresa e Industria. Consultor: GHK.

Los comentarios recibidos de los operadores económicos pequeños y medianos indican que los principales obstáculos a la participación de las PYME en las licitaciones públicas se encuentran en la fase de selección. Por una parte, están relacionados con las pruebas que deben proporcionarse. El gran número de certificados que a menudo se exige en la fase de selección acarrea una carga administrativa que a las PYME puede resultarles difícil asumir, especialmente en un contexto transfronterizo, cuando además hay que traducirlos. Por otra parte, los criterios de selección como tales se sitúan con frecuencia a un nivel tan elevado (por ejemplo, requisitos relacionados con el volumen de negocios o número de contratos de referencia exigidos), que a las PYME les resulta prácticamente imposible cumplirlos.

En relación con la primera cuestión (pruebas para los criterios de selección), una solución que se propone a menudo consistiría en permitir en general a las empresas que presenten solo un resumen de la información pertinente para la selección o que faciliten, como primer paso, declaraciones del propio empresario sobre el cumplimiento de los criterios de selección. En principio, solo se pediría que presentasen justificantes reales (certificados) al licitador seleccionado o a los licitadores admitidos a la fase de adjudicación. No obstante, el poder adjudicador tendría la posibilidad de pedir los documentos en cualquier momento del procedimiento de contratación, o incluso después, con fines de prevención del fraude. Esto reduciría la carga administrativa, sobre todo para las pequeñas y medianas empresas, sin poner en peligro las garantías de hacer una buena elección.

En relación con la segunda cuestión (criterios de selección demasiado exigentes), podría ser conveniente introducir en las normas de la UE un tope a determinados requisitos de selección cualitativa, especialmente en relación con la capacidad financiera. Esto podría evitar que los poderes adjudicadores establezcan criterios de selección demasiado exigentes (por ejemplo, sobre el volumen de negocios) que inevitablemente excluyen a las PYME. Tal medida sería un desarrollo de la obligación ya existente de aplicar criterios de selección proporcionados. Por otra parte, restringiría la libertad de los poderes adjudicadores para determinar qué niveles consideran necesarios para asegurar que el contrato se ejecute adecuadamente.

#### *Otras propuestas*

Algunas partes interesadas han propuesto también que se introduzcan medidas de discriminación positiva en relación con las PYME, como fijar por adelantado las cuotas de contratación reservadas exclusivamente para ellas. A diferencia de algunos de sus socios comerciales que han introducido este tipo de medidas, la UE no está a favor de reservar mercados para empresas específicas. Este tipo de acciones sería también contrario al principio de igualdad de trato de los licitadores, un pilar fundamental del régimen de contratación pública de la UE afianzado por el Tribunal de Justicia en las libertades del Tratado.

Sin embargo, una posibilidad viable podría ser la adopción de medidas administrativas internas que incentivasen a los poderes adjudicadores a hacer todo lo posible para mejorar el acceso de las PYME a sus contratos públicos. Por ejemplo, podrían fijarse objetivos de participación de las PYME en la contratación global. Este sistema no implicaría *reservar contratos específicos* para las PYME, sino que simplemente proporcionaría a los poderes adjudicadores un incentivo para hacer el mejor uso posible de los instrumentos disponibles con el fin de llevar a cabo una contratación favorable a las PYME.

Otra opción sería permitir que los poderes adjudicadores exijan al licitador seleccionado que subcontrate un porcentaje determinado del valor del contrato a terceros. Esta obligación se reconoce ya en la Directiva 2004/18/CE para las concesiones de obras públicas (artículo 60) y

en la Directiva 2009/81/CE, en relación con la contratación en los ámbitos de la defensa y la seguridad (artículo 21).

**Preguntas:**

46. ¿Piensa que las normas y la política de contratación pública de la UE son ya suficientemente favorables para las PYME? O, por el contrario, ¿piensa que algunas normas de la Directiva deberían revisarse o que deberían introducirse otras medidas para promover la participación de las PYME en la contratación pública? Por favor, explique por qué ha elegido una u otra opción.
47. ¿Sería usted de la opinión de que algunas de las medidas expuestas en el *Code of Best Practices* (Código de Mejores Prácticas), como la subdivisión en lotes (con algunas salvedades) deberían ser obligatorias para los poderes adjudicadores?
48. ¿Piensa que las normas relativas a la elección del licitador acarrearán una carga administrativa desproporcionada para las PYME? En caso afirmativo, ¿cómo podrían flexibilizarse estas normas sin poner en peligro las garantías de transparencia, no discriminación y alta calidad en la ejecución de los contratos?
49. ¿Estaría a favor de una solución que exigiera la presentación y la verificación de pruebas solo por los candidatos incluidos en una lista restringida o por el licitador elegido?
50. ¿Piensa que las declaraciones del propio empresario son una buena manera de aliviar la carga administrativa que suponen las pruebas para los criterios de selección, o no son lo bastante fiables para sustituir a los certificados? ¿Sobre qué cuestiones podrían ser útiles las declaraciones del propio empresario (en particular, datos en el ámbito de la propia empresa) y sobre cuáles no?
51. ¿Está de acuerdo en que unos requisitos demasiado estrictos acerca del volumen de negocios para demostrar la capacidad financiera resultan problemáticos para las PYME? ¿Debería la legislación de la UE establecer un porcentaje máximo para asegurar la proporcionalidad de los criterios de selección (por ejemplo: el volumen de negocios máximo exigido no puede exceder de determinado múltiplo del valor del contrato)? ¿Propondría otros instrumentos para asegurar que los criterios de selección guarden proporción con el valor y el objeto del contrato?
52. ¿Cuáles serían las ventajas y las desventajas de dar a los Estados miembros la opción de permitir o exigir a sus poderes adjudicadores que obliguen al licitador seleccionado a subcontratar determinado porcentaje del contrato principal a terceros?

### **3.2. Asegurar una competencia leal y efectiva**

Los compradores públicos compran a menudo en mercados cuya estructura es anticompetitiva<sup>66</sup>. En tales mercados, el objetivo de las normas de contratación pública —a

---

<sup>66</sup> En muchos Estados miembros, el mercado de la eliminación de residuos está dominado por uno o dos grandes agentes. El sector de la construcción se caracteriza, al menos por lo que respecta a los grandes proyectos de infraestructuras, por la tendencia al oligopolio y la propensión a la construcción de cárteles. Otros ejemplos son el suministro de servicios informáticos y el mercado de la electricidad en algunos Estados miembros, como ilustran las decisiones adoptadas en virtud del artículo 30 en relación

saber, una competencia abierta y eficaz— puede ser difícil de lograr con la sola aplicación de las normas de procedimiento previstas en las Directivas actuales. Las decisiones de contratación que se toman sin tener en cuenta las estructuras del mercado, aunque sean plenamente conformes con las normas de las Directivas, conllevan el riesgo de consolidar o incluso agravar estructuras contrarias a la competencia. Esto es especialmente cierto en los casos de contratos de alto valor y los sectores en los que las autoridades públicas son los principales clientes, y la demanda privada no es suficiente para compensar la repercusión de las compras de las autoridades públicas en el mercado.

Una contratación inteligente encaminada a maximizar la competencia en esos mercados exigiría, en primer lugar, que los contratadores conozcan la estructura de los mercados en cuestión. Además, tendrían que adaptar en consecuencia sus estrategias de contratación (diseño de los contratos y procedimiento). Por ejemplo, los poderes adjudicadores deberían evitar la licitación de contratos que solo puedan ser ejecutados por un operador o un reducido número de ellos, ya que esto consolidaría las estructuras de oligopolio y haría casi imposible la entrada de nuevos operadores. En el peor de los casos, el poder adjudicador terminaría con un proveedor dominante que podría dictar las condiciones contractuales y los precios.

La correcta configuración de los contratos depende obviamente de la estructura del mercado de que se trate. Si existen en el mercado competidores de menor tamaño capaces de prestar el servicio o entregar los productos en cuestión a menor escala, una manera eficiente de maximizar la competencia podría ser reducir el volumen o la duración de los contratos. Se podría lograr también una competencia eficiente dividiendo los contratos en lotes, añadiendo tal vez que solo un número máximo de lotes pueda adjudicarse a un mismo licitador. Si no hay suficientes competidores entre las empresas más pequeñas, otra alternativa para asegurar una competencia eficiente podría ser agrupar varias compras en un solo contrato, a fin de atraer a competidores potenciales de otros Estados miembros.

Hay otros instrumentos que suelen considerarse útiles para salvaguardar una competencia eficiente en los mercados de la contratación pública, que podrían introducirse a nivel de la UE como opciones para los Estados miembros o los poderes adjudicadores. Como ya se ha mencionado, la reducción del nivel de exigencia de los criterios de selección incrementa normalmente el número de ofertas válidas<sup>67</sup>. La imposición de contratos desventajosos por proveedores dominantes puede impedirse mediante la definición previa de un precio máximo de reserva, por encima del cual el contrato no se adjudica, o mediante la posibilidad de cancelar el procedimiento si solo la oferta de un licitador pasa la fase de selección.

En términos más generales, deben considerarse también medidas encaminadas a facilitar la participación de licitadores de otros Estados miembros, siempre que sea posible. Como ya se ha destacado, hay un potencial considerable aún sin explotar para incrementar el comercio intraeuropeo en la contratación pública hasta crear un mercado de la contratación pública verdaderamente europeo. Esto multiplicaría las oportunidades de negocio para las empresas europeas y, al mismo tiempo, incrementaría la base de proveedores potenciales para los poderes adjudicadores. Una de las medidas destinadas a facilitar la participación transfronteriza puede ser la mejora del reconocimiento mutuo de los certificados (o incluso la

---

con el mercado de la electricidad en la República Checa, España e Italia, así como el mercado de determinados servicios postales en algunos Estados miembros, como ilustran las decisiones en virtud del artículo 30 en relación con el sector postal en Suecia, Finlandia y Austria.

<sup>67</sup> Exigir un menor volumen de negocios facilita la participación de empresas más pequeñas, exigir menos experiencia previa favorece la entrada de nuevos operadores en el mercado, etc.

implantación de un sistema europeo común de preselección). Algunas partes interesadas sugieren incluso que, para determinados contratos de alto valor, puede ser útil redactar los pliegos de condiciones en una segunda lengua o aceptar ofertas en lenguas extranjeras. Podría considerarse también la utilización de un sistema de traducción automática —al menos con fines preliminares de información— para algunos pasos del procedimiento.

Todas las medidas destinadas a mejorar la competencia en los mercados de la contratación pública presuponen que los poderes adjudicadores tengan un buen conocimiento de los mercados en los que compran (por ejemplo, a través de estudios sobre la estructura y la forma del mercado al que se dirigen antes de la contratación efectiva). Poner en práctica estas salvaguardias (u otras) exigiría de los poderes adjudicadores un esfuerzo adicional que probablemente solo estaría justificado para contratos grandes con una considerable repercusión potencial en la estructura del mercado.

#### **Preguntas:**

53. ¿Está de acuerdo en que la contratación pública puede tener una repercusión importante en las estructuras del mercado y en que los compradores deben, en la medida de lo posible, tratar de ajustar sus estrategias de contratación para luchar contra las estructuras de mercado anticompetitivas?
54. ¿Piensa que las normas y políticas europeas de contratación pública deben prever instrumentos (opcionales) que fomenten esas estrategias de contratación favorables a la competencia? En tal caso, ¿qué instrumentos propondría?
55. En este contexto, ¿piensa que hacen falta instrumentos o iniciativas más específicos para fomentar la participación de licitadores de otros Estados miembros? Si es así, descríbalos.
56. ¿Piensa que hay que mejorar el reconocimiento mutuo de los certificados? ¿Estaría a favor de crear un sistema de preselección a nivel europeo?
57. ¿Cómo propondría resolver la cuestión de las barreras lingüísticas? ¿Opina usted que los poderes adjudicadores deberían tener la obligación de redactar los pliegos de condiciones para los contratos de alto valor en una segunda lengua o de aceptar ofertas en lenguas extranjeras?
58. ¿Qué instrumentos podrían establecer las normas sobre contratación pública para impedir el desarrollo de proveedores dominantes? ¿Cómo podrían los poderes adjudicadores protegerse mejor contra el poder de los proveedores dominantes?

#### *Impedir comportamientos contrarios a la competencia*

Una cuestión conexas es el problema de los comportamientos anticompetitivos en los mercados e la contratación pública. Estos mercados parecen especialmente propensos a prácticas de colusión de los participantes (manipulación de las licitaciones, reparto de los mercados, etc.)<sup>68</sup>, entre otros factores, debido a la estabilidad y la previsibilidad de la

---

<sup>68</sup> Véanse también los amplios trabajos de la OCDE, por ejemplo sus directrices para combatir la colusión en los procedimientos de licitación de la contratación pública: [http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en\\_2649\\_40381615\\_42230813\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html)

demanda pública. Algunos analistas consideran también que la transparencia del proceso conduce de hecho a la creación de cárteles.

Pese a que el número de infracciones de la legislación sobre competencia en los procedimientos de contratación pública no es ni mucho menos marginal<sup>69</sup>, en las normas actuales de la UE al respecto no se trata específicamente este problema. Hasta ahora, la idea ha sido que el problema podía tratarse eficientemente con las normas actuales, por ejemplo proporcionando orientación a los agentes de contratación sobre cómo detectar e impedir prácticas de colusión.

Sin embargo, debe haber un debate acerca de si esa orientación es suficiente para combatir eficientemente la colusión en los mercados de contratación, o si hacen falta instrumentos legislativos específicos, como los siguientes: medidas más estrictas de exclusión en caso de colusión en un procedimiento de licitación; posibilidad de no revelar determinada información o utilización obligatoria del procedimiento negociado en sectores en los que existe una alta probabilidad de que se creen cárteles; utilización de certificados de determinación de ofertas independientes; obligación para los contratadores de consultar a las autoridades de la competencia en los casos de pautas sospechosas en las ofertas, etc.

La experiencia sugiere también que puede ser conveniente hacer más «resistentes a la colusión» algunos instrumentos expuestos a un riesgo especial de usos fraudulentos. Por ejemplo, la subcontratación de determinadas partes del contrato es una conocida manera en que el licitador seleccionado recompensa a los miembros del cartel por atenerse al acuerdo de cartel. Una manera de hacer frente a este problema podría consistir en prohibir, en determinadas condiciones, la subcontratación a empresas que participaran a su vez en el procedimiento de licitación<sup>70</sup>.

Es obvio que la introducción de más garantías para luchar contra los comportamientos anticompetitivos podría contribuir a mantener una competencia sana en los mercados de la contratación pública. Una vez más, esta ventaja debe sopesarse cuidadosamente en relación con la carga administrativa adicional que esas normas acarrearían para contratadores y empresas.

**Pregunta:**

59. ¿Piensa que en las normas de la UE sobre contratación pública deben introducirse salvaguardias más fuertes contra los comportamientos anticompetitivos? En tal caso, ¿qué nuevos instrumentos o disposiciones propondría?

**3.3. Contratación en los casos de inexistencia de competencia o de derechos exclusivos**

En la práctica, es habitual que los poderes adjudicadores tengan que comprar a un operador económico específico porque su empresa tiene los derechos exclusivos para la producción de los bienes o la prestación de los servicios de que se trate. En estos casos, queda descartado

<sup>69</sup> Acerca de algunos «famosos» cárteles de los mercados de la contratación pública, véase, por ejemplo, el «asunto de los vales de restaurante» en Italia o el de los «institutos de l'Ile-de-France» en Francia.

<sup>70</sup> No obstante, la participación de los licitadores solo puede restringirse por riesgos de colusión en condiciones relativamente limitadas, véase la sentencia del TJUE de 19 de mayo de 2009 en el asunto C-538/07, Assitur (sobre uniones temporales de empresas).

que haya una competencia normal para obtener esos contratos. Por eso en las Directivas sobre contratación pública se permite el uso del procedimiento negociado sin publicación previa cuando, «por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo pueda encomendarse a un operador económico determinado»<sup>71</sup>.

Es cierto que, debido a la existencia del derecho exclusivo, una licitación sería una mera formalidad sin ningún valor práctico. Es innegable que el acceso al contrato público en cuestión se ha cerrado mediante la adjudicación previa del derecho exclusivo, eliminando así cualquier posibilidad de competencia antes de que el proceso de contratación haya siquiera comenzado.

La cuestión de cómo se ha adjudicado el derecho exclusivo y, en particular, de si ha habido una competencia leal en la fase de su adjudicación (que prefigure la posterior decisión de contratación), no se trata en las Directivas actuales sobre contratación pública por lo que respecta a los contratos adjudicados a operadores privados.

Esta cuestión se trata solo en el contexto de la cooperación dentro del sector público, donde los contratos de servicio público entre poderes adjudicadores están excluidos de la aplicación de la Directiva si se han adjudicado en virtud de un derecho exclusivo, pero solo a condición de que este derecho exclusivo sea compatible con los principios del Tratado<sup>72</sup>.

Esta disposición concreta probablemente ya no será necesaria cuando se encuentre una solución global para las cuestiones relacionadas con la cooperación dentro del sector público. No obstante, debe considerarse si, en aras de una competencia sana en los mercados de la contratación pública, debe generalizarse la idea que subyace tras este artículo. Este principio solo permitiría que se adjudicaran contratos sin procedimiento de licitación en virtud de derechos exclusivos, si estos derechos exclusivos hubieran sido a su vez objeto de un procedimiento de licitación.

#### **Preguntas:**

60. En su opinión, ¿puede la atribución de derechos exclusivos comprometer la lealtad de la competencia en los mercados de la contratación pública?
61. En tal caso, ¿qué instrumentos propondría para mitigar esos riesgos o asegurar una competencia leal? ¿Piensa que las normas de contratación de la UE deben permitir la adjudicación de contratos sin procedimiento de contratación, en virtud de derechos exclusivos, únicamente con la condición de que ese derecho exclusivo haya sido adjudicado mediante un procedimiento de licitación transparente?

#### **4. UTILIZACIÓN ESTRATÉGICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN RESPUESTA A NUEVOS DESAFÍOS**

Las autoridades públicas pueden hacer una contribución importante a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020<sup>73</sup> utilizando su poder adquisitivo para comprar bienes y

<sup>71</sup> Artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>72</sup> Artículo 18 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>73</sup> Véase la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 – COM(2010) 2020.

servicios con un alto valor «social» en términos de promoción de la innovación, respeto del medio ambiente y lucha contra el cambio climático, reducción del consumo energético, mejora del empleo, la salud pública<sup>74</sup> y las condiciones sociales, y promoción de la igualdad mejorando la inclusión de los grupos desfavorecidos<sup>75</sup>. Una demanda significativa por las autoridades públicas de productos y servicios más ecológicos, con bajas emisiones de carbono, más innovadores y socialmente responsables puede influir también en las tendencias de la producción y el consumo en los próximos años. Obviamente, la respuesta a los desafíos sociales no debería reducir la eficiencia de la contratación pública. La incorporación de consideraciones políticas en la contratación pública debe hacerse evitando la creación de nuevas cargas administrativas desproporcionadas para los poderes adjudicadores y el falseamiento de la competencia en los contratos públicos.

Hay dos maneras posibles de utilizar la contratación pública para realizar los objetivos políticos de Europa 2020:

- proporcionar a los poderes adjudicadores los medios para tener en cuenta esos objetivos de acuerdo con las normas procedimentales de contratación pública («cómo comprar»);
- imponer requisitos obligatorios a los poderes adjudicadores o proporcionar incentivos para orientar sus decisiones respecto a qué productos y servicios deben comprarse («qué comprar»).

Las Directivas sobre contratación pública proporcionan un marco común para las compras públicas estableciendo normas de procedimiento sobre «cómo comprar», y dejan a los poderes adjudicadores libertad en su decisión básica de «qué comprar», para definir las características de las obras, los productos o los servicios que mejor se adapten a sus necesidades y para establecer las condiciones que sean más adecuadas en función de los objetivos políticos que persigan (siempre que sean transparentes y no discriminatorias).

La legislación sobre contratación pública de la UE permite también incentivar una contratación que promueva los objetivos de Europa 2020, o imponer a los poderes adjudicadores obligaciones sobre «qué comprar», bien a nivel europeo o nacional, para asegurar que las estrategias de contratación pública sean coherentes con los objetivos políticos generales.

En los últimos años se ha puesto en marcha una serie de iniciativas políticas específicas, tanto a nivel europeo como nacional, para fomentar la utilización de la contratación pública en apoyo de los objetivos políticos mencionados, como el trabajo en curso para promover la contratación pública ecológica<sup>76</sup>, las consideraciones sociales en la contratación pública<sup>77</sup> y la innovación<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Véanse las Conclusiones del Consejo de 13 de septiembre de 2010 sobre las enseñanzas extraídas de la pandemia de gripe A(H1N1).

<sup>75</sup> Esta reflexión es acorde, en concreto, con el artículo 9 del TFUE, donde se pide que la Unión tenga en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada y con la lucha contra la exclusión social.

<sup>76</sup> Véase la Comunicación de la Comisión *Contratación pública para un medio ambiente mejor* – COM(2008) 400, en la que se establecen objetivos para la implantación de la CPE en los Estados miembros y se inicia el proceso de desarrollo de criterios europeos comunes voluntarios de CPE. Véase también el *Manual sobre la contratación pública ecológica (Compras ecológicas)*, [http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm).

La contratación pública ecológica (CPE), en concreto, se practica en algunos Estados miembros desde hace más de un decenio. La mayoría de los Estados miembros ha adoptado planes nacionales de acción al respecto, con objetivos voluntarios u obligatorios y medidas específicas para promover e implantar la CPE. La UE ha desarrollado criterios de CPE para 18 grupos de productos y servicios<sup>79</sup>, a los que se añadirán otros más adelante.

En la siguiente sección se examina si es necesario modificar las normas de la UE sobre contratación pública —y, en tal caso, qué cambios serían precisos— para que las diversas medidas que se han adoptado o podrían adoptarse a nivel nacional y de la UE sean coherentes y apropiadas.

#### **4.1. «Cómo comprar» para realizar los objetivos de Europa 2020**

Las consideraciones relativas a la protección del medio ambiente, la inclusión social o la promoción de la innovación pueden plantearse en diferentes fases del procedimiento de contratación, según cuál sea su naturaleza. No todas las diferentes consideraciones relativas a estos objetivos políticos pueden tenerse en cuenta en todas las fases. En la sección siguiente se examina cómo cada uno de los objetivos políticos puede tenerse en cuenta en las sucesivas etapas de un procedimiento de contratación.

##### *Descripción del objeto del contrato y de las especificaciones técnicas*

De acuerdo con las normas actuales de la UE sobre contratación pública, los poderes adjudicadores tienen que ofrecer una descripción clara y no discriminatoria del objeto del contrato y deben definir unas especificaciones técnicas que no tengan el efecto de favorecer a determinadas empresas.

Los requisitos relativos a los métodos de producción y transformación deben referirse a la fabricación del producto y contribuir a sus características, aunque no sean visibles necesariamente. Las normas actuales no permiten exigir métodos de producción y transformación que no estén relacionados con la fabricación del producto y que no queden reflejados en sus características.

Algunas autoridades públicas y partes interesadas afirman que, por razones medioambientales y sanitarias, algunos productos tienen o tendrían que ser necesariamente de origen local. En este contexto se ha de destacar que este tipo de requisitos infringe la legislación de la UE si da

---

<sup>77</sup> Véase el manual *Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement* - SEC(2010) 1258.

<sup>78</sup> Tras el compromiso 17 de la Comunicación sobre la «Unión por la innovación», la Comisión Europea está supervisando actualmente un estudio (fecha de inicio: noviembre de 2010 y fecha de terminación: noviembre de 2011) que tiene por objeto el desarrollo de un nuevo mecanismo de apoyo para la contratación de innovación. Este proyecto ofrecerá orientación y establecerá un mecanismo de apoyo (financiero) para ayudar a los poderes adjudicadores a llevar a cabo estas contrataciones de manera no discriminatoria y abierta, a poner en común la demanda, a elaborar especificaciones comunes y a promover el acceso de las PYME. Sobre la contratación precomercial, véase la Comunicación de la Comisión *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*, COM(2007) 799.

<sup>79</sup> Véase la Comunicación de la Comisión «Contratación pública para un medio ambiente mejor» – COM(2008) 400, en la que se establecen objetivos para la implantación de la CPE en los Estados miembros y se inicia el proceso de desarrollo de criterios europeos comunes voluntarios de CPE. Véase también el *Manual sobre la contratación pública ecológica (Compras ecológicas)*, [http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm).

lugar a discriminaciones injustificadas, directas o indirectas, entre los proveedores. Solo pueden estar justificados en casos excepcionales, cuando existan necesidades legítimas y objetivas no relacionadas con consideraciones estrictamente económicas que únicamente puedan satisfacerse con productos originarios de determinada región.

#### **Preguntas:**

62. ¿Considera que las normas sobre las especificaciones técnicas dejan un margen suficiente para la introducción de consideraciones relacionadas con otros objetivos políticos?
63. ¿Comparte la opinión de que la posibilidad de definir las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento o funcionales podría permitir a los poderes adjudicadores satisfacer sus necesidades políticas mejor que su definición en términos de requisitos técnicos estrictos detallados? En tal caso, ¿propugnaría que los requisitos de rendimiento o funcionales fueran obligatorios en determinadas condiciones?
64. Por ejemplo, ¿piensa que los poderes adjudicadores utilizan suficientemente las posibilidades que ofrece el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE en lo que respecta a los criterios de accesibilidad<sup>80</sup> para las personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios? De no ser así, ¿qué se debe hacer?
65. ¿Piensa que algunos de los procedimientos previstos en las Directivas actuales<sup>81</sup> (como el diálogo competitivo y los concursos de proyectos) resultan especialmente adecuados para tener en cuenta las políticas medioambiental, social, de accesibilidad y de innovación?
66. ¿Qué cambios propondría introducir en los procedimientos establecidos en las Directivas actuales para tener lo más en cuenta posible los objetivos políticos mencionados, salvaguardando al mismo tiempo el respeto de los principios de no discriminación y transparencia, que garantizan condiciones equitativas para todas las empresas europeas? La utilización de tecnologías innovadoras de la información y la comunicación, ¿podría ayudar específicamente a los contratadores a realizar los objetivos de Europa 2020?
67. ¿Encuentra que hay casos en los que la restricción a proveedores locales o regionales pueda estar justificada por razones legítimas y objetivas que no estén basadas en consideraciones estrictamente económicas?
68. ¿Piensa que permitir la utilización del procedimiento negociado con publicación previa como procedimiento estándar podría ayudar a tener en cuenta mejor consideraciones relacionadas con políticas como las de medio ambiente, las políticas sociales y las de innovación, entre otras? ¿O sería demasiado elevado el riesgo de discriminación y restricción de la competencia?

#### *Aplicación de los criterios de selección más pertinentes*

---

<sup>80</sup> Accesibilidad, en este contexto, significa accesibilidad para las personas con limitaciones funcionales (discapacidades).

<sup>81</sup> Para la descripción de los procedimientos, véase la sección 2.1.

Cuando evalúen la capacidad de los candidatos para ejecutar el contrato, los poderes adjudicadores pueden tener en cuenta experiencia y competencias específicas en relación con aspectos sociales o medioambientales pertinentes para el objeto del contrato.

**Pregunta:**

69. ¿Qué propondría como ejemplos útiles de competencia técnica u otros criterios de selección encaminados a promover la realización de objetivos como la protección del medio ambiente, la promoción de la inclusión social, la mejora de la accesibilidad para las personas discapacitadas y el fomento de la innovación?

*Utilización de los criterios de adjudicación más apropiados*

Para asegurar una competencia efectiva entre los operadores económicos y evitar decisiones arbitrarias de las autoridades públicas, las normas actuales de contratación pública de la UE exigen que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato, que no confieran una libertad de elección ilimitada al poder adjudicador y que estén explícitamente mencionados en el pliego de condiciones.

Los poderes adjudicadores tienen libertad para decidir la importancia relativa que se debe dar a cada uno de los criterios aplicados para encontrar la oferta más ventajosa económicamente. Esto les permite reflejar en la evaluación la importancia que quieren conceder a los criterios medioambientales o sociales con respecto a los demás, incluido el precio.

Para muchos bienes y servicios habituales ya es posible fijar exigentes normas medioambientales o sociales en las especificaciones técnicas o las condiciones de ejecución del contrato y, al mismo tiempo, adjudicar el contrato con arreglo al criterio del menor precio. Esto permite a los poderes adjudicadores obtener al mejor precio productos y servicios que cumplen normas exigentes.

Sin embargo, la utilización de criterios relacionados con el medio ambiente, la eficiencia energética, la accesibilidad o la innovación en la fase de adjudicación, y no solo en las especificaciones técnicas o las condiciones de ejecución del contrato, tendría la ventaja de impulsar a las empresas a presentar ofertas que irían más allá del nivel fijado en las especificaciones técnicas, lo cual promovería la introducción de productos innovadores en el mercado. También podría ser útil aplicar este tipo de criterios en la fase de adjudicación cuando haya incertidumbre respecto a los productos o servicios disponibles en el mercado.

**Preguntas:**

70. El criterio de la oferta económicamente más ventajosa parece ser el más apropiado para la promoción de otros objetivos políticos. ¿Piensa que, para tener mejor en cuenta esos objetivos políticos, sería útil cambiar las normas existentes (para determinados tipos de contratos/algunos sectores específicos/en circunstancias concretas) a fin de:
- 70.1.1. eliminar el criterio del menor precio únicamente;
- 70.1.2. limitar la utilización del criterio del precio o la importancia que los poderes adjudicadores pueden atribuirle;

- 70.1.3. introducir una tercera posibilidad de criterios de adjudicación, además de las del menor precio y la oferta económicamente más ventajosa? En tal caso, ¿qué criterio alternativo propondría que permitiera, al mismo tiempo, promover otros objetivos políticos más eficazmente y garantizar condiciones equitativas y una competencia leal entre las empresas europeas?
71. ¿Piensa que, en cualquier caso, la puntuación atribuida a criterios medioambientales, sociales o de innovación, por ejemplo, debería limitarse a un máximo fijado, de manera que estos criterios no adquieran más importancia que los relativos al rendimiento o a los costes?
72. ¿Piensa que la posibilidad de incluir criterios medioambientales o sociales en la fase de adjudicación se conoce y se utiliza? En su opinión, ¿debería explicarse mejor en la Directiva?
73. En su opinión, ¿debería ser obligatorio tener en cuenta los costes del ciclo de vida a la hora de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, especialmente en el caso de los grandes proyectos? En tal caso, ¿consideraría necesario o apropiado que los servicios de la Comisión elaborasen una metodología para el cálculo de los costes del ciclo de vida?

#### *Imposición de cláusulas adecuadas de ejecución del contrato*

De acuerdo con las normas actuales de la UE sobre contratación pública, las cláusulas de ejecución de un contrato deben estar vinculadas a las tareas que se requieran para la producción de los bienes y la prestación de los servicios comprados. Tales condiciones relacionadas con la ejecución del contrato pueden tener en cuenta otras consideraciones políticas, como las cuestiones sociales y medioambientales<sup>82</sup>. Un ejemplo de estas podría ser exigir que se compense con las emisiones la adquisición de un suministro específico con una huella de carbono significativa. Al contratar servicios de taxi u otros de transporte, algunos Estados miembros han exigido ya que los vehículos que se utilicen para prestarlos sean de la clase más eficiente. Las cláusulas de ejecución podrían utilizarse también para fomentar la innovación durante el desarrollo del contrato, por ejemplo, proporcionando incentivos para que sigan desarrollándose los productos o servicios durante su ejecución.

En esta fase, los poderes adjudicadores pueden imponer al licitador que resulte seleccionado determinadas obligaciones relacionadas con el logro de diferentes objetivos medioambientales o sociales que no pueden reflejarse en las fases anteriores del procedimiento de contratación.

#### **Preguntas:**

74. Las cláusulas de ejecución del contrato son la fase del procedimiento más apropiada para incluir consideraciones sociales relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores que participen en la ejecución del contrato. ¿Está de acuerdo? Si no es así, ¿cuál podría ser, en su opinión, la mejor solución alternativa?
75. En su opinión, ¿qué tipo de cláusulas de ejecución del contrato serían especialmente apropiadas para tener en cuenta aspectos sociales, medioambientales y de eficiencia energética?

<sup>82</sup> Véase el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE.

76. ¿Deberían especificarse ya al nivel de la UE determinadas cláusulas generales de ejecución del contrato, en particular las relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores que participan en su ejecución?

#### *Comprobación de los requisitos*

Los poderes adjudicadores podrían especificar los requisitos medioambientales o sociales cuando elaboren las especificaciones técnicas, cuando decidan los criterios de selección o adjudicación o cuando introduzcan las cláusulas de ejecución del contrato. En estos casos, normalmente elaborarán una lista de elementos (certificación/documentación o compromiso específico) que deberán presentar los candidatos o los licitadores para demostrar que pueden cumplir los requisitos medioambientales o sociales. De conformidad con las normas vigentes, pueden aceptarse sistemas específicos de certificación (por ejemplo, sistemas de certificación forestal, certificados sociales, etc.) como medio de prueba, pero deben aceptarse también otros medios equivalentes. Un problema general que se plantea en la contratación pública es el de cómo comprobar estos requisitos en la cadena de suministro. La cuestión de la comprobación es especialmente importante en los casos en que una parte de la cadena de suministro está ubicada en un tercer país.

Al examinar las solicitudes de participación y las ofertas, el poder adjudicador debe comprobar si la información y la documentación facilitadas por los candidatos o licitadores se ajustan a los requisitos. Si faltan datos solicitados o si la información proporcionada se considera insatisfactoria, el candidato o licitador quedará excluido del procedimiento.

#### **Preguntas:**

77. ¿Piensa que el marco actual de contratación pública de la UE debe proporcionar soluciones específicas para tratar la cuestión de la comprobación de los requisitos a lo largo de la cadena de suministro? En caso afirmativo, ¿qué soluciones propondría para abordar esta cuestión?
78. ¿Cómo se podría ayudar mejor a los poderes adjudicadores a comprobar los requisitos? ¿Facilitarían su labor el desarrollo de sistemas y documentación normalizados de evaluación de la conformidad y la utilización de etiquetas? Si se adopta este tipo de planteamiento, ¿qué puede hacerse para reducir todo lo posible las cargas administrativas?

#### *Vínculo con el objeto/con la ejecución del contrato*

Como se ha indicado anteriormente, en el actual marco jurídico de contratación pública de la UE, el vínculo con el objeto del contrato es la condición fundamental que debe tenerse en cuenta cuando se introducen en el proceso de contratación pública consideraciones relacionadas con otras políticas. Esto es aplicable a lo largo de las fases sucesivas del proceso de contratación y para sus diferentes aspectos (especificaciones técnicas, criterios de selección y criterios de adjudicación). En el caso de las cláusulas de ejecución del contrato, lo que se exige es que exista un vínculo con la ejecución de las tareas necesarias para la producción de los bienes o la prestación de los servicios que se presentan a licitación.

La flexibilización de este requisito podría permitir a las autoridades públicas avanzar en la realización de los objetivos políticos de Europa 2020 a través de la contratación pública. Entre otras cosas, permitiría a los poderes adjudicadores influir en el comportamiento de las

empresas con independencia del producto o el servicio adquiridos, por ejemplo, para fomentar una mayor responsabilidad medioambiental o una mayor atención a la responsabilidad social corporativa. Este podría ser un poderoso instrumento en apoyo de los objetivos políticos de la estrategia Europa 2020.

No obstante, cuando se considere esta posibilidad, deben sopesarse cuidadosamente las contrapartidas con otras consideraciones políticas. El vínculo con el objeto del contrato asegura que la compra como tal siga siendo central para el proceso en el que se utiliza el dinero de los contribuyentes. Esto constituye una garantía importante para asegurar que los poderes adjudicadores obtengan la mejor oferta posible haciendo un uso eficiente del dinero público. Como ya se ha explicado, este objetivo se destaca también en la estrategia Europa 2020, en la que se subraya que la política de contratación pública debe asegurar que se haga el uso más eficiente posible de los fondos públicos. Al mismo tiempo, esta garantía de compras al mejor precio asegura cierta coherencia entre las políticas de contratación pública de la UE y las normas en materia de ayudas estatales, ya que evita que se conceda una ventaja económica indebida a los operadores económicos a través de la adjudicación de contratos públicos. Por consiguiente, relajar el nexo con el objeto del contrato podría acarrear un riesgo de distanciamiento de la aplicación de las normas de contratación pública de la UE respecto de las normas sobre ayudas estatales, y podría incluso contravenir al objetivo de una mayor convergencia entre ambos conjuntos de normas.

El vínculo con el objeto puede ayudar también a evitar que algunos operadores económicos de un país concreto puedan verse favorecidos en detrimento de los de otros Estados miembros. Aunque esto es especialmente importante para algunos tipos de consideraciones (por ejemplo, algunos requisitos sociales), porque es más probable que estén arraigadas en la realidad nacional, regional o incluso local, es cierto también de otras consideraciones políticas, como las relativas al medio ambiente. Por ejemplo, en el caso del suministro de mercancías, el requisito de que los edificios de oficinas utilizados por los licitadores se calienten exclusivamente con energía solar podría favorecer a las empresas de aquellos Estados miembros cuyas condiciones meteorológicas específicas son especialmente favorables a la tecnología solar.

El vínculo entre las consideraciones relacionadas con determinadas políticas y el objeto del contrato tiene también por objeto dar seguridad y previsibilidad a las empresas. De lo contrario, si no existiera este vínculo (y si no hubiera requisitos armonizados al nivel de la UE), se podría pedir a los operadores económicos que cumplieran diferentes requisitos (relativos al porcentaje de mujeres o al número de desempleados contratados, a las instalaciones de guardería de que deben disponer los empleados, a las medidas medioambientales o de gestión de residuos, a las etiquetas ecológicas, etc.) para cada contratación o para cada poder adjudicador.

Cumplir los diferentes requisitos impuestos por los poderes adjudicadores podría resultarles especialmente difícil a las PYME, que posiblemente no tengan los recursos económicos y humanos necesarios para cumplir una amplia variedad de requisitos sociales en cada caso.

Por último, la aplicación de requisitos no relacionados con el producto o el servicio adquiridos podría ser contraria al objetivo de Europa 2020 de promover la innovación, puesto que la competencia entre las empresas ya no se basaría en el desarrollo del mejor producto o servicio (posiblemente innovador), sino en razones de política corporativa.

<b>Preguntas:</b>
-------------------

79. Algunas partes interesadas sugieren que se flexibilice o incluso que se suprima la condición de que los requisitos impuestos por el poder adjudicador deben estar vinculados al objeto del contrato (esto permitiría exigir, por ejemplo, que los licitadores apliquen una política de igualdad de género en el empleo o que empleen determinada cuota de categorías específicas de personas, como desempleados, personas con discapacidad, etc.). ¿Está de acuerdo con esta propuesta? En su opinión, ¿cuáles serían las ventajas o las desventajas de relajar o eliminar el vínculo con el objeto?
80. Si se relaja el vínculo con el objeto, ¿qué mecanismos correctores, en su caso, deberían aplicarse para mitigar los riesgos de discriminación y de restricción considerable de la competencia?
81. ¿Cree que las PYME podrían tener problemas para cumplir los requisitos? De ser así, ¿cómo debería, a su juicio, tratarse esta cuestión?
82. Si cree que el vínculo con el objeto debería relajarse o eliminarse, ¿en cuál de las etapas sucesivas del proceso de contratación debería hacerse?
- 82.1. ¿Considera que, al definir las especificaciones técnicas, es conveniente atenuar el requisito de que las especificaciones relacionadas con el proceso y con los métodos de producción estén vinculadas a las características del producto, a fin de dar cabida a elementos que no están reflejados en las características del producto (por ejemplo, cuando se compra café, pedir al proveedor que pague a los productores una prima que deberá invertirse en actividades encaminadas a promover el desarrollo socioeconómico de las comunidades locales)?
- 82.2. ¿Piensa que la legislación de la UE sobre contratación pública debería permitir a los poderes adjudicadores aplicar criterios de selección basados en características de las empresas no vinculadas al objeto del contrato (por ejemplo, exigir a los licitadores que apliquen una política de empleo que respete la igualdad de género, o una política general de cuotas de empleo de categorías específicas de personas, por ejemplo, desempleados, personas con discapacidad, etc.)?
- 82.3. ¿Considera que el vínculo con el objeto del contrato debería atenuarse o eliminarse en la fase de adjudicación para tener en cuenta otras consideraciones políticas (por ejemplo, dar más puntos a los licitadores que empleen a desempleados o a personas con discapacidad)?
- 82.3.1. Otros criterios de adjudicación que no fueran los del menor precio o la oferta económicamente más ventajosa y que no estuvieran vinculados al objeto del contrato podrían separar la aplicación de las normas de contratación pública de la UE de la de las normas sobre ayudas estatales, ya que la adjudicación de contratos con arreglo a criterios no económicos podría conllevar la concesión de ayudas estatales, lo cual podría resultar problemático conforme a las normas de la UE al respecto. ¿Comparte esta inquietud? En caso afirmativo, ¿cómo debería tratarse esta cuestión?
- 82.4. ¿Piensa que la legislación de la UE sobre contratación pública debería permitir a los poderes adjudicadores imponer cláusulas de ejecución del contrato que no estén estrictamente vinculadas al suministro de los productos o a la prestación de los servicios en cuestión (por ejemplo, exigir al contratista que organice servicios de

guardería para sus empleados o exigir que se asigne determinada cantidad de la retribución a proyectos sociales)?

#### 4.2. «Qué comprar» en apoyo de los objetivos políticos de Europa 2020

Otro modo de realizar objetivos políticos a través de la contratación pública podría consistir en imponer a los poderes adjudicadores obligaciones sobre «qué comprar». Esto podría hacerse, por ejemplo, imponiendo requisitos o criterios obligatorios que regulen las características de los bienes o servicios que se vayan a suministrar (por ejemplo, niveles máximos de utilización de energía y recursos, sustancias nocivas para el medio ambiente o niveles mínimos de reciclaje), o fijando objetivos (por ejemplo, que el 60 % de las compras públicas sean respetuosas con el medio ambiente)<sup>83</sup>.

En la legislación reciente sobre sectores específicos a nivel de la UE:

- se han introducido obligaciones según las cuales los poderes adjudicadores deben exigir en los contratos públicos cierto nivel de eficiencia energética<sup>84</sup>;
- se han introducido obligaciones según las cuales los poderes adjudicadores, en sus decisiones de contratación pública, deben tener en cuenta los impactos energético y ambiental<sup>85</sup>;
- se ha pedido al sector público que dé ejemplo en el ámbito de la eficiencia energética adoptando un número mínimo de medidas de contratación que la favorezcan<sup>86</sup> y promoviendo edificios públicos que hagan un uso eficiente de los recursos (por ejemplo, edificios con un consumo de energía primaria bajo o nulo<sup>87</sup>).
- se ha pedido a los poderes adjudicadores que procuren adquirir solo productos pertenecientes a la clase de eficiencia energética más elevada<sup>88</sup>.

En su reciente Comunicación «Energía 2020 – Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura»<sup>89</sup>, la Comisión indicó que debían utilizarse criterios energéticos (relativos a la eficiencia, las energías renovables y la conexión a redes inteligentes) en todos los contratos públicos de obras, servicios o suministros.

<sup>83</sup> Por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública ecológica, varios Estados miembros, como los Países Bajos, Finlandia, Eslovenia, Austria o Bélgica, han fijado ambiciosos objetivos de contratación pública ecológica a nivel nacional.

<sup>84</sup> Reglamento (CE) n° 106/2008 (DO L 39 de 13.2.2008, p. 1); (el denominado Reglamento «Energy Star»).

<sup>85</sup> Directiva 2009/33/CE relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

<sup>86</sup> Directiva 2006/32/CE sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos.

<sup>87</sup> Directiva 2009/28/CE relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DO L 140 de 5.6.2009, p. 16), y Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios (DO L 153 de 18.6.2010, p. 13).

<sup>88</sup> Directiva 2010/30/UE relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada (DO L 153 de 18.6.2010, p. 6).

<sup>89</sup> COM(2010)639.

Se podría generalizar, también para los productos, la utilización de una metodología de cuantificación económica como la desarrollada para la Directiva sobre vehículos limpios<sup>90</sup>. De hecho, la obligación de incluir el coste de funcionamiento durante la vida útil en la decisión de compra de productos y servicios (de forma análoga a lo que se exige ya para los vehículos) podría reducir los costes totales. No obstante, para esto habría que definir una metodología general que pudiera aplicarse a todos los grupos de productos.

En términos más generales, la introducción de requisitos obligatorios en las normas de contratación pública de la UE mediante legislación basada en actos delegados ha sido defendida como otro medio de promover la innovación u otros objetivos políticos dentro de la estrategia Europa 2020<sup>91</sup>.

Por lo que respecta a la inclusión social, en la nueva Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020<sup>92</sup> se indica que la Comisión estudiará los beneficios de adoptar medidas legislativas que garanticen la accesibilidad de los productos y los servicios, incluidas las medidas encaminadas a intensificar el recurso a la contratación pública.

Imponer este tipo de obligaciones puede ser un instrumento muy eficaz para realizar los objetivos políticos de Europa 2020, al promover la aceptación en el mercado de bienes y servicios de un alto valor para la sociedad. Además, la centralización de las decisiones sobre las estrategias de compra puede evitar la fragmentación de las políticas de contratación e incrementar la previsibilidad, en beneficio de los operadores económicos. Por ejemplo, en el ámbito de la Contratación Pública Ecológica, la aplicación por los Estados miembros de planteamientos divergentes al respecto puede ocasionar problemas para los proveedores, en especial para las PYME, que tienen que adaptarse a marcos diferentes en los diferentes países, lo cual complica el desarrollo y la venta de productos y servicios ecológicos.

Por otra parte, han surgido algunas inquietudes en relación con la imposición de obligaciones sobre qué comprar.

Un aspecto importante que se debe considerar es el riesgo de que la introducción de esas obligaciones pueda generar discriminación o restringir la competencia en los mercados de la contratación pública, lo cual podría ocasionar una disminución del número de licitadores o una subida de los precios, que podría ser problemática en tiempos de dificultades económicas y restricciones presupuestarias en muchos Estados miembros. Para reducir este riesgo, los requisitos y los criterios impuestos deben ser objetivos y no discriminatorios, y deben utilizarse solo cuando el mercado esté lo bastante desarrollado a nivel de la UE para asegurar una competencia efectiva. No obstante, se ha de tener en cuenta también que algunos requisitos de mayor protección medioambiental podrían generar ahorros económicos a medio o largo plazo (por ejemplo, en el ámbito de la eficiencia energética).

Algunos tipos de obligaciones pueden tener mayor repercusión que otros en la competencia en los mercados de la contratación pública.

---

<sup>90</sup> Para apoyar el cumplimiento de la obligación —derivada de esta Directiva— de tener en cuenta los costes durante la vida útil, la Comisión ha creado un portal sobre vehículos limpios, en el que se ofrece toda la información necesaria para la cuantificación económica de los costes de la vida útil a que se refiere la Directiva: [http://www.cleanvehicle.eu/http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive\\_en.htm](http://www.cleanvehicle.eu/http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm).

<sup>91</sup> Informe de Mario Monti al Presidente de la Comisión Europea, de 9 de mayo de 2010, «Una nueva estrategia para el mercado único», punto 3.4, p. 78.

<sup>92</sup> COM(2010)636.

- Es probable que las especificaciones técnicas expresadas en requisitos de rendimiento tengan un efecto menos limitador en la competencia que unas especificaciones detalladas sobre las características técnicas de los bienes que se van a comprar.
- Las prescripciones obligatorias sobre las características técnicas de los bienes que se van a comprar podrían reducir considerablemente las posibilidades de elección y la competencia en los mercados de contratación pública, e incluso eliminarlas por completo, mientras que el establecimiento de disposiciones obligatorias sobre la decisión de qué criterios de adjudicación deben tenerse en cuenta (por ejemplo, eficiencia energética, coste del ciclo de vida o accesibilidad) tendrían probablemente efectos menos limitadores de la competencia en estos mercados.

Otro efecto de la imposición a los poderes adjudicadores de obligaciones sobre «qué comprar» es que se reduce su margen de maniobra en los procedimientos de contratación. Esto puede afectar a su capacidad para comprar bienes y servicios que estén perfectamente adaptados para satisfacer sus necesidades específicas. Este riesgo podría atenuarse estableciendo la obligación a un nivel adecuado.

Se alega también que la imposición centralizada de obligaciones sobre qué comprar crearía una carga administrativa adicional para los poderes adjudicadores y los operadores económicos, al aumentar el trabajo necesario para comprobar qué empresas cumplen los requisitos. Una formación adecuada y otras medidas educativas complementarias, así como el uso de instrumentos específicos<sup>93</sup>, podrían ayudar a los poderes adjudicadores a manejar con eficiencia esta carga de trabajo. Además, disponer de requisitos normalizados a nivel de la UE, por ejemplo, el de comprar productos etiquetados de las clases de rendimiento más elevadas, evitaría a los poderes adjudicadores la necesidad de poseer conocimientos técnicos concretos a la hora de redactar las especificaciones, lo cual simplificaría en algunos casos la tarea de tener en cuenta esos criterios a nivel local, regional y nacional.

Una solución de menor alcance consistiría en ofrecer incentivos para la contratación de determinados tipos de bienes o servicios, sin imponerla. Los incentivos podrían ser ventajas financieras para los poderes adjudicadores que comprasen bienes y servicios respetuosos con el medio ambiente, inclusivos socialmente o innovadores, mecanismos para el intercambio de mejores prácticas entre los poderes adjudicadores u otros mecanismos de apoyo para los poderes adjudicadores que quisieran perseguir los objetivos de Europa 2020 a través de su labor de contratación.

#### **Preguntas:**

83. ¿Piensa que las obligaciones a nivel de la UE sobre «qué comprar» son una buena manera de realizar otros objetivos políticos? ¿Cuáles serían las principales ventajas y desventajas de este planteamiento? ¿Para qué áreas de productos o servicios concretas o para qué políticas específicas piensa que serían útiles las obligaciones sobre «qué comprar»? Por favor, explique por qué ha elegido una u otra opción. Ponga ejemplos de prácticas de contratación de los Estados miembros que pudieran reproducirse al nivel de la UE.
84. ¿Piensa que, si se adoptan nuevas obligaciones relativas a «qué comprar» a nivel de la UE, estas deberían recogerse en la legislación sobre políticas específicas (medio

<sup>93</sup> Como el mencionado portal sobre vehículos limpios.

ambiente, energía, social, accesibilidad, etc.) o, por el contrario, deberían imponerse con arreglo a la legislación general de la UE sobre contratación pública?

85. ¿Piensa que las obligaciones sobre «qué comprar» deberían imponerse a nivel nacional? ¿Considera que esas obligaciones nacionales podrían conducir a una posible fragmentación del mercado interior? En caso afirmativo, ¿cuál sería la manera más apropiada de reducir ese riesgo?
86. ¿Piensa que las obligaciones sobre qué comprar deben consistir en obligaciones dirigidas a los poderes adjudicadores respecto a un nivel de implantación (por ejemplo, de la contratación pública ecológica) o a las características de los bienes, servicios u obras que deben adquirir, o en criterios específicos que deben tenerse en cuenta entre otros elementos de la licitación?
- 86.1. ¿Qué margen de maniobra se debe dejar a los poderes adjudicadores a la hora de tomar decisiones de compra?
- 86.2. ¿Deben los requisitos obligatorios fijar tan solo un nivel mínimo, de manera que los poderes adjudicadores puedan fijar requisitos más ambiciosos?
87. En su opinión, ¿cuál sería el mejor instrumento para tratar el desarrollo tecnológico por lo que respecta a la tecnología más avanzada (por ejemplo, encargar a una entidad que supervise qué tecnología ha alcanzado la fase más avanzada de desarrollo, o exigir a los poderes adjudicadores que tengan en cuenta, entre los criterios de adjudicación, el de cuál es la tecnología más avanzada, o por otros medios)?
88. La introducción de criterios u objetivos obligatorios sobre qué comprar no debe llevar a la eliminación de la competencia en los mercados de contratación. ¿Cómo puede tenerse en cuenta el propósito de no eliminar la competencia a la hora de establecer esos criterios u objetivos?
89. ¿Considera que la imposición de obligaciones sobre «qué comprar» incrementaría la carga administrativa, en especial para las pequeñas empresas? En tal caso, ¿cómo podría reducirse este riesgo? ¿Qué tipo de medidas de aplicación o de orientación deberían acompañar a estas obligaciones?
90. Si no está usted a favor de que se impongan obligaciones sobre «qué comprar», ¿consideraría apropiados otros instrumentos (por ejemplo, recomendaciones u otros incentivos)?

### 4.3. Innovación

Europa tiene un enorme potencial aún sin explotar para impulsar la innovación a través de la contratación pública y, al mismo tiempo, fomentar la competencia transnacional, promover una economía con bajas emisiones de carbono y lograr que las entidades públicas obtengan la mayor rentabilidad por su dinero. La contratación pública de productos y servicios innovadores es crucial para mejorar la calidad y la eficiencia de los servicios públicos en una época de limitaciones presupuestarias.

En las Directivas actuales de la UE sobre contratación pública se adopta un planteamiento flexible que permite a los poderes adjudicadores utilizar las licitaciones en favor de la

innovación, lo cual puede fomentar en la industria la búsqueda de nuevas soluciones avanzadas.

Los concursos de proyectos<sup>94</sup> permiten a los poderes adjudicadores adquirir planes o proyectos en ámbitos como la arquitectura, la ingeniería o el tratamiento de datos: en este tipo de procedimiento, se pide a los participantes que propongan proyectos no sujetos a un mandato estricto; por lo tanto, tienen libertad para proponer ideas innovadoras que puedan ser utilizadas en un futuro procedimiento de adjudicación.

En el caso de contratos especialmente complejos, cuando el poder adjudicador considere que el uso de los procedimientos abierto o restringido no permite la adjudicación del contrato, la Directiva prevé otro procedimiento: el diálogo competitivo<sup>95</sup>. En este procedimiento, los poderes adjudicadores pueden entablar con los candidatos un diálogo cuyo objetivo será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer lo mejor posible sus necesidades. Se exige a los licitadores que propongan ideas y soluciones que se debaten con los poderes adjudicadores.

El objetivo de las normas actuales de contratación pública de la UE es proteger las soluciones innovadoras, aunque no estén concretadas en derechos de propiedad intelectual. Los poderes adjudicadores no pueden comunicar las soluciones propuestas ni otras informaciones confidenciales a los demás participantes sin el acuerdo previo del licitador<sup>96</sup>.

No obstante, se han señalado los problemas que plantea la «elección selectiva» de derechos de propiedad intelectual o de las propias soluciones innovadoras, en especial por lo que respecta al diálogo competitivo: si un participante revela las características únicas de su solución, podrán conocerlas los demás candidatos. Mientras que las normas actuales exigen que se mantenga la confidencialidad de esa información, el poder adjudicador se ve enfrentado a una disyuntiva entre la obligación de proteger esa información confidencial y la necesidad de revelar parte de ella a fin de determinar cuáles son las soluciones más idóneas para satisfacer sus necesidades. Los poderes adjudicadores pueden verse inclinados a presionar a los licitadores para que se avengan a hacer revelaciones. Además, el hecho de que la mejor solución (la elegida por el poder adjudicador) sea inevitablemente presentada a todos los participantes, a quienes entonces se invita a que presenten sus ofertas basadas en esa solución, puede desincentivar a éstos de proponer soluciones muy innovadoras, ya que no estarán seguros de ser «recompensados» por inventar esta solución con la adjudicación efectiva del contrato.

Cuando preparen una licitación, los poderes adjudicadores pueden decidir también autorizar a los licitadores a que presenten variantes. En tal caso, podrán ofrecerse bienes o servicios que no se correspondan con los indicados por el poder adjudicador, pero que cumplan los requisitos técnicos mínimos contenidos en el pliego de condiciones. La oportunidad de presentar ofertas que difieran de las especificaciones técnicas inicialmente establecidas por los poderes adjudicadores anima a los operadores económicos a proponer servicios o productos

---

<sup>94</sup> Véanse los artículos 66 a 74 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>95</sup> Véanse el artículo 29 de la Directiva 2004/18/CE y el considerando 31 de la Directiva 2004/18/CE. El diálogo competitivo no está previsto en la Directiva 2004/17/CE. Sin embargo, nada impide a un poder adjudicador que haya optado por un procedimiento negociado con convocatoria previa de licitación estipular en las especificaciones que el procedimiento se atenderá a lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE para el diálogo competitivo.

<sup>96</sup> Artículo 29, apartado 3, de la Directiva 2004/18/CE. Esta garantía es otra norma añadida a la cláusula de confidencialidad que figura en el artículo 6 de la misma Directiva.

más innovadores. Esto puede fomentar la investigación en nuevas tecnologías y permitir que los usuarios aprovechen el progreso técnico.

Otra manera importante de fomentar la innovación consiste en que los poderes adjudicadores pidan que se desarrollen productos o servicios aún no disponibles en el mercado. Dentro del marco jurídico actual, esto puede hacerse mediante lo que se conoce como «contratación precomercial»<sup>97</sup>, que supone la contratación de servicios de investigación y desarrollo para el desarrollo de nuevas soluciones<sup>98</sup>, con miras a la posible compra del producto o el servicio final a través de un procedimiento normal de contratación pública en una fase posterior. Este enfoque permite a las autoridades públicas compartir con los proveedores los riesgos y los beneficios del diseño, el desarrollo de prototipos y la puesta a prueba de una cantidad limitada de nuevos productos y servicios, sin que exista ayuda estatal.

La contratación precomercial puede ayudar a los poderes adjudicadores a aportar mejoras radicales a la calidad y la eficiencia de los servicios públicos, al crear mercados líderes y poner en marcha el desarrollo de nuevas soluciones que supongan un gran avance en el tratamiento de desafíos del sector público para los que no haya productos o servicios preexistentes ya disponibles en el mercado.

Pese a estas diferentes posibilidades de promover la innovación a través de la contratación pública, las partes interesadas afirman que la contratación pública orientada hacia la innovación que se lleva a cabo en Europa es demasiado escasa. Esto puede deberse a una serie de factores, como los siguientes: incentivos inapropiados que favorecen soluciones de bajo riesgo; falta de conocimientos y capacidades sobre la contratación de nuevas tecnologías e innovaciones; desconexión entre la contratación pública y los objetivos políticos y falta de planteamiento estratégico. Por consiguiente, en respuesta a la necesidad de orientación constatada, hace falta debatir de qué modo la aplicación de las normas sobre contratación pública y, en su caso, otras medidas podrían ayudar a los poderes adjudicadores a promover la innovación. Habría que prestar especial atención a la medición de los resultados, como elemento clave para evaluar el efecto de la contratación pública en la innovación, mejorar esos resultados y lograr en la práctica el objetivo de la innovación.

#### **Preguntas:**

91. ¿Piensa que es necesario promover o incentivar más la innovación a través de la contratación pública? ¿Qué incentivos o medidas apoyarían y acelerarían la aceptación de la innovación por los organismos públicos?
92. ¿Piensa que el diálogo competitivo permite suficiente protección de los derechos de propiedad intelectual y de las soluciones innovadoras, de tal manera que los licitadores no se vean privados de los beneficios de sus ideas innovadoras?

---

<sup>97</sup> Para más orientación, véanse la Comunicación de la Comisión y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión anexo «La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles», COM(2007) 799 y SEC (2007) 1668. Para más información acerca de las últimas novedades y noticias sobre la contratación precomercial: [http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home\\_en.html](http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html).

<sup>98</sup> Contratación no regulada por las Directivas de la UE sobre contratación pública, en virtud del artículo 16, letra f), de la Directiva 2004/18/CE.

93. ¿Piensa que otros procedimientos servirían mejor al requisito de fortalecer la innovación protegiendo las soluciones originales? En tal caso, ¿qué tipo de procedimientos serían los más apropiados?
94. En su opinión, el planteamiento de la contratación precomercial, que implica que los poderes adjudicadores contraten servicios de I+D para el desarrollo de productos que aún no están disponibles en el mercado, ¿es adecuado para fomentar la innovación? ¿Es necesario ampliar la puesta en común de las mejores prácticas o el análisis comparativo de las prácticas de contratación de I+D utilizadas en los Estados miembros para extender el uso de la contratación precomercial? ¿Podría haber otros medios, no recogidos explícitamente en el marco jurídico actual, por los cuales los poderes adjudicadores pudieran solicitar el desarrollo de productos o servicios aún no disponibles en el mercado? ¿Le parece que los poderes públicos podrían fomentar con medidas específicas la participación de las PYME y las empresas incipientes en la contratación precomercial?
95. ¿Hacen falta otras medidas específicas para promover la capacidad de innovación de las PYME? En tal caso, ¿qué tipo de medidas específicas propondría?
96. ¿Qué tipo de medidas de evaluación de los resultados propondría para supervisar el progreso y la repercusión de la contratación pública innovadora? ¿Qué datos harían falta para estas medidas de los resultados y cómo podrían reunirse sin que ello suponga una carga adicional para los poderes adjudicadores o los operadores económicos?

#### 4.4. Servicios sociales

Los servicios sociales se enumeran en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE. Por lo tanto, como ya se ha explicado, los contratos de servicios sociales cuyo valor excede de los umbrales para la aplicación de las Directivas sobre contratación pública están sujetos solo a algunas de sus normas (las relativas a las especificaciones técnicas y a la publicación de los resultados del procedimiento de contratación) y a los principios básicos de la legislación de la UE, como los de no discriminación y transparencia<sup>99</sup>. Como ya se ha explicado, los contratos de importe inferior a esos umbrales están sujetos solo a los principios fundamentales de la legislación de la UE —como la no discriminación y la transparencia—, si presentan un interés transfronterizo.

Por consiguiente, cuando externalizan servicios sociales por medio de un contrato público de servicios, las autoridades públicas disfrutan ya de una libertad considerable con respecto al procedimiento que se debe seguir. Por otra parte, las autoridades públicas pueden introducir requisitos relativos, en particular, a la calidad, la exhaustividad y la continuidad del servicio de que se trate, así como referentes a la implicación y la participación de los usuarios en la prestación y la evaluación del servicio o para asegurar que los prestadores se hayan familiarizado con el contexto local cuando vayan a llevarlo a cabo<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Los servicios sociales figuran entre los enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE, a los que se aplican solo algunas de sus normas (sobre la distinción entre los servicios enumerados en el anexo II A y los enumerados en el anexo II B, véanse los artículos 20 y 21 de esa Directiva).

<sup>100</sup> Sobre la aplicación de las normas de contratación pública a los servicios sociales, teniendo presente el amplio margen de maniobra de que disfrutan las autoridades públicas en este ámbito, se ofrece orientación específica en el documento *Guide to the application of the European Union rules on State*

No obstante, algunas partes interesadas sostienen que es preciso adaptar las normas actuales para que respondan mejor a las características específicas de los servicios sociales. En concreto, se ha pedido que se eleven los umbrales para estos servicios. Se ha de observar que, en el caso de los servicios sociales, un incremento de los umbrales aplicables no ocasionaría una restricción de la cobertura ni posibles solicitudes de compensación amparadas en el ACP u otros acuerdos internacionales, ya que los servicios del anexo B no están sujetos a estos instrumentos.

**Preguntas:**

97. ¿Considera que las características específicas de los servicios sociales deben tenerse más en cuenta en la legislación de la UE sobre contratación pública? En tal caso, ¿cómo debe hacerse?
- 97.1. ¿Cree que determinados aspectos relativos a la contratación de servicios sociales deben estar más regulados a nivel de la UE con el fin de mejorar su calidad? En particular:
- 97.1.1. ¿Deben las Directivas prohibir el criterio del menor precio para la adjudicación de contratos / limitar la utilización del criterio del precio/limitar la importancia que los poderes adjudicadores pueden dar al precio/introducir una tercera posibilidad de criterios de adjudicación, además de los del menor precio y la oferta económicamente más ventajosa?
- 97.1.2. ¿Deben las Directivas admitir la posibilidad de que se reserven contratos de servicios sociales para organizaciones sin ánimo de lucro? ¿Deben estas organizaciones disfrutar de otros privilegios en el contexto de la adjudicación de contratos de servicios sociales?
- 97.1.3. Flexibilizar los criterios de adjudicación o reservar contratos para determinados tipos de organizaciones podría mermar la capacidad de los procedimientos de contratación para asegurar que esos servicios sean adquiridos «al menor coste para la comunidad» y, en consecuencia, conllevar el riesgo de ayudas estatales en esos contratos. ¿Comparte estas preocupaciones?
- 97.2. ¿Cree que otros aspectos de la contratación de servicios sociales deberían estar menos regulados (por ejemplo, mediante umbrales más altos o norma *de minimis* para estos servicios)? ¿Cómo se justificaría la concesión de este trato especial a los servicios sociales?

## 5. ASEGURAR LA INTEGRIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS

Los riesgos financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública una zona expuesta a prácticas comerciales ilícitas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción. En la misma línea de pensamiento, en el

---

*aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest and, in particular, to social services of general interest – (SEC(2010) 1545), que actualiza el documento de trabajo de los servicios de la Comisión *Frequently Asked Questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest* - SEC(2007) 1514, de 20.11.2007.*

Programa de Estocolmo<sup>101</sup> se menciona la contratación pública como un área que merece especial atención en el contexto de la lucha contra la corrupción.

Disponer de mecanismos eficaces que impidan prácticas comerciales ilícitas en la contratación pública no solo es necesario para asegurar una competencia leal basada en condiciones equitativas y para garantizar el buen uso del dinero de los contribuyentes, sino que puede contribuir también considerablemente al éxito de la lucha global contra el delito económico.

Los requisitos de las Directivas en materia de transparencia del procedimiento para garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores reducen ya los riesgos de este tipo de prácticas. No obstante, las Directivas actuales no incluyen normas más específicas para prevenir y sancionar los conflictos de intereses, y disponen de pocas normas específicas para penalizar el favoritismo y la corrupción en la contratación pública. Estos problemas se tratan de forma más concreta en las legislaciones nacionales, aunque el nivel de salvaguardias varía mucho de unos Estados miembros a otros.

El incremento de las garantías procedimentales contra las prácticas comerciales ilícitas a nivel de la UE podría mejorar el nivel europeo común de protección contra ellas, aumentar la imparcialidad global de los procedimientos y hacer que los procesos de contratación sean menos vulnerables al fraude y a la corrupción. No obstante, estas garantías adicionales conllevarían a menudo nuevas cargas administrativas para compradores y empresas, y su valor añadido en la lucha contra las prácticas comerciales ilícitas debe contrastarse cuidadosamente con su posible repercusión negativa en el objetivo general de simplificación de los procedimientos.

### **5.1. Prevención de los conflictos de intereses**

La noción de conflicto de intereses caracteriza una situación en la que las personas participantes en la decisión de adjudicación de un contrato tienen obligaciones profesionales o personales o intereses personales o económicos contrapuestos que podrían hacer que les resultase difícil cumplir con su deber justa e imparcialmente, o en la que una persona está en condiciones de influir en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador para favorecer sus propios intereses. Este tipo de conflicto de intereses no lleva necesariamente a la corrupción, pero puede dar lugar a comportamientos corruptos. Localizar y resolver los conflictos de intereses es, por tanto, clave para prevenir el fraude. Se ha de subrayar que un conflicto de intereses constituye, objetivamente y por sí mismo, una irregularidad grave con independencia de las intenciones de las partes implicadas y de que estén actuando de buena o de mala fe<sup>102</sup>.

Debe debatirse si hacen falta normas básicas al nivel de la UE, como una definición común de situaciones de conflicto de intereses inaceptables y algunas salvaguardias para prevenirlas o resolverlas<sup>103</sup>. Estas salvaguardias pueden consistir en exigir declaraciones de ausencia de

---

<sup>101</sup> Documento 17024/09 del Consejo, adoptado por el Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2009.

<sup>102</sup> Véase la sentencia de 15 de junio de 1999 en el asunto T-277/97, Ismeri Europa Srl/Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, apartado 123, sobre las normas de contratación de las instituciones de la UE.

<sup>103</sup> Véanse, por ejemplo, las normas establecidas para la contratación por las instituciones de la UE: artículo 52 del Reglamento nº 1605/2002 del Consejo por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, así como la jurisprudencia pertinente,

conflicto de intereses y cierto grado de transparencia y rendición de cuentas por parte de los funcionarios responsables de la contratación con respecto a su situación personal, dentro de un estricto cumplimiento, lógicamente, de las normas y principios de protección de datos. Por ejemplo, las normas de la UE podrían establecer la obligación de revelar a un órgano de control los nombres de los miembros del comité de evaluación, o introducir el requisito de que el poder adjudicador, al establecer el comité de evaluación, compruebe que no hay conflictos de intereses.

#### **Preguntas:**

98. ¿Estaría a favor de introducir una definición de la UE del conflicto de intereses en la contratación pública? ¿Qué actividades o situaciones que contengan un riesgo potencial deberían estar contempladas (relaciones personales, intereses empresariales, como la participación en el capital, incompatibilidades con actividades externas, etc.)?
99. ¿Piensa que hacen falta salvaguardias para prevenir, localizar y resolver eficazmente las situaciones de conflicto de intereses a nivel de la UE? En tal caso, ¿qué tipo de salvaguardias consideraría útiles?

## **5.2. Lucha contra el favoritismo y la corrupción**

Los mercados de la contratación pública, y en especial los proyectos de obras de gran envergadura, se consideran a menudo un lucrativo blanco de potenciales sobornos. Se ha de subrayar también que la integridad del proceso no solo está en peligro en el caso de la corrupción, bastante obvio, sino también, más en general, en todos los casos de favoritismo, aunque no impliquen necesariamente una conducta corrupta, como las muestras de favoritismo por un candidato local. Los escenarios de corrupción más comunes que pueden darse en los procedimientos de contratación pública son lo que se conoce como «la mordida» (el pago de un soborno a un funcionario como recompensa por haber influido en el proceso de contratación), la manipulación de los documentos de la licitación para favorecer a un licitador específico, y la utilización de empresas ficticias o intermediarias para encubrir las actividades ilegales del funcionario corrupto.

Las normas de contratación de muchos Estados miembros contienen mecanismos específicamente destinados a prevenir y combatir la corrupción y el favoritismo. Al igual que para el problema del conflicto de intereses, se ha de analizar la conveniencia de incluir en la legislación de la UE sobre contratación pública determinadas salvaguardias específicas, a condición de no crear cargas administrativas desproporcionadas. No obstante, se ha de tener presente no solo que la corrupción es una cuestión muy delicada para los Estados miembros, sino también que los problemas reales que existen en este ámbito y sus potenciales soluciones dependen de las —muy divergentes— culturas administrativas y empresariales nacionales. En consecuencia, puede resultar difícil encontrar soluciones que sirvan para todos y que puedan implantarse a nivel de la UE.

A menudo se propone que la corrupción en la contratación pública debe tratar de resolverse aumentando el nivel de transparencia, sobre todo por lo que respecta a las decisiones tomadas por los funcionarios públicos durante el procedimiento. Esto permitiría a los candidatos, y tal

---

en concreto las sentencias de 9 de julio de 2002 en el asunto T-21/01, Zavvos/Comisión, y de 17 de marzo de 2005 en el asunto T-160/03, AFCon Management Consultants/Comisión.

vez al público en general, inspeccionar las decisiones de los funcionarios públicos y, por tanto, actuar como un instrumento eficiente contra la corrupción. Esta mayor transparencia podría introducirse, por ejemplo, en la apertura de las ofertas o mediante la publicación obligatoria de los informes que documenten el proceso de contratación. La carga administrativa adicional de este tipo de medida sería bastante limitada, puesto que los poderes adjudicadores ya tienen la obligación de elaborar este tipo de informes<sup>104</sup>. La publicación de los contratos celebrados (con omisión de la información comprometida desde el punto de vista comercial) puede conducir también a una mejor inspección democrática de las decisiones de contratación.

Se podría plantear también el desarrollo de herramientas específicas, como un teléfono gratuito o sistemas de notificación del fraude basados en Internet, para animar a los participantes u otras personas a proporcionar información sobre las faltas o irregularidades que se detecten. En el anuncio de licitación, la página web del poder adjudicador y otros medios de publicación podrían incluirse referencias al sistema por medio del cual el poder adjudicador o la autoridad de control pueden recibir información de fuentes anónimas o identificadas.

Debe fomentarse la utilización de prácticas como las herramientas existentes para potenciar una gestión adecuada y transparente de todo el ciclo de contratación. En este contexto puede ser útil la elaboración de listas de indicadores de alerta (*red flag indicators*) para los poderes adjudicadores, pese a sus conocidas limitaciones<sup>105</sup>. Promover normas claras sobre las obligaciones de información y la protección de las personas que denuncien los comportamientos ilícitos puede ser útil para la implantación de prácticas más eficientes. El recurso a observadores externos (por ejemplo, expertos en gobernanza, ONG, etc.) puede aportar valor añadido a las herramientas de control interno para evaluar el comportamiento de los contratistas, así como para detectar y denunciar casos sospechosos.

Puede considerarse también el uso de los mecanismos de evaluación existentes para supervisar el cumplimiento de los instrumentos internacionales que incluyen disposiciones sobre la corrupción en la contratación pública<sup>106</sup>.

Por último, limitar la discrecionalidad de los poderes adjudicadores en determinados aspectos puede dificultar la puesta en práctica de decisiones que no estén justificadas por razones objetivas, evitando así el favoritismo (por ejemplo, limitando la discrecionalidad de los poderes adjudicadores para anular procedimientos). No obstante, estas medidas no deben ser una traba en el margen de maniobra que los poderes adjudicadores necesitan para adquirir bienes y servicios adaptados a sus necesidades específicas.

#### **Preguntas:**

100. ¿Comparte la opinión de que los mercados de la contratación pública están expuestos a un riesgo de corrupción y favoritismo? ¿Piensa que es necesaria una actuación de la UE en este ámbito o debe dejarse únicamente a los Estados miembros?

<sup>104</sup> Artículo 43 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>105</sup> World Bank Policy Research Paper n° 5243, 29 de marzo de 2010.

<sup>106</sup> En concreto, el Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

- |      |   |
|------|---|
| 101. | En su opinión, ¿cuáles son los riesgos críticos que afectan a la integridad en cada fase del proceso de contratación pública (definición del objeto, preparación de la licitación, fase de selección, fase de adjudicación y ejecución del contrato)? |
| 102. | En su opinión, ¿cuáles de los riesgos encontrados deben tratarse introduciendo normas nuevas o más específicas en las Directivas sobre contratación pública de la UE, y de qué manera (qué normas o salvaguardias)?                                   |
| 103. | ¿Qué instrumentos adicionales podrían proporcionar las Directivas para hacer frente a la delincuencia organizada en la contratación pública? ¿Estaría a favor, por ejemplo, de que se estableciera un control previo de la subcontratación?           |

### 5.3. Exclusión de los licitadores deshonestos

La exclusión de los licitadores que sean culpables de corrupción y, más en general, de falta profesional («inhabilitación»), es un arma poderosa para castigar —y también, en cierta medida, impedir— los comportamientos empresariales ilícitos. En el artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE se establece ya la obligación de excluir a los licitadores que hayan sido condenados por alguno de los motivos que se enumeran (entre ellos, la corrupción), así como la posibilidad de excluir a los licitadores por otras prácticas comerciales ilícitas (en concreto, por «falta grave en materia profesional»).

Sin embargo, sigue habiendo interrogantes en relación con el ámbito de aplicación, la interpretación, la transposición y la aplicación práctica de esta disposición, y los Estados miembros y las autoridades contratantes han pedido una aclaración.

En concreto, debe examinarse si los motivos de exclusión enumerados en el artículo 45 son apropiados, suficientemente claros (en particular el motivo de exclusión por «falta en materia profesional») y exhaustivos, o si deben introducirse otros. Los poderes adjudicadores parecen encontrar también dificultades prácticas cuando tratan de obtener la información pertinente sobre la situación personal de los licitadores y candidatos establecidos en otros Estados miembros y su admisibilidad de acuerdo con su legislación nacional.

Además, es probable que haya que aclarar también el ámbito de aplicación de la legislación nacional sobre los motivos de exclusión. Disponer que los Estados miembros introduzcan otros motivos de exclusión en su legislación nacional puede permitirles afrontar más eficazmente problemas específicos de comportamientos comerciales ilícitos vinculados al contexto nacional. Por otra parte, la adopción de motivos de exclusión específicamente nacionales acarrea siempre un riesgo de discriminación contra los licitadores extranjeros y puede comprometer el principio de la equidad de las condiciones de actuación a nivel europeo.

Una cuestión importante respecto a la cual las actuales Directivas de la UE sobre contratación pública no se pronuncian es la relativa a las medidas *autocorrectoras*, es decir, las medidas adoptadas por el operador económico interesado para remediar una situación negativa que afecte a su admisibilidad. Su eficacia depende de su aceptación por los Estados miembros. La importancia de estas medidas radica en la necesidad de establecer un equilibrio entre la aplicación de los motivos de exclusión y el respeto de la proporcionalidad y la igualdad de trato. Tenerlas en cuenta puede ayudar a los poderes adjudicadores a llevar a cabo una evaluación objetiva y más completa de la situación particular del candidato o el licitador para decidir su exclusión de un procedimiento de contratación.

El artículo 45 permite a los Estados miembros tener en cuenta las medidas autocorrectoras siempre que se demuestre que con ellas han sido disipadas las dudas relacionadas con la honestidad profesional, la solvencia y la fiabilidad del candidato o el licitador. Sin embargo, no hay normas uniformes al respecto, aunque en algunos Estados miembros los poderes adjudicadores tienen en cuenta de todas formas las medidas tomadas por los operadores económicos para corregir la situación de exclusión.

Por otra parte, se plantea la cuestión de si la UE debe imponer explícitamente sanciones que penalicen los intentos de comprometer la transparencia y la imparcialidad del procedimiento de adjudicación (por ejemplo, candidatos o licitadores que intenten acceder a información confidencial o influir indebidamente en la actividad del poder adjudicador, por ejemplo en las fases de selección y adjudicación). Estas sanciones podrían consistir, entre otras, en el rechazo de la candidatura o de la oferta, siempre que la decisión esté debidamente justificada.

Algunas formas graves de comportamiento ilícito, como la corrupción o la no declaración deliberada de conflictos de intereses, deben sancionarse también más duramente, por ejemplo mediante sanciones penales. Los Estados miembros tienen ya la obligación de establecer sanciones penales en caso de corrupción de sus funcionarios. La conveniencia de establecer unas normas mínimas en relación con las sanciones debe evaluarse a tenor de la gravedad del delito y con arreglo a los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad<sup>107</sup>.

#### **Preguntas:**

104. ¿Piensa que el artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE sobre la exclusión de los licitadores es un instrumento útil para sancionar los comportamientos empresariales ilícitos? ¿Qué mejoras de este mecanismo o qué mecanismos alternativos propondría?
105. ¿Cómo podría reforzarse la cooperación entre los poderes adjudicadores para obtener información sobre la situación personal de los candidatos y licitadores?
106. ¿Piensa que la cuestión de las «medidas autocorrectoras» debería tratarse expresamente en el artículo 45 o regularse solo a nivel nacional?
107. La decisión razonada de rechazar una oferta o una candidatura, ¿es una sanción adecuada para mejorar el respeto del principio de igualdad de trato?
108. ¿Piensa que, a la luz del Tratado de Lisboa, deben desarrollarse a nivel de la UE unas normas mínimas en materia de sanciones penales, en circunstancias particulares, como las de corrupción o conflicto de intereses no declarado?

#### **5.4. Prevención de ventajas injustas**

Por último, puede haber situaciones en las que, sin que existan conflicto de intereses ni prácticas comerciales ilícitas, la equidad del procedimiento pueda verse amenazada al encontrarse ciertos licitadores en una situación ventajosa. Así, la participación previa del candidato o licitador en actividades preparatorias relacionadas con el desarrollo del servicio que se va a contratar (por ejemplo, en su investigación o diseño) puede conferir ventajas

---

<sup>107</sup> Sobre la competencia funcional de la UE en materia de Derecho penal, véase el asunto C-440/05, Comisión/Consejo, apartado 66.

considerables a ese licitador en términos de información privilegiada y, por consiguiente, suscitar inquietudes en cuanto al respeto de la igualdad de trato<sup>108</sup>.

Habría que estudiar hasta qué punto las ventajas pueden contrarrestarse sin discriminar al licitador en cuestión. Excluir sin más a los licitadores que participaran en la preparación del proyecto sería probablemente una reacción desproporcionada, y tal vez incluso inviable en la práctica, sobre todo cuando haya pocos competidores cualificados por el contrato en cuestión. Una manera razonable de contrarrestar podría consistir, por ejemplo, en la obligación de revelar a todos los licitadores rivales cualquier información privilegiada que el licitador con ventaja pueda haber obtenido a través de una relación anterior con el proyecto.

Un problema aún más complejo es el de las ventajas naturales de los licitadores concurrentes, todavía más difíciles de determinar claramente y de contrarrestar. De nuevo, la revelación obligatoria de información privilegiada podría ser conveniente para reducir los riesgos de discriminación, siempre que se proteja adecuadamente la información confidencial por razones comerciales.

#### **Preguntas:**

109. ¿Debe haber normas específicas a nivel de la UE para tratar las ventajas de algunos licitadores por su relación previa con el diseño del proyecto objeto de la licitación? ¿Qué salvaguardias propondría?
110. ¿Piensa que el problema de las posibles ventajas de licitadores concurrentes debe tratar de resolverse a nivel de la UE y, en tal caso, de qué manera?

## **6. ACCESO DE LOS PROVEEDORES DE TERCEROS PAÍSES AL MERCADO DE LA UE**

Los compromisos internacionales contraídos por la UE en el ámbito de la contratación pública quedan reflejados en varias disposiciones de las Directivas.

En el considerando 7 de la Directiva 2004/18/CE y el considerando 14 de la Directiva 2004/17/CE se hace referencia explícita a la Decisión 94/800/CE del Consejo, por la que se aprobó el ACP de la OMC. Se establece que «*el régimen aplicable a los licitadores y a los productos de los terceros países signatarios es el que se determina en [el Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública]*». Además, las condiciones relativas al ACP se recogen en el artículo 5 de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 12 de la Directiva 2004/17/CE. En consecuencia, los operadores económicos originarios de países signatarios del ACP deben disfrutar del mismo trato que los operadores económicos europeos en las condiciones establecidas en el ACP, y en especial en el apéndice I de la UE, en el que se enumeran todos los compromisos de la UE en virtud del Acuerdo.

Además, en relación con los ámbitos en los que la UE no ha asumido compromisos internacionales, en el artículo 58 de la Directiva 2004/17/CE se introduce una preferencia comunitaria para la compra de productos, y en el artículo 59 de la misma Directiva se prevé la posibilidad de restringir el acceso al mercado de contratación de servicios públicos de la UE.

---

<sup>108</sup> Véanse los asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, Fabricom.

Numerosas partes interesadas han señalado recientemente que el mercado de contratación pública de la UE es más abierto que los mercados equivalentes de sus socios internacionales. Como resultado, las empresas de la UE no siempre compiten en igualdad de condiciones con las empresas de terceros países. Esta situación afecta también negativamente a la posición de la UE en las negociaciones internacionales por un mayor acceso a los mercados. Por lo tanto, es necesario reflexionar acerca de la política de contratación pública de la UE con respecto a terceros países y sobre la utilización de las disposiciones mencionadas y su posible mejora.

Esto guarda relación con el debate en curso sobre las posibilidades de fortalecer la influencia de la UE en las negociaciones internacionales para garantizar un acceso más equilibrado y recíproco a los mercados de contratación pública de la UE y de los terceros países. La Comisión lleva a cabo actualmente una evaluación de impacto sobre las diversas opciones políticas posibles, basándose en la aplicación de los compromisos internacionales de la UE, como el Acuerdo sobre Contratación Pública, así como en relación con los terceros países con los que la UE no ha suscrito aún este tipo de acuerdos.

**Preguntas:**

- 111. ¿Cuál es su experiencia en relación con los mecanismos previstos en los artículos 58 y 59 de la Directiva 2004/17/CE, o su opinión al respecto?
- 111.1. ¿Deberían mejorarse estas disposiciones? En caso afirmativo, ¿de qué manera? ¿Podría ser conveniente ampliar el ámbito de aplicación de estas disposiciones más allá de la contratación de servicios públicos?
- 112. ¿Qué otros mecanismos propondría para mejorar la simetría en el acceso a los mercados de la contratación pública?

\*\*\*

En el presente Libro Verde se tratan las cuestiones que la Comisión ha considerado aspectos importantes de una futura reforma de la política de contratación pública de la UE. Puede haber otros asuntos clave que no se abordan en él. Asimismo, sería interesante conocer la opinión de las partes interesadas sobre cuáles de los asuntos tratados son más importantes y qué cuestiones parecen menos relevantes de cara a una futura reforma. Por lo tanto, se invita a todas las partes interesadas a responder a las siguientes preguntas.

**Preguntas:**

- 113. ¿Hay otras cuestiones que le parezca que deberían tratarse en una futura reforma de las Directivas sobre contratación pública de la UE? ¿Qué cuestiones serían? En su opinión, ¿cuáles son los problemas que deben resolverse y cómo podrían enfocarse sus posibles soluciones?
- 114. Clasifique por orden de importancia las cuestiones tratadas en el presente Libro Verde y otras que a usted le parezcan importantes. Si tuviera que elegir tres cuestiones prioritarias que deberían tratarse en primer lugar, ¿cuáles serían? Explique por qué las ha elegido.

\*\*\*

La Comisión invita a todas las partes interesadas a presentar sus contribuciones antes del 18 de abril de 2011, preferiblemente mediante su envío por correo electrónico y en formato Word a la siguiente dirección: [MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu](mailto:MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu).

Las contribuciones no deberán abarcar necesariamente todas las cuestiones tratadas en el presente documento. Podrán limitarse a aquellas cuestiones que revistan especial interés para los consultados, a quienes se ruega que indiquen claramente los aspectos a los que se refiere su contribución.

Las contribuciones recibidas y la identidad de su autor se publicarán en Internet, a menos que este alegue que la publicación de los datos personales pueda perjudicar sus intereses legítimos. En este caso, la contribución podrá publicarse de forma anónima. De lo contrario, ni se publicará ni, en principio, se tendrá en cuenta su contenido.