

SEMINARIO SOBRE A CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA E A SÚA INCIDENCIA NA PRÁCTICA DIARIA

(EGAP, Santiago de Compostela, 13 e 14 de setembro de 2001)

Juan Manuel González Hiltner

Bolseiro de investigación da EGAP

Durante os días 13 e 14 de setembro tivo lugar na sede da propia EGAP un seminario dedicado a presentar e explica-las directivas europeas sobre contratación pública dun xeito claro e accesible. A iniciativa responde ós fins desta institución que, dende a súa creación, aspira á formación, investigación e difusión da actualidade xurídico-administrativa mediante, entre outras actividades, a realización de cursos e xornadas de especialización. A importancia xurídico-económica, tanto para o sector público como para o sector privado, do novo paquete legislativo da contratación pública previsto para o ano 2002 xustificaba por si soa estas sesións que serviron de foro de encontro e debate para a reflexión doutrinal e a experiencia práctica dos que, ó servizo das administracións públicas ou dende o sector privado, se relacionan habitualmente coa contratación pública.

O novo paquete legislativo previsto para o ano 2002, que apunta cara a unha maior simplificación, flexibilización e modernización dos procedementos debía serlles explicado ós asistentes. Os conferenciantes de-

bían expo-las implicacións prácticas das directivas nas actividades de contratación pública, e os principais casos levados ante o tribunal europeo. O segundo día debía abordarse o tema da organización dos contratos públicos na práctica, e presentarse exemplos sobre as principais problemáticas que deben ser abordadas polos xestores licitadores destes contratos.

O seminario organizado pola Escola Galega Administración Pública, con grande éxito de asistencia e participación, atende, en última instancia, á necesidade evidente de facilitarlles ós asistentes a súa nova participación no novo mercado de contratacións públicas.

A sesión inaugural iniciouse coa cálida acollida do director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, que expresou a súa satisfacción e a da Escola pola realización deste seminario, do cal dixo que era unha invitación á reflexión sobre as cuestións esenciais para a política presente e futura da contratación pública, así como a incorporación e aplicación efectiva da lexislación europea, e tamén sobre as oportunidades que para os poderes adxudicatarios e os operadores económicos se desprenden da apertura da contratación pública europea. Salientou que a necesidade de intercambio e contraste á que responden estas xornadas séntese con particular intensidade no dereito administrativo e, especialmente, no ámbito dos contratos públicos, sector onde pugnan e entran en conflito de xeito paradigmático os principios de eficacia e de obxectividade no servizo dos intereses xerais pola Administración pública. Efectivamente, en poucos ámbitos coma este se revela con tal crueza o abismo que separa ás veces a normativa e a práctica administrativa, alumeando fenómenos de dereito-ficción.

Compartiu a apertura das xornadas **Gracia Vara Arribas**, sénior lecturer do Instituto Europeo de Administración Pública – Centro Europeo de Rexións (IEAP-CER), que ademais exerceu como moderadora ó longo das dúas xornadas. Resaltou a importancia do carácter práctico do seminario, a necesidade de coñecer as reformas do novo paquete lexislativo, así como o desexo de artellar un diálogo fluído entre as administracións e os particulares.

O primeiro relatorio correu a cargo de **José Bermejo Vera**, presidente da Asociación Española de Contratación Pública e Regulada (AECOPY) e catedrático de dereito administrativo da Universidade de Zaragoza. A súa lúcida intervención sobre os obxectivos e principios da política comunitaria de contratos públicos, serviu para establecer as coordenadas da vixente lexislación comunitaria de contratos.

En primeiro lugar, o profesor Bermejo Vera falou dos obxectivos, e resaltou que a Unión Europea sempre se preocupou con especial interese dos sistemas de contratación pública, ó entender por eles, o conxunto de

fórmulas convencionais entre as administracións e os particulares para obras, servicios e subministracións de carácter público. Consciente da súa importancia de cara á consecución dun mercado interior, elaborou abundantes documentos dende practicamente a súa constitución en 1957. Xa en 1971 se creou un comité consultivo para os contratos públicos. Pero, por riba de todo, procurou levar a cabo unha uniformización do marco xurídico regulador dos contratos públicos nos estados membros, co obxectivo predominante de lograr un auténtico mercado común.

O relator expuxo o papel do dereito comunitario en xeral, e moi especialmente, nestes sectores, onde se configura como un instrumento necesario de cara á efectiva satisfacción dos obxectivos consagrados no TUE: afianzamento do dereito da competencia e loita contra o falseamento da libre concorrència (a través da transparencia e publicidade) e particularmente, respecto ás «regras do mercado» cando as administracións públicas se comportan como axentes económicos. A Unión Europea hai tempo que se atopa nos procesos de uniformización xurídica. Isto é singularmente notorio no sector da contratación pública.

Por outro lado, o fundamento auténtico desta homoxeneización normativa repousa nunha circunstancia absolutamente aceptable e comprensible: o funcionamento dun proceso económico de «libre mercado» reclama unha certa «uniformidade» do marco xurídico de ordenación da actividade dos seus axentes económicos. O principio básico de «igualdade de mercado» esixe, cando este se proxecta xeograficamente sobre un territorio de distintos estados soberanos, o efectivo aseguramento a aqueles «axentes de mercado» dunha igualdade substancial da súa posición xurídica, é dicir, do amparo equitativo das regras ordenadoras polas que se rexe a súa actuación en réxime de libre mercado. Quere dicir con isto, que hoxe é preciso evitar que a disparidade xurídica nos estados mude nun factor susceptible de distorsionar o bo funcionamento do mercado interior e de falsear, en definitiva, as condicións competitivas. A Unión Europea viuse, pois, compelida a intervir normativamente na ordenación dos sectores económicos, co fin de garanti-lo funcionamento correcto do sistema de «libre mercado». Pero non é só cuestión de igualdade posicional dos axentes económicos no mercado. Hai tamén un evidente compoñente economista que revelou magnificamente o «Informe Cecchini». Segundo este traballo de expertos, os aforros potenciais no gasto público, ó eliminar todo tipo de «métodos proteccionistas» –é dicir, regras estatais de favor cara ós contratistas nacionais–, superarían a cifra (ano 1986) de 530 billóns de euros.¹ O «custo da non

¹ P. CECCHINI: *The european challenge. 1992. The Benefits of a Single Market*, W.H. Aldershot, 1988.

Europa», como se identificaba graficamente o mantemento desta situación, era, sen dúbida, moi alto².

A apertura ó mercado da contratación pública tería como principais vantaxes, a xuízo da Comisión Europea, as seguintes:

a) Os provedores e empresarios teñen maiores oportunidades para exercer e desenvolve-las súas actividades, non só a escala comunitaria, senón tamén nacional. A dita expansión fai posible unha redución dos seus custos a través dos efectos do rendemento de economía de escala e un aumento da súa eficacia gracias ó efecto da competencia;

b) Os «poderes adjudicatarios» e os usuarios teñen maiores posibilidades de elección, tanto de bens coma de servicios, o que permitirá aforros importantes nos orzamentos públicos dos estados membros e unha maior satisfacción dos intereses de usuarios e consumidores;

c) As estruturas comerciais e industriais de toda a Comunidade Europea saen beneficiadas.

Un coñecido estudio –«Informe *Atkins*»– de 1984 resaltaba o triple efecto beneficioso que tería a unificación e aplicación da normativa relativa á contratación pública.

1) Un «efecto estático», consistente na redución do gasto público (art. 109 TUE).

2) Un «efecto competitivo», basicamente derivado da redución dos prezos, que, obviamente, contribúe á satisfacción doutro dos fins principais do TUE, isto é, a loita contra a inflación (art 109 E1 TUE).

3) Un «efecto de reestructuración», derivado da aplicación dos principios das «economías de escala».

A importancia económica dos bens e servicios destinados ó sector público e paraestatal e, por conseguinte, o impacto que pode exercer-la liberalización da contratación pública á hora de adjudicalos ponse de relevo, como indica, en primeiro termo, atendendo a que eses bens e servicios representan unha parte nada desdeñable e sempre crecente do consumo global da comunidade; en segundo lugar, constatando que algún dos sectores de produción afectados ocupan unha posición estratéxica de primeira orde para potenciar unha política industrial e tecnolóxica integramente comunitaria. Finalmente, a ruptura do proteccionismo neste sector, ademais dun ingrediente antiinflacionista, comportaría un aumento espectacular de potenciais clientes e consumidores de natureza pública, favorecendo así a creación de economías de escala.

² Véxase unha excelente explicación en M. CATELA: *European Integration and Public Works Contracts Regulation*, Tese de doutoramento, Instituto Europeo de Florencia, 1995.

O obxectivo do marco xurídico precedente constituíron un aparente fracaso como consecuencia da «evasión» na aplicación da normativa, mediante algunhas «corruptelas políticas». Esta situación, reiteradamente denunciada polas autoridades comunitarias, obrigaba a unha reforma en profundidade.

Por isto, segue Bermejo Vera, a comisión marcou como obxectivo a adopción de varias accións legislativas, de implantación gradual. Ese obxectivo conseguiuase tamén reforzando os mecanismos de control sobre o grao de cumprimento da normativa comunitaria, para evitar «fugas» inxustificadas, e estendendo o ámbito de aplicación ós contratos de «servicios», así como ós denominados «sectores excluídos ou especiais» (transporte, auga, enerxía e telecomunicacións). O resultado desta actividade normativa foi a aprobación das directivas 88/295/CEE, do 22 de marzo, sobre contratos públicos de subministración, a 89/440/CEE, do 18 de xullo, sobre contratos públicos de obra, a Directiva 89/665/CEE, do 21 de decembro, relativa á coordinación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas referentes á aplicación dos procedementos de recurso en materia de adxudicación dos contratos públicos de subministración e obras, a 90/531 e 92/13 nos «sectores excluídos ou especiais», a 92/50/CEE, do 18 de xuño, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de servicios, a 93/36/CEE, do 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación de contratos públicos de subministración, a 93/37/CEE, de 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obra, e a 93/38/CEE, do 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación de contratos nos sectores da auga, da enerxía, dos transportes e das telecomunicacións.

Estas directivas tiveron como obxectivo crear regras especiais para a apertura deste sector económico, reforzando a competencia e a transparencia, e eliminando aínda máis os obstáculos directos e indirectos que se seguían practicando polos poderes adxudicadores, amparados nas regulacións nacionais e en protección dos seus axentes ou operadores económicos. Este novo marco normativo pretendeu, fundamentalmente, unha maior transparencia, información, accesibilidade, especificación e equidade ós procedementos de adxudicación, por tratarse duns ámbitos excesivamente protexidos polos estados membros.

Entre as principais vantaxes que este marco comporta hai que resaltar, sobre todo, a ampliación do campo de actuación de empresarios e provedores que concorren á obtención de contratos coas administracións ou poderes públicos. Isto deberá traducirse nunha redución de custos, a través dos efectos de rendemento «de escala», e un aumento de eficacia como consecuencia da competencia, unha maior posibilidade

de elección e, en definitiva, a mellor satisfacción dos intereses dos cidadáns europeos.

Por outro lado, a aplicación uniforme dun réxime de contratación pública non só lles afecta ós estados membros da UE, pois o obxectivo da liberalización da contratación pública incluíuse no Acordo sobre creación dun espazo económico europeo (EEE). A firma dos acordos do GATT, tamén afectou a este tema. Mediante o Acordo de Marrakech, do 13 de abril de 1994, estenderon universalmente os principios dunha contratación pública baseada na libre competencia sen discriminación por nacionalidade³, ó tratar de establecer un marco multilateral con respecto ós dereitos e obrigacións en materia de contratación pública. Consecuencia destas accións foi a obrigación dos estados membros da UE de «abrir» a adxudicación dos seus contratos públicos á concorrencia internacional.

En suma, di Bermejo Vera que as institucións comunitarias configuran, sobre a base do tratado da Unión Europea (TUE), un novo e interesante marco normativo como instrumento necesario de cara á consecución do fundamental obxectivo do mercado interior europeo.

O profesor Bermejo Vera continuou o seu relatorio coas características dos «principios» nos que se basea a regulación comunitaria da contratación pública, e que gardan relación directa coas liberdades fundamentais, e son as seguintes:

- a) «informar» a normativa comunitaria e constituí-lo seu instrumento básico de interpretación;
- b) actuar como poder integrador ante as lagoas do ordenamento xurídico⁴.

A continuación detallou os principios fundamentais e característicos da contratación pública e da contratación nos «sectores especiais» (auga, transporte, enerxía e telecomunicacións):

- O respecto ás liberdades comunitarias e a consecución do obxectivo dun mercado interior único.
- Aplicación de criterios obxectivos de participación e de adxudicación dos contratos que garantan e aseguren con efectividade a concorrencia.
- A garantía de «transparencia» nos procedementos de adxudicación.

³ Sobre este punto, J. A. MORENO MOLINA: *Contratos públicos: derecho nacional y derecho comunitario*. Ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1996, páxs. 36 e ss.

⁴ Véxase N. MICHEL: «La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour ouverture à la concurrence», en *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 3, 1994.

Este derradeiro principio desenvólvese na práctica a través dunha axeitada publicidade dos contratos adxudicables no Diario Oficial das Comunidades Europeas (DOCE) das distintas ofertas de contratos públicos.

Debe terse en conta que a publicidade ofrece distintas vertentes: por un lado, créase un procedemento de información previa que obriga a que, anualmente, os «poderes adxudicadores» publiquen a listaxe das súas previsións de ofertas de contratos; por outra banda, deberán obrigatoriamente publicarse no DOCE os anuncios de licitacións de contratos de obra e subministracións que superen os límites de aplicación das directivas; por último, tamén deberán ser publicadas as decisións finais de adxudicación dos contratos.

Para remata-la súa primeira intervención, o profesor Bermejo Vera, lembrou a publicación do coñecido Libro Verde⁵, integrado por respostas, alegacións e suxestións a partir das que se aprobou unha comunicación sobre «a contratación pública na UE». Neste contexto, e tralas modificacións de axuste das directivas en vigor, presentouse ante a opinión pública un conxunto documental de extraordinaria envergadura, baseado, case exclusivamente, na simplificación do marco xurídico existente, a refundición das directivas e a introducción dunha nova flexibilidade na contratación: o «diálogo competitivo» entre os poderes adxudicadores e candidatos ou concursantes. Pero este foi o contido do relatorio da segunda intervención matinal do profesor Bermejo Vera.

Tralo animado coloquio entrámbalas dúas intervencións, o profesor Bermejo Vera retomou a súa intervención e, sinalou que o propósito, pois, deste novo impulso á acción legislativa da UE, no ámbito da «contratación pública», é suprimi-las contradicións, lagoas e incoherencias do marco xurídico vixente.

A proposta de directiva que agora se presenta en forma de texto único para os contratos de subministracións, obras e servicios permite propor ó mesmo tempo a modificación e simplificación das directivas «clásicas», con 82 artigos. Parece unha diminución sensible, pero non o é, porque a redución do número de artigos é posible debido, fundamentalmente, a que hai disposicións idénticas nas tres directivas.

Sinalou que, como ocorre en España (LCAP, do ano 1995 –Texto de 2000–), foron varios os estados membros que adoptaron o mesmo enfoque, traspoñendo as directivas ó seu ordenamento xurídico nun texto único. Por isto, a fusión das directivas non xera, por si soa, obrigas de nova transposición ou adaptación ós ordenamentos actuais dos estados membros.

Son as modificacións de fondo ou substantivas as que importan e, dende logo, contribúen a este esforzo de simplificación, especialmente a relativa ós *límites* dos respectivos contratos.

⁵ «Libro Verde sobre la contratación pública en la UE: reflexiones para el futuro» (COM-96-, 583 final, 27-11-96).

A Comisión Europea abordou na súa proposta varios temas nos que se van formular e producir, no seu caso, modificacións de fondo.

■ A introducción dos mecanismos de compra electrónica e as súas consecuencias en canto ó acurtamento dos prazos dos procedementos de adxudicación. En efecto, o incremento espectacular das novas tecnoloxías da información e as comunicacións (TIC) ofrece oportunidades prometedoras no relativo á eficacia, á transparencia e á apertura das compras públicas. Pénsase tamén que os sistemas de adxudicación electrónicos deberán permitir un aforro de tempo considerable no desenvolvemento do procedemento.

■ A introducción dun novo tipo de procedemento negociado, que, no caso dos contratos especialmente complexos, permite o «diálogo competitivo». Esta é unha fórmula que faculta a aproximación do «poder adxudicador» e os distintos contratistas-aspirantes, garantindo, ó mesmo tempo, a publicidade da convocatoria de licitación e o respecto á igualdade de trato.

A instauración de procedementos máis flexibles como o procedemento do «diálogo competitivo» e os «acordos marco» tratan de darlles resposta ás críticas sobre os procedementos actuais, no sentido de que son excesivamente ríxidos e formalistas e que a súa observancia provoca, en realidade, disfuncións na adxudicación de contratos públicos.

Sen embargo, sen nega-las posibles virtudes deste tipo de procedemento, o profesor Bermejo Vera di que non debe apresurarse a súa regulación e aplicación con carácter xeral. Para concretos supostos taxados, recollidos polas normas, poderá substituí-lo «procedemento negociado con publicidade», e quizais desempeñará un papel máis relevante no campo dos «sectores excluídos ou especiais», onde, polo seu obxecto, é máis normal que as condicións tecnolóxicas aconsellen acudir a esta novidosa fórmula. Isto significa, polo tanto, que o procedemento negociado con publicidade debe ser mantido como procedemento, pois en varios dos supostos en que actualmente se permite a súa utilización non entran en xogo os parámetros do diálogo.

A posibilidade que se lles concede ós compradores públicos de que asinen o que se denomina «acordos marco». Os seus termos están fixados na súa totalidade e serven de base para poder adxudicar contratos sen aplicar a cada un deles tódalas obrigacións da directiva.

Os «acordos marco» utilizaranse en caso de compras repetitivas, para elixir algúns operadores económicos que, cando chegue o momento, poidan satisfacer as necesidades do comprador.

Na actualidade, esta forma de «acordo» entre poder adxudicador e operadores económicos non pode eximir ó poder adxudicador da obriga de seguir os procedementos da directiva en cada contrato que adxudi-

que, se se superan os correspondentes límites. Deste xeito, os poderes adxudicadores non estarán obrigados a aplica-los procedementos normais da directiva para cada contrato baseado nun «acordo marco». Hai, non obstante, unha dobre condición:

1) O acordo marco en si mesmo debe estar adxudicado de conformidade coa directiva.

2) Os contratos baseados no acordo marco deberán adxudicarse de conformidade coas disposicións que teñen como obxecto garanti-lo respecto da igualdade de trato na selección do licitador.

■ A clarificación das disposicións relativas ás especificacións técnicas, para garantir unha competencia efectiva mediante a participación do maior público posible de licitadores e, en particular, de empresas innovadoras.

Parece necesario simplifica-las disposicións das directivas; dunha parte, aclarando o alcance da obrigación de «referencia»; e, doutra, limitando a mención de disposicións específicas a determinados sectores como as telecomunicacións e a construción, por exemplo.

■ Reforzo das disposicións relativas ós criterios de adxudicación e á selección. Prevese que os ditos criterios se deben enumerar no anuncio de licitación ou no prego de condicións «na medida do posible», en orde decrecente segundo a importancia que lles atribúa o respectivo «poder adxudicador». Esta disposición é pouco restrictiva no que se refire á mención dunha orde de «importancia decrecente» e, por isto, é necesario aclara-lo alcance da obrigación.

En canto á selección dos licitadores, a proposta reforza o marco legislativo en dous puntos:

1) Por un lado, refórzanse os instrumentos para combata-la delincuencia organizada, a corrupción e o fraude, ó introducir unha obrigación segundo a cal os poderes adxudicadores estarán obrigados a excluír a todo licitador que fora obxecto dunha sentenza firme por delitos de delincuencia organizada, de corrupción ou de fraude en detrimento dos intereses económicos da comunidade.

2) Por outra parte, nos procedementos restrinxidos e negociados, introdúcese a obriga de restrinxi-lo número de candidatos invitados a licitar unicamente mediante a aplicación de criterios obxectivos enunciados previamente. Deste xeito, corríxese una lagoa do dispositivo actual.

■ A simplificación dos *límites*. Con toda seguridade, os límites actuais dos respectivos tipos de contrato son tremendamente difíciles de aplicar. O profesor Bermejo Vera resaltou a necesidade urxente de simplificar estes límites, eliminando toda referencia ó «equivalente en euros de DEX (dereitos especiais de xiro), e indicando tódolos límites en euros, ata un nivel compatible coas obrigas internacionais da Unión Europea. En

diante, os límites indícaranse sempre en euros. Os límites en euros redondearanse á centena ou á decena de millares de euros inferior ós límites previstos no «Acordo sobre contratación pública» (Ronda Uruguai).

Na proposta elixíronse os seguintes límites:

1) 93/37/CEE: un límite único de 5.300.000 euros, aplicable a tódolos contratos e concesións que entren no seu ámbito de aplicación.

2) 93/36/CEE e 92/50/CEE: dous límites, aplicables a tódolos contratos e ós concursos de proxectos que entren nos respectivos ámbitos das directivas; estes límites son de 130.000 euros ou de 200.000 euros segundo que o «poder adxudicador» teña estatuto ou non.

■ **Introducción dun vocabulario común para a contratación pública.**

O uso do vocabulario común de contratos públicos (*Common Procurement Vocabulary*; CPV) para identifica-lo obxecto dos contratos e para a súa tradución ás once linguas oficiais, converteuse nun criterio de busca indispensable na selección e identificación de oportunidades de contrato. De aí que a utilización exclusiva do CPV facilitará a divulgación e o acceso á información e, deste xeito, contribuirá a que aumente a transparencia e a apertura dos contratos públicos.

A exposición do profesor Bermejo Vera concluíu sinalando as necesarias modificacións das directivas «clásicas» co obxecto de garantir que os poderes públicos estean excluídos do ámbito de aplicación destas directivas no que se refire ás compras relacionadas coas súas actividades, concretamente, no sector das telecomunicacións.

O serán comezou co relatorio a cargo do profesor **José M.^a Gimeno Feliú** que se dedicou a analiza-la adecuación ou non do ámbito subxectivo e obxectivo que contemplan as directivas sobre contratación pública nos sectores clásicos no marco normativo español, así como o procedemento de adxudicación. Para o profesor Gimeno Feliú esta cuestión é certamente decisiva á hora de concluír se a aplicación do dereito comunitario en España é correcta, pois a consideración de qué suxeitos e qué obxectos contractuais se someten á norma supón, na práctica, o cumprimento ou a fuga da citada normativa e dos seus principios, pois os subterfuxios formais ou nominalistas adoitan se-la escusa para intentar eludi-la aplicación das regras europeas.

No concreto campo que nos ocupa, a contratación pública xoga un papel relevante na medida en que a inaplicación das regras comunitarias impedirá a consecución do obxectivo do mercado interior. A comunidade, a través de varias directivas, abordou unha reforma normativa da contratación pública que permita erradica-las condutas patolóxicas e estableza unhas regras especiais que garantan especialmente a apertura e a transparencia, e eliminen aínda máis, se cabe, os obstáculos directos e in-

directos que seguen sendo practicados polos operadores económicos, de cara á consecución dun mercado único interior⁶.

Para isto, a nova normativa pretendeu dotar dunha maior transparencia, información, accesibilidade, especificación e equidade os procedementos de adxudicación, por tratarse dun campo excesivamente protexido polos estados membros. A súa finalidade é a eliminación das restricións á libre contratación, para que as empresas comunitarias que concorren á obtención dun determinado contrato cunha administración ou «poder público» se atopen en condicións de igualdade práctica. As principais vantaxes que comporta é a ampliación do campo de actuación de empresarios e provedores, o que necesariamente se debe traducir nunha redución de custos a través dos efectos de rendemento de escala, nun aumento de eficacia como consecuencia da competencia; así como nunha maior posibilidade de elección por parte dos poderes adxudicadores, co aforro de cartos públicos e mellores satisfaccións dende o punto de vista do cidadán.

Para estes efectos, as directivas «clásicas» establecen como ámbito subxectivo o seguinte:

Enténdese por «poderes adxudicadores»: o Estado, os entes territoriais, os organismos de dereito público e as asociacións constituídas por un ou máis dos ditos entes ou dos ditos organismos de dereito público.

Enténdese por organismo de dereito público calquera organismo: creado para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, dotado de personalidade xurídica, e que teña unha actividade maioritariamente financiada polo Estado, os entes territoriais ou outros organismos de dereito público, ou ben, cun órgano de administración, de dirección ou de vixilancia estea composto por membros dos case máis da metade sexan nomeados polo Estado, os entes territoriais ou outros organismos de dereito público⁷.

Trátase, en consecuencia, de comprobar a adaptación ou non da lexislación ó disposto polas normas comunitarias. Para isto débese partir da verificación da transposición efectuada en España, executada a través da Lei de contratos das administracións públicas do 18 de maio de 1995, que tras un longo *iter* parlamentario, incorporou a nova normativa comunitaria e internacional. Respecto á incidencia destas directivas no

⁶ A aplicación uniforme do réxime da contratación pública non só afecta ós países comunitarios dado que, tra-lo Acordo do GATT de Marrakech do 13 de abril de 1994, se estendeu a aplicación dos principios dunha contratación pública baseada na libre competencia sen discriminación de nacionalidade.

⁷ Sobre o ámbito subxectivo das directivas comunitarias sobre contratación pública pode consultarse M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp.223 -225; e MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mac Graw Hill, Madrid, 1996, páxs.148 e ss.

noso ordenamento xurídico, o profesor Gimeno Feliú remitiu ó traballo de Baños León⁸. E no relativo ó ámbito subxectivo da LCAP fixo as seguintes observacións lembrando que un dos temas claves na regulación da contratación pública é o concepto de poder adxudicador, pois del depende o éxito ou o fracaso das súas regras e principios, motivo polo que convén insistir na súa concreta problemática práctica.

A experiencia práctica pon de relevo que a regulación da lexislación española non cumpre axeitadamente coas esixencias de claridade e certeza que neste aspecto, por esixencia do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea (entre outras, a sentenza do 6 de maio de 1980), require a incorporación das normas comunitarias. O modelo que ofrece a LCAP pode concretarse no seguinte:

1) As administracións territoriais e os organismos autónomos considéranse en todo caso poder adxudicador e deben someterse ó disposto pola LCAP (arts. 1.1 e 2).

2) Deben, así mesmo, axustar a súa actividade contractual ás regras da LCAP, as entidades de dereito público con personalidade xurídica propia, vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas, sempre que se cumpran os requisitos seguintes:

- que foran creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñen carácter industrial ou mercantil.
- que se trate de entidades cunha actividade maioritariamente financiada polas administracións públicas ou outras entidades de dereito público, ou ben, cunha xestión sometida a un control por parte destas últimas, ou que os seus órganos de administración, de dirección ou de vixilancia estean compostos por membros máis da metade dos cales sexan nomeados polas administracións públicas e outras entidades de dereito público (art. 1.3 LCAP).

3) As entidades de dereito público que non estean incluídas no suposto anterior (art.2.1), deberán aplica-las prescricións relativas á capacidade, publicidade, procedementos de licitación e formas de adxudicación respecto de contratos de obra, consultoría, servizos e traballos específicos e concretos non habituais relacionados cos primeiros, sempre que se supere o límite económico previsto pola norma e que a principal fonte de financiamento dos ditos contratos proceda de transferencias ou achegas de capital procedentes directa ou indirectamente de calquera administración pública. Tamén quedan sometidas ás referidas prescricións as empresas privadas cando as ditas empresas obtiveran unha subvención

⁸ «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas», *RAP* 151, 2000, páxs.14 e ss.

administrativa relacionada co obxecto do contrato superior ó cincuenta por cento do importe (art. 2.2 LCAP).

4) Finalmente, as sociedades estatais con forma mercantil deberán axustar a súa actividade contractual ós principios de publicidade e concorrencia, a non ser que a natureza da operación que hai que realizar sexa incompatible con este principio (disposición adicional sexta).

Tendo en conta que o elemento teleolóxico está sempre presente nas directivas comunitarias, é imprescindible realizar interpretacións que garantan a consecución do resultado que se persegue coa directiva, que no caso que nos ocupa concrétese na apertura efectiva da contratación pública. Por isto, é necesario interpreta-lo seu contido en función de tal resultado, co obxecto de evitar que mediante subterfuxios legais se eluda o cumprimento das directivas en cuestión.

Dado que a noción de «poder público» se presenta como o criterio delimitador da aplicación do réxime xurídico-político da contratación pública, debe realizarse un esforzo de interpretación da definición a fin de evita-las restriccións do ámbito de aplicación das directivas para que estas sexan realmente eficaces e cumpran a súa finalidade derradeira. Imponse, en definitiva, unha interpretación subxectivo-funcional e non formal, afirma Gimeno Feliú.

Esta cuestión foi obxecto dunha recente e moi interesante xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (TXCE) que, a xuízo de Gimeno Feliú, despexou de tódalas dúbidas a interpretación que se debe facer do concepto de poder adxudicador, que se obtén de precisa-lo significado dos criterios ou trazos determinantes ós que se refire a LCAP e as directivas comunitarias de cara a entender sometido a un ente público o réxime da contratación pública. Estes criterios ou requisitos son tres:

1) En primeiro lugar, debe atenderse á natureza da actividade: satisfacer necesidades de interese xeral que non teñen exclusivo carácter mercantil, e se é o caso, por tratarse de xestión económica, quedará xustificado o seu sometemento ó réxime xurídico privado. Esta previsión e a súa concreción suscita importantes problemas interpretativos na doutrina, que levou a que incluso certo sector entenda que se pode presumir a existencia de actividade mercantil cando o ente adxudicador reviste a forma de sociedade mercantil. Para tal efecto, convén lembrar como o propio Consello de Estado, no seu dictame do 14 de decembro de 1995, excluíu do ámbito de aplicación da lei ó ICEX⁹, ó considerar que cumpría unha función industrial ou mercantil. É dicir, dálle prioridade a esta nota fronte á de que sexa unha actividade de interese xeral.

⁹ Instituto de Comercio Exterior.

Sen embargo, para o profesor Gimeno Feliú esa non é a interpretación que está realizando o TXCE. Para tal efecto, a sentenza do TXCE do 15 de xaneiro de 1998 (Asunto C-44/96 *Mannesmann*), indica que, se hai unha función de interese xeral (indubidable cando o ámbito da actividade se designa habitualmente baixo a expresión de «obrigacións de servizo público»), á marxe de que a actividade teña vertentes mercantís ou industriais, prodúcese unha *bis* atractiva do primeiro elemento, e debe entenderse a ese ente sometido ás regras de contratación pública¹⁰. En consecuencia, afirma Gimeno Feliú que os entes instrumentais que presten servizo público ou teñan que cumprir con obrigas de servizo público, atópanse sometidos ó réxime da LCAP. A STXCE do 10 de novembro de 1998 (Asunto C-360/96. ARA) insiste nesta idea¹⁰, ó entender que estamos en presenza dun poder adxudicador cando a función é de interese xeral, aínda que, e este dato é de gran relevancia, a actividade se preste en réxime de competencia. É dicir, prima o dato teleolóxico da actividade que desenvolve ese ente adxudicador¹¹. Nesta xurisprudencia distínguese, en definitiva, entre necesidades de interese xeral que teñan carácter industrial ou mercantil coas necesidades que non teñen o dito carácter.

Criterio que non se ve afectado polo feito de que empresas privadas satisfagan ou poidan satisfacer as mesmas necesidades deste, xa que a inexistencia de competencia non é un requisito necesario para definir un organismo de dereito público.

No caso de autos, é indiscutible que a recollida e o tratamento de lixos domésticos poden considerarse como unha necesidade de interese xeral. Dado que o grao de satisfacción desta necesidade que se estime necesario por razóns de saúde pública e protección do medio natural quizais non se consiga se os operadores económicos privados lles ofrecen, total ou parcialmente, ós particulares servizos de recollida, esta actividade pertence a aquelas respecto das que un estado pode decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas ou sobre as que o dito estado quere conservar unha influencia determinante.

Por outra parte, debe lembrarse o que o Tribunal de Xustiza afirmou na alínea 25 da Sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria* e outros, antes citada, que é indiferente que, ademais de cumprila función de satis-

¹⁰ A cuestión é se unha empresa pública –ARA– se considera ou non poder adxudicador. En 1993, dous concellos proxectaron fusiónalos servizos municipais de recollida de residuos e encomendar esta tarefa a unha nova persoa xurídica. Os concellos de Arnhem e Rheden decidiron respectivamente constituír a sociedade anónima ARA e encomendarlle unha serie de tarefas, previstas na lei, no ámbito da recollida de basuras e, no caso do concello de Arnhem, da limpeza da vía pública.

¹¹ Sentencia do TXCE do 17 de decembro de 1998 (Asunto *Irish Forestry Board*).

facer necesidades de interese xeral, unha entidade poida desempeñar outras actividades.

2) En segundo lugar, é certo que o ente, para considerarse poder adxudicador debe ter propia personalidade xurídica, se ben para o dereito comunitario a forma xurídica adoptada non é por si criterio decisivo, pois debe realizarse unha interpretación funcional, da que resulta que a forma xurídica, pública ou privada, énos indiferente para estes efectos. Ó respecto é especialmente relevante a doutrina que mantén a citada STXCE de novembro de 1998: «é preciso lembrar que para darlle plenos efectos ó principio de libre circulación, o concepto de entidade adxudicadora debe recibir unha interpretación funcional¹². Esta necesidade oponse a que se establezan diferencias en función da forma xurídica das disposicións polas que se crea o organismo e se especifican as necesidades que este debe satisfacer». Este criterio é o que vén aplicando reiteradamente o Tribunal de Xustiza das comunidades europeas a fin de garanti-lo desenvolvemento correcto das normas do tratado, e que no caso que nos ocupa, sinala Gimeno Feliú, non fai senón pór de relevo que a Administración é un «poder público» ó que a Constitución lle impón deberes dos que non pode fuxir «polo simple procedemento de creación de entes convencionais ós que se tente a dotar de réximes xurídicos exentos de tales deberes».

Así pois, as empresas mercantís non poderán acollerse directamente ó disposto na disposición adicional sexta LCAP, ó te-lo dito precepto un carácter residual. Debe determinarse primeiro se pode ser incluída a súa actividade nos parámetros funcionais explicados a fin de ser considerada poder adxudicador. É dicir, que esta disposición, loxicamente, se aplica exclusivamente ás sociedades mercantís que non encaixen, dende unha perspectiva funcional, no artigo 1.3 LCAP.

3) O derradeiro requisito que esixe a LCAP é que o control –por vía financeira ou calquera outro medio– sexa da Administración pública. Debe estarse, polo tanto, ó tanto da «influencia dominante» do poder público sobre o organismo adxudicador.

Para o profesor Gimeno Feliú estes son os requisitos, e con este alcance funcional, os que se deben utilizar para comprender se se está ou non en presenza dun poder adxudicador sometido ás regras contractuais públicas.

Así as cousas, ben pode afirmarse que a problemática do concepto de poder adxudicador en España se resolve utilizando unha interpretación funcional dos suxeitos contratantes que corrixa a aparente indefinición

¹² Neste sentido, véxase a Sentencia do Tribunal de Xustiza do 20 de decembro de 1988, *Beentjes*, 31/87, Rec. P. 4635, alínea 11.

do ámbito subxectivo da LCAP que serviu de escusa tanto para o legislador estatal como autonómico para, a través de normas legais *ad hoc*, excepciónalo réxime da contratación pública.

Tanto os preceptos definidores do que se entende por poder adxudicador, coma os anexos de que constan nestas directivas prevalecen sobre as decisións (incluso legais) dos estados, xa que o referido principio de interpretación uniforme impide que os estados teñan marxe discrecional de actuación dado que a liberdade de acción na transposición que ofrece o art. 189 TCE non afecta á súa obriga de elixir as formas e medios máis apropiados para asegurala efectividade das directivas. E este criterio é o que vén aplicando reiteradamente o Tribunal de Xustiza das comunidades europeas co fin de garanti-lo desenvolvemento correcto das normas do tratado.

Como conclusión, pode dicirse que fronte á actual e preocupante situación caracterizada pola inaplicación dos procedementos e principios da contratación pública, amparada moitas veces en criterios xurídicos de índole formal, debe defenderse a necesidade de realizar unha interpretación subxectivo-funcional que garanta o cumprimento, ó menos, das normas de publicidade e concorrencia dos procesos de selección de contratistas con independencia do tipo de personificación adoptado e do réxime xurídico «aparente» aplicable ós seus contratos. O criterio determinante na busca do réxime xurídico aplicable á contratación destes «entes instrumentais» ha ser o da natureza da actividade obxecto da Administración pois así o esixe o principio de libre competencia consagrado no artigo 3 do Tratado da Unión Europea e o principio de liberdade de empresa á que se refire o art. 38 CE.

Así as cousas, e a modo de corolario, pode rematarse afirmando que, nos distintos e variados supostos de descentralización funcional mediante a creación de entes instrumentais, a natureza do poder adxudicador dependerá, á marxe da súa personificación xurídica ou privada, polas notas de control público e pola satisfacción de interese xeral, sen que teña que existir necesariamente monopolio.

En canto á aplicación concreta da normativa comunitaria para o efectivo cumprimento ou satisfacción das liberdades comunitarias débese realizar conforme a criterios de neutralidade e igualdade que garantan a non discriminación dos usuarios nin en función de nacionalidade, nin en función do seu poder concreto de negociación, de tal xeito que calquera cidadán comunitario debe ser tratado sen ningunha discriminación por razón da súa persoa. Este principio atopa o seu fundamento no art. 6 TCE e outros concordantes e foi garantido satisfactoriamente polo TXCE.

Para cumprir este obxectivo modificáronse os procedementos ordinarios –existe un procedemento de urxencia– de adxudicación que se clasifican como:

a) Procedemento aberto: é o habitual, en virtude do cal calquera empresa interesada pode concursar para a obtención do contrato.

b) Procedemento restrinxido: a través deste procedemento de carácter ordinario poderán presentar proposicións só as empresas que previamente seleccionara o poder público a petición destas e valorarase a súa capacidade. A utilización deste procedemento atópase xustificada tanto pola necesidade de respectar un equilibrio entre o valor do contrato e os custos do procedemento, coma pola especificidade do obxecto do contrato. Gimeno Feliú pensa que debería estar chamado a ter especial protagonismo na práctica española e non está sendo utilizado, pese ás importantes vantaxes que ten de cara a valorar-la capacidade das empresas. Trátase, en definitiva, dun procedemento bifásico no que se valoran tanto os aspectos subxectivos coma os obxectivos da relación contractual. Este sería o modelo tipo ó permitir unha visión global de tódolos elementos do contrato.

c) Procedemento negociado: só procede en situacións taxadas e excepcionais, e pode darse con publicidade ou sen ela. Consiste na libre adxudicación dun contrato, trala consulta e negociación do contrato con outras empresas, e debe, ó menos e sempre que sexa posible, solicitar ofertas a tres empresas contratistas capacitadas para a execución do obxecto do contrato. Este procedemento ten carácter ordinario cando se trata de contratos nos sectores especiais da auga, enerxía, transporte e telecomunicacións.

Os criterios de adxudicación nos procedementos aberto e restrinxido son a poxa e o concurso.

Finalmente, e directamente ligado ó procedemento, as directivas establecen a garantía de transparencia nos procedementos de adxudicación. Esta transparencia ten por finalidade evita-lo «segredismo» na contratación –que favorece ás empresas nacionais–, e contribúe decisivamente a facilita-la competencia efectiva entre os distintos axentes económicos comunitarios, xa que permite a participación de todos estes en condicións de igualdade.

Este principio atopa a súa principal manifestación práctica, en primeiro lugar, a través dunha adecuada publicidade dos contratos adxudicables no Diario Oficial das Comunidades Europeas (DOCE) das distintas ofertas de contratos públicos, e presenta unha dobre faceta:

a) Como mecanismo de fiscalización da Administración, a publicidade constitúe unha magnífica axuda para o xogo limpo na vida administrativa e unha oportunidade de control a disposición dos administradores e dos candidatos contractuais.

b) Como medio de promoción da concorrència entre os axentes económicos implicados.

Publicidade que se converte en esixencia ineludible do principio de liberdade de concorrència.

Como mecanismo de peche, e en segundo lugar, a transparencia gárantese da seguinte forma: a través da obriga de xustificar ante todo contratista-licitador que o solicite o rexeitamento da súa candidatura ou da súa oferta; a obriga de redactar, para cada contrato, unha acta que se poderá poñer a disposición da comisión; a obriga de publica-lo resultado de cada contrato adxudicado; e a posta ó día das normas no ámbito técnico a fin de ter en conta a evolución da política de normalización a escala europea e internacional.

A segunda parte do relatorio do profesor Gimeno Feliú comezou co que se refire á cualificación dos contratistas. Para contratar coa Administración os contratistas deben cumprir unha serie de requisitos previos que fan referencia á capacidade de obrar, á solvencia económica e financeira, e á solvencia técnica e deben estar unicamente ó disposto pola normativa comunitaria, sen que poidan esixirse requisitos ou medios de acreditación distintos.

Debe aclararse que a cualificación é unha obriga nacional e non comunitaria, que non se lle pode esixir, polo tanto, a ningunha empresa comunitaria. Esta obriga refírese exclusivamente ós contratos administrativos típicos de obras e de servizos e esíxese en función da contía do contrato que na actualidade é de vinte millóns de pesetas. A LCAP establece a posibilidade de «suspende-la» cualificación, tralo expediente administrativo con audiencia do interesado. Os efectos desta suspensión son a perda dos seus dereitos derivados en canto subsista a causa, non só para contratos futuros, senón tamén para contratos efectivamente adxudicados.

Sen dúbida o máis rechamante desta técnica recóllese na Lei 48/1998 que prevé un sistema potestativo de cualificación dos contratistas, de duración variable, concibido para facilita-la súa selección: deste xeito, cada entidade contratante pode establece-lo seu sistema propio, remitirse ó Rexistro Oficial de Contratistas do Ministerio de Economía e Fazenda ou optar por calquera outro sistema que as entidades contratantes estimen axeitado.

O réxime de cualificación propio de cada entidade contratante, para potencia-lo libre acceso a este e a libre concorrència de eventuais licitadores, régúlase nos artigos 17 a 22 da Lei 48/1998, baixo o sinal de imparcialidade, publicidade e a interdicción da arbitrariedade. A xestión do sistema, así como os acordos de cualificación inicial, revisión ou delegación de cualificacións deben adoptarse conforme a criterios obxectivos, e incluso permítese a remisión das contratantes ós criterios establecidos na LCAP.

Deste xeito, dispónse que o sistema será público no DOCE conforme a un modelo europeo, e a un sistema de anuncios indicativos publica-

bles en función da duración prevista do réxime. Os criterios de cualificación e as súas actualizacións deben ser obxectivos e facilitarse ós contratistas que o desexen, os que obterán ó cabo de dous meses unha resolución motivada respecto da súa solicitude de ingreso no sistema. A operatividade do sistema non queda aí, senón que se conecta incluso coa previsión dunha modalidade xenuína de convocatoria de licitación. En efecto, é esta a novidade máis interesante e máis controvertida para o profesor Gimeno Feliú. Dispónse no artigo 28 a posibilidade de convocar licitacións mediante a remisión feita por un anuncio publicado no DOCE, co obxecto de seguir un procedemento restrinxido ou negociado. Imponse, pois, a crítica a este sistema, xa que a través dun uso perverso pode chegarse a unha querida restricción da concorrència. O contratista que, por razón dun súbito cambio do sistema perdera a cualificación, atópase no transo de ter que instala de novo, deberá someterse nun prazo de dous meses que establece o artigo 20.2 para a entidade contratante, sen poder concorrer durante este tempo á licitación. Un cambio no sistema autónomo de cualificación pode chegar a te-las consecuencias de prohibir implícita e temporalmente a concorrència de determinados licitadores.

No que se refire á contratación dos denominados sectores «excluídos ou especiais», é dicir, auga, enerxía, transporte e telecomunicacións, o profesor Gimeno Feliú sinalou que na actualidade os diversos sistemas xurídicos nacionais parecen moverse cara a puntos de converxencia comúns, e é un factor decisivo neste proceso a internacionalización (e, por suposto «comunitarización») das actividades económicas (páx.62). Para evitar que as disparidades xurídicas se convertan nun factor susceptible de distorsiona-lo bo funcionamento do mercado interior, ó enturba-los criterios que deben guía-la libre mobilidade dos factores e falsear, en definitiva, as condicións competitivas no seu interior, a Unión Europea debe, por isto, intervir normativamente na ordenación de determinados sectores ou actividades económicas a fin de garanti-lo funcionamento correcto do sistema de mercado.

Esta uniformización debe afectar, por suposto, á contratación pública e á contratación nos sectores denominados «excluídos», co fin de erradicar a ausencia de competencia e eficacia nas ditas materias, tratando de resolver un dos problemas máis serios e anacrónicos para a efectiva realización do mercado interior, xa que a inexistencia de competencia en sectores industriais clave –como as telecomunicacións ou a enerxía eléctrica– e os importantes e innecesarios custos adicionais que supoñen para os poderosos adxudicadores dificultan notablemente a aparición de empresas europeas capaces de competir no agresivo mercado mundial.

En relación coa contratación nos sectores «excluídos», aprobáronse tres directivas que teñen un ámbito de aplicación realmente extenso, e

afectan a miles de empresas e entidades na UE, tanto poderes públicos coma empresas públicas ou privadas.

Estas directivas son¹³: 90/531, do 29 de outubro; 92/13, do 25 de febreiro; e 93/38, do 14 de xuño de 1993.

Para Gimeno Feliú supoñen unha «revolución xurídica» en canto van obrigar ás empresas que operan nestes sectores a modifica-las súas tradicionais prácticas contractuais para adaptarse a un sistema de contratación inspirado nos principios de contratación pública; e cun sometemento a procedementos públicos de contratación queda xustifico para o caso de empresas privadas no feito de que «as autoridades nacionais poidan influír no comportamento destas entidades», ó pretender con isto evitar que estas contraten exclusivamente con empresas nacionais se estas non son competitivas. E debe cualificarse capital a importancia destas directivas, en canto supoñen a aplicación de procedementos públicos non só a administracións públicas, senón tamén a empresas que exercen actividades nalgún dos campos comprendidos nas mesmas baixo a influencia das ditas administracións. En calquera caso, debe terse en conta que a finalidade destas directivas non é a de impoñer regras ríxidas, senón garantir a transparencia das adxudicacións e procedementos. Óptase, polo tanto, por un concepto funcional e non orgánico de contrato público, que estende de forma notoria o seu campo de aplicación.

O réxime dos sistemas de contratación é similar ó dos contratos clásicos, modificando os procedementos ordinarios –existe un procedemento de urxencia– de adxudicación que se clasifican como: a) aberto: todo empresario interesado pode presentar unha proposición; b) restrinxido: unicamente poden presentar propostas os empresarios invitados ou seleccionados pola Administración; c) negociado: ten carácter ordinario e consiste na adxudicación ó empresario libre, pero xustificadamente elixido pola Administración, trala negociación das condicións e do prezo do contrato.

Os criterios de selección (salvo no procedemento negociado) son: ou a oferta de prezo máis baixo; ou a oferta economicamente máis vantaxosa, no seu caso o poder adxudicador debe xustifica-la súa decisión baseándose en criterios obxectivos que obrigatoriamente deberán figurar ou no anuncio da contratación ou no prego de condicións a fin de evitar arbitrariedades.

No tocante ás directivas de «recursos legais», o profesor Gimeno Feliú salientou a importancia de establecer mecanismos que permitan a super-

¹³ Un sucinto comentario sobre o contido destas directivas pode verse no traballo de LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, «La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a las empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea», *RAP* núm. 133, 1993, páxs.311 e ss.

visión e revisión dos procedementos de adxudicación de contratos tanto a nivel nacional coma comunitario. Para corrixi-la debilidade da normativa (páx. 73) anterior, sobre a base do actual art. 95 do TCE, aprobáronse con carácter xeral as directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE relativas á coordinación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas referentes á aplicación dos procedementos de recurso nos campos de contratación pública e regulada, nas que se arbitran unha serie de procedementos de control/impugnación que teñen por fin controlar e corrixir posibles incumprimentos da normativa de contratación pública. O seu obxectivo é, evidentemente, animar á participación das empresas europeas a licitar nos contratos públicos de obras e servicios.

Os posibles mecanismos de control que se contemplan nestas directivas son os catro seguintes: a) vías de recurso no plano nacional; b) intervención da comisión co fin da corrección do procedemento de adxudicación; c) certificación (arts. 3 a 7 directiva 92/13); conciliación ante a comisión (arts. 9 a 11 directiva 92/13).

Como conclusión, o profesor Gimeno Feliú dixo que estas directivas «recursos» supoñen un punto de inflexión importante no papel da Unión Europea no que se refire ó control, corrección e sanción, a través, incluso, das súas propias institucións, daquelas actuacións que sexan contrarias á normativa comunitaria de cara a garantir de forma eficaz os obxectivos consagrados polo tratado. Este novo papel de atención á satisfacción efectiva dos dereitos dos cidadáns comunitarios vén a garanti-la lexitimidade das organizacións comunitarias, dado que estas se mostran capaces de facer efectivos uns principios e obxectivos que, para moitos, ata agora, soamente aparentaban un carácter teórico. Dende esta perspectiva pode cualificarse a estas directivas como auténtica «revolución xurídica».

O profesor Gimeno Feliú clausurou a primeira xornada cunha breve reflexión sobre a adaptación das directivas 89/665 e 92/13. Afirmou que, se ben é certo que para o relativo ós contratos «clásicos», España dispón actualmente, coa reforma operada tanto pola LX 98 coma pola reforma da LAP efectuada pola Lei 4/99, dun sistema de recursos administrativos e xurisdiccionais que, dende un plano teórico, permiten en todo caso a fiscalización da contratación pública, tamén é certo que o feito da executividade e executoriedade dos contratos, unido á lentitude dos procesos xudiciais presentan serias dúbidas sobre a adecuación do noso sistema de garantías ó obxectivo desta directiva pois dificilmente pode afirmarse que o sistema, na práctica, é rápido e eficaz.

Aínda que para certo sector doutrinal español o sistema de recursos establecido nas directivas comunitarias de contratación pública «nace xa trasposto ó dereito español», por considerar que o sistema de recursos administrativos e xurisdiccionais contido na nosa lexislación responden plenamente ás esixencias previstas na mencionada directiva.

Sen embargo, ó parecer do profesor Gimeno Feliú era e é distinto ó considerar na práctica claramente insuficiente, senón deficiente, o dito sistema de control no relativo á contratación pública, con excepción de sistema indemnizatorio polos danos e prexuízos ocasionados pola actuación administrativa nesta materia. Considera, xunto a outros autores¹⁴ que as esixencias da directiva «recursos» nos contratos «clásicos» esixía unha transposición singular do seu contido, ó non conformarse coa remisión ó esquema xenérico das garantías establecidas no marco xeral, e optar pola implantación dun sistema xurisdiccional respectuoso coa dualidade de órganos xurisdiccionais, no que se ofrecen dous tipos de recursos abertos, ben ante o xuíz ordinario, ben ante o xuíz contencioso-administrativo, ó dotar a ambos de poderes idénticos¹⁵ (caso do dereito francés).

Á vista da situación, a modo de proposta de *lege ferenda*, podería substituí-lo recurso de reposición pola creación dun recurso administrativo previo, específico para este sector, ante un órgano independente e especializado de composición mixta (similar ós tribunais ingleses) que de forma sumaria e rápida resolva as controversias xurídicas e técnicas que se presenten, dotando de executoriedade as súas decisións que, en calquera caso, por mandato expreso do art. 24 CE, deberían ser obxecto de fiscalización polos tribunais. Deste xeito conseguiríanse satisfacer dous obxectivos: descarga-la xurisdicción contencioso-administrativa, e resolver de forma rápida e eficaz por un órgano que ó estar dotado de certa «auctoritas» xere a confianza dos cidadáns nas súas decisións. E, a modo de suxestión, podería establecerse a competencia de resolución destes recursos na Xunta Consultiva de Contratación, e deben modificarse, por lei, o nivel de competencias deste órgano –agora meramente consultivo– para dotarla da prerrogativa de resolución de conflitos en materia de contratación pública.

A verdadeira finalidade desta proposta é ofrecerlles unha maior garantía ós particulares que faciliten a satisfacción –se é o caso– das súas pretensións fronte á Administración.

¹⁴ M. M. RAZQUIN, *Contratos públicos...*, ob. cit., páxs. 277-279.

M.A. FLAMME e P. FLAMME, consideran que o sistema de control español está desprovisto de toda eficacia real, o que xustifica a necesidade dunha transposición *ad hoc* da directiva «recursos». *Vers des marchés publics?*, ob. cit., pág.473.

¹⁵ A gran orixinalidade destes recursos é, en primeiro lugar, a súa natureza precontractual, que esixe a súa resolución antes da firma do contrato obxecto de litixio. En segundo lugar, que se trata dun procedemento rápido e sumario a fin de corrixi-las posibles violacións relativas á publicidade e á concorrencia esixidas polo dereito comunitario antes da adxudicación. Vid. C. MAUGÛE, *Bilan de l'actualité communautaire des marchés publics. La mise en oeuvre des directives «recours, Europe, xaneiro 1994*, páxs.1-5.

Polo que se refire ós sectores da auga, enerxía, transporte e telecomunicacións a resposta, aínda que tardía di Gimeno Feliú, foi ben distinta, e optouse pola súa incorporación á lei que realiza a transposición da directiva 93/38. Trátase da Lei 48/1998, do 30 de decembro, que incorpora as previsións da Directiva 92/13 ó optar pola implantación dun sistema previo de recurso administrativo, con medidas preventivas rápidas, independentemente da natureza pública ou privada do ente contratante, posibilitando despois o acceso á xurisdicción contencioso-administrativa¹⁶.

O concreto sistema de garantías que implanta esta norma ten unha destacada característica que merece ser remarcada: os suxeitos ós que se lles aplica. Aplícaselle a toda persoa pública ou privada titular de dereitos exclusivos ou especiais.

Gimeno Feliú rematou a súa intervención achegando como solución máis acertada, na súa opinión, a fin de evita-la dualidade de control xurisdiccional, a escollida pola Lei 48/1998, de residenciar tódolos conflitos en sede contencioso-administrativa e aplica-la coñecida teoría dos «actos separables» no suposto de empresas privadas que contratan no campo destes específicos sectores. En todo caso, sobre a base do artigo 51 desta lei, a Administración competente debe decidir en que órgano residencia a resolución do recurso administrativo, que non responde a criterios xerárquicos. Entende que, con maior motivo, se se ten en conta a complexidade da contratación nestes sectores, deberíase residenciar nun órgano especializado, único na Administración, para garantir uniformidade. E sen dúbida, esta responsabilidade debería recaer nas xuntas de contratación, estatal ou autonómicas, pois son as idóneas para darlles unha efectiva resposta a estes eventuais recursos.

A segunda xornada iniciouse coa intervención sobre a organización de contratos públicos na práctica a cargo do avogado do Estado **Fernando Hidalgo Abia**, o cal centrou o seu relatorio nos aspectos relativos á preparación e adxudicación dos contratos públicos, que é o obxecto específico das directivas sobre contratación pública, e sempre dende unha perspectiva xurídica.

O artigo 1.3 da LCAP, que reproduce no esencial, o que para o efecto establecen as directivas 92/50, 93/36 e 93/37, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación de contratos públicos de servizos, sub-

¹⁶ Esta solución parece correcta, se ben fora máis conveniente, dende unha óptica de eficacia procesual, facer descansar a fiscalización mediante o recurso administrativo nun órgano administrativo de natureza imparcial. Vid. GIMENO FELIÚ, *La Directiva recursos...*, ob. cit., páxs. 291-302.

ministracións e obras, suxeita á lei a actividade contractual do que denomina «entidades de dereito público», sempre que concorran conxuntamente os requisitos que o precepto establece.

Non obstante o anterior, coñecido é de todos, reitera Hidalgo Abia, que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXCE) sentou doutrina no sentido de que o concepto «organismo de dereito público» tense que interpretar nun sentido funcional, con independencia da forma das disposicións ou actos en virtude das que se crea a entidade e se sinalan os seus fins (sentencias 20 set. 1988-Asunto C-31/87 *-Beentjes-*; 10 novembro 1998-Asunto C 3660/96 *BF I Holding BV*; e sentenza 17 decembro 1998-Asunto C-306/97 *Connemara*).

Ad extra, en conclusión, as sociedades públicas nas que concorran os requisitos do artigo 1.3 da LCAP son poderes adxudicadores suxeitos ás directivas sobre contratación pública e á LCAP. Polo contrario, as que non reúnan os ditos requisitos están suxeitas ó disposto na disposición adicional sexta da dita lei.

No ámbito dos contratos de servizos, no da Directiva 92/50, o TXCE recoñeceu implicitamente a inexistencia dunha relación contractual con fundamento no artigo 6 da Directiva 92/50 (Sentencia 18 novembro 1999-Asunto 107-98 *Teckal*). O máis importante da Sentencia *Teckal* é que, se ben declara aplicable a Directiva 93/36 ós contratos de subministración cun provedor aínda que sexa un poder adxudicador, require que sexa unha persoa distinta do provedor e que este goce de autonomía respecto do poder adxudicador dende o punto de vista decisorio.

Analizou tamén a contradición existente entre o disposto no artigo 3.1 letra k, e os artigos 5.3 e 9.2, todos eles da LCAP. O primeiro dos preceptos citados, o art. 3.1.k), exclúe do ámbito subxectivo da lei, entre outros, os contratos relacionados coa instrumentación de operacións financeiras, mentres que os outros preceptos as someten a determinadas normas da propia lei.

Tratou a cuestión da natureza privada dos contratos previstos nas categorías 6 e 26 do artigo 206 da LCAP. Respecto a isto, concluíu que cada país membro da Unión Europea queda en liberdade de establecelo réxime xurídico, público ou privado, que estime conveniente, sempre que respecte o disposto nas directivas sobre contratación pública en materia de preparación e adxudicación dos contratos que regulan aquelas.

Dentro dos contratos mixtos analizou os diferentes criterios normativos sobre o seu réxime xurídico, a posición do Consello de Estado sobre o réxime da LCAP nos contratos mixtos, e en particular, nas concesións de obras públicas, os supostos de contrato mixtos, e as causas da restricción á contratación conxunta de proxecto e obras na Lei 53/1999, de reforma da LCAP.

En canto ó obxecto dos contratos, analizou a diferenciación entre contrato de obras e contrato de concesión de obra pública, error legal inicial na Lei 13/1995, corrixido despois pola Lei 53/1999, de modificación daquela; a diferenciación entre concesión de obras e concesión de servizos públicos; a diferenciación entre contrato de xestión de servizos públicos e contrato de servizos; a crítica do sistema legal de diferenciación entre consultoría e asistencia e servizos, os supostos dubidosos e as consecuencias dunha incorrecta cualificación.

O relator, Hidalgo Abia, sinalou as prácticas administrativas erróneas en materia de capacidade de empresas (capacidade de obrar, solvencia e ausencia de prohibicións), e examinou especialmente a cuestión relativa a se é necesaria ou non a firmeza de sentenza para aplica-la prohibición de contratar, prevista no art. 20.a) da LCAP.

Outra das cuestións tratadas polo relator foron as relativas á participación de unións temporais de empresas (UTES) nos procedementos de contratación: réxime legal, concepto legal, mecanismo de constitución, poder dos representantes, réxime de cualificación, exclusión ou exclusividade, así como, entre outras, o réxime de responsabilidade dos membros da UTE.

Seguidamente, e no relativo á utilización dos procedementos e as formas de adxudicación, comentou a escasa utilización do procedemento restrinxido como procedemento de adxudicación, as vantaxes que implica nalgúns casos e os inconvenientes que en xeral derivan do dito procedemento. Continuou cunha crítica sobre o sistema legal de utilización indistinta da poxa e o concurso como formas de adxudicación, a conveniencia de xeneraliza-la poxa na adxudicación de contratos de obras e algunha razón sobre a xeneralización do uso do concurso na adxudicación de contratos de obras.

Así mesmo, examinou o novo sistema de notificación de defectos, as súas causas, así como os defectos do citado proxecto de regulamento, art. 87.1 e 2.

Analizou o sistema de contratación centralizada, así como o que a LCAP denomina contratos marco. Rematou a súa intervención cun breve exame da cuestión da supervisión de proxectos e a súa extensión no proxecto de regulamento da LCAP, así como o réxime da recepción tácita no proxecto do mesmo regulamento.

* * *

O segundo relatorio da xornada, a cargo de **Isidre Virgili Pons**, dedicouse á organización dos contratos públicos na práctica dende a experiencia da Asociación Española de Responsables de Compras e Existencias (AERCE) e a Comisión Central de Subministracións da Generalitat de Catalunya.

Inicialmente abordou (1) a «contratación conxunta da enerxía eléctrica no libre mercado» enumerando as fases ideais do proceso. En primeiro lugar, son necesarias unhas *actuacións previas* que van dende a constitución de grupos de traballo de expertos en electricidade, xestores de mantemento e administrativistas, ata a segmentación por áreas: edificios administrativos, sanitarios, universidades, etc.

Durante a *fase de licitación* é necesario: orienta-las ofertas a unha mellora dos prezos de consumo vixentes que se constitúen como presuposto de licitación; e adxudicar, ben por lotes ou pola súa totalidade, admitindo variantes nas ofertas en función do criterio de adxudicación.

En terceiro lugar, dentro das *actuacións complementarias para puntos de consumo cualificados*, é necesario completa-las actuacións de concorrencia con propostas de mellora da xestión. Como *valor engadido* nesta fase é importante reunir expertos, segmenta-lo mercado, unha adecuación dos pregos de bases, as economías de escala, así como actuacións paralelas e complementarias.

Seguidamente, e dentro dos (2) «aspectos formais e informais do procedemento negociado», Virgili Pons enumerou os *principios da negociación*: igualdade e non discriminación entre os licitadores, transparencia nas actuacións de concorrencia, formalización documental na tramitación administrativa, e respecto á confidencialidade empresarial. En canto á *negociación no prego de bases*, sinalou que é necesario defini-los elementos susceptibles de negociación en tres alíneas: (i) obxecto contractual: compra de bens obsoletos, opción de compra, ampliación de unidades, configuracións básicas; (ii) prezo: desconto segundo volume de compra, por sistema de entrega, volume de pedido, pago a curto prazo...; (iii) servizos complementarios: medios, asistencia, formación adicional, loxística de distribución,... Tamén é necesario establece-los trámites de audiencia na presentación das proposicións, así como establecer que a información dos criterios de avaliación das ofertas se realizará baixo os principios de igualdade e non discriminación. Por último, tamén é necesario definir e concreta-las modalidades posibles de alternativas e variantes coa finalidade de orienta-la proposición de licitación ás necesidades da Administración.

Dentro do *proceso de negociación*, o relator Virgili Pons sinalou, dunha forma sinxela e moi práctica, a necesidade de adopta-la seguinte metodoloxía: escoitar primeiro, a información que teña que da-lo vendedor, facer un diagnóstico da situación do mercado, unha valoración do poder negociador, os obxectivos posibles, un deseño estratéxico e, por último, unha análise dos puntos débiles do vendedor. Despois imponse actuar: desenvolvemento de obxectivos a máximo nivel, reconsideración a segundo nivel (se é necesario), avalia-los aspectos tácticos de achegamento e acordo previo, establecer unha zona de entendemento e realizar concesións recíprocas, para rematar cun acordo final.

(3) «Acordo marco como tipoloxía contractual»: poden establecerse como tipoloxías de contratación: contrato de prezo pechado, contrato de prezos unitarios, adopción de tipos (homologación), acordo marco e clasificación de provedores.

As notas definitorias do acordo marco son:

a) Artigos con prezos unitarios, sen número de unidades, pero con límite estimado de peticións, que un ou diversos provedores lles entregarán ós centros destinatarios a través dos correspondentes contratos.

b) A contratación ten dúas fases:

■ A primeira correspóndelle ó acordo marco coa selección dos subministradores, a relación dos artigos, prezos unitarios de referencia e o valor máximo estimado dos futuros contratos.

■ A segunda correspóndelle ó contrato co número de unidades e prezo final.

c) No acordo marco pode que non haxa garantías, pero nos contratos sucesivos constituiranse co 4% do prezo de adjudicación.

No que se refire ós *aspectos relacionados co sector privado*:

■ Pode constituír un contrato coas características propias dos chamados contratos *open* ou *de cobertura*.

■ Pode facilita-la colaboración entre as partes contratantes, modalidade de partenariado, en períodos estables (entre 3 e 5 anos).

■ Pode permitir unha maior flexibilidade na definición do obxecto do contrato coa incorporación inicial dos chamados prezos asociados ou a futura das extensións complementarias.

■ Pode admitir unha xestión manexable e racional na fase de negociación competitiva cun número óptimo de provedores (entre 3 e 5 anos).

(4) «A utilización de internet na contratación do sector público»:

A) *Na fase de licitación do contrato*:

■ Publicidade do proceso de licitación e, de xeito especial, do prego de bases.

■ Medio para notificarlles ós licitadores os requirimentos de emenda de deficiencias da documentación administrativa, aclaracións e precisións da documentación técnica...

Publicidade do resultado da apertura de ofertas económicas e dos acordos de adjudicación.

B) *Na fase de execución do contrato*:

■ Medio para a relación-comunicación entre o órgano de contratación e o subministrador nos pedidos, audiencias nas prórrogas, mo-

dificación e ampliación do obxecto do contrato, revisa-los encargos e pedidos, prefacturación, propostas de liquidación...

■ Sistema para información-notificación e relación-comunicación nas plataformas de compras como instrumento de consultas ós provedores e execución dos acordos de compra nos procedementos de concorrencia mediante contrato menor e procedemento negociado por cantidade.

C) *Expectativas, retos e interrogantes:*

Virgili Pons rematou o seu relatorio sinalando os retos e interrogantes que a utilización das novas tecnoloxías supón para a contratación pública.

■ Posibilidade de presenta-las ofertas económicas por medios electrónicos (artigo 42, de proposta directiva sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de subministracións de servizos e de obras).

¿As innovacións tecnolóxicas son compatibles cos actuais procesos administrativos de licitación?

■ A elección da plataforma tecnolóxica e a configuración do sistema de contratación impresionarán no modelo organizativo e as tarefas do persoal asignado ás funcións de compras.

¿O proceso de cambio comporta unha reforma ou unha ruptura dos modelos tradicionais de contratación?

■ Un sistema de compras por Internet, no marco da globalización, permite máis e mellores oportunidades de compras?

¿Que posicionamento deberán te-los xestores de compras para manter unha competencia leal dende a igualdade? Ou ¿queda espazo libre para as PEMES fronte ás multinacionais?

* * *

A derradeira intervención da segunda e derradeira xornada, correu a cargo de Javier Suárez García, avogado do Estado e director da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia, quen sinalou que a reforma da Lei de contratos das administracións públicas non tivo un especial impacto en Galicia, xa que ó tratarse dunha lei estatal de xeral aplicación a tódalas administracións públicas comprendidas no seu ámbito de aplicación, e son a maioría dos seus preceptos de carácter básico. Polo demais, deu unha perspectiva xeral da evolución sufrida pola normativa de contratos, que revela, segundo Javier Suárez, unha mellora das técnicas e a depuración dos procedementos, así como, xa no campo dos contratos administrativos, un fortalecemento da posición do contratista ó longo da execución.

Finalmente, o conselleiro da Presidencia, D. **Jaime Pita Varela**, procedeu á clausura oficial do seminario, reiteróulle-lo seu agradecemento ós participantes e asistentes e felicitou á EGAP pola excelente iniciativa, destacando a importancia destes fructíferos encontros que achegan o mundo académico e o profesional. 