

OBJETIVOS, PRINCIPIOS Y PROSPECTIVA DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

José Bermejo Vera

Catedrático de Derecho Administrativo

1. El contenido del sistema de contratación pública

Las Instituciones de la Comunidad Europea se han ocupado, con especial atención del «sistema de contratación pública». Digamos, de entrada, que este sistema pretende abarcar un conjunto de fórmulas o técnicas de negociación contractual que se producen normalmente entre las Administraciones públicas –entendidas más en el sentido de Poderes públicos– y los particulares, empresas o personas físicas, con objeto de realizar obras y servicios públicos, suministros, consultoría o asistencia y otros servicios. Consciente, en efecto, de su importancia en orden a la consecución de un mercado interior, la Comisión Europea ha elaborado abundantes documentos, prácticamente, desde la constitución en 1957 de las Comunidades Europeas. Ya en el año 1971 se creó un Comité Consultivo para los Contratos Públicos (Decisión 71/306/CEE, de 26 de julio de 1971), pero, sobre todo, ha llevado a cabo una continua labor de uniformización (o, por decirlo mejor, de armonización) a través de diversas normas que han constituido un marco jurídico para los muy diversos tipos de contratos públicos. El objetivo predominante era, sin duda, lograr un auténtico mercado común, pero, sin haberlo conseguido del todo, al menos ha servido para familiarizar a los Estados de la Unión

Europea con el ya denominado «Derecho comunitario de la contratación pública».

El papel del Derecho comunitario en general, y muy en especial, en este ámbito, siempre se observa como un instrumento necesario de cara a la satisfacción efectiva de los objetivos consagrados en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), cuyos principales valores son el afianzamiento de las reglas de la competencia y la lucha contra el falseamiento de la libre concurrencia, a través de la transparencia y publicidad, y, sobre todo, del respeto a las «reglas del mercado» cuando las Administraciones públicas (reiteramos que en el sentido más amplio de Poderes públicos) actúan como agentes económicos en un extenso mercado.

2. La extensión del concepto de Administración pública o «Poder adjudicador»

Comencemos, pues, por precisar que el concepto de Administración pública debe contemplarse en sentido amplio, a fin de asegurar los fines perseguidos por esa normativa que trata de garantizar en plenitud la apertura al mercado del sistema de contratación pública. Se suele hablar, por ello, de «Poderes adjudicadores», de modo que la sujeción al sistema se extienda a *cualquier estructura u organización realmente pública*, lo cual no es difícil de identificar. Teniendo en cuenta que el elemento teleológico o «de resultado» está siempre presente en la fórmula de las Directivas comunitarias, ha resultado imprescindible llevar a cabo una interpretación que garantice la consecución de los objetivos perseguidos, evitando que mediante subterfugios se eluda el cumplimiento de las Directivas sobre contratación pública (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –TJCE–, de 16 de junio de 1987, 12 de julio de 1990, 24 de abril de 1991, 10 de noviembre de 1998 o 3 de octubre de 2000, entre otras muchas). El objetivo final es que el TCE y, por tanto, los principios del mercado único y de no discriminación se cumplan realmente, evitando cualquier tipo de maniobra elusiva por parte de los Estados miembros, en particular, las que se refieren a decisiones legales o reglamentarias de «reorganización» de las estructuras administrativas típicas para formar nuevas Entidades descentralizadas a imagen y semejanza de los Entes privados¹. Incluso en sectores que han estado tradicionalmente cerrados a las reglas de la competencia, como

¹ Sobre esta jurisprudencia y el sentido amplio que debe darse al concepto de «poder público» en Derecho comunitario, puede verse, por todas, la obra de José M^a GIMENO FELIU: *El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995, pp. 120-136.

son los del agua, el transporte, la energía y las telecomunicaciones, los métodos y fórmulas de contratación se encuentran ya afectados por la acción comunitaria de carácter homogeneizador, siendo factor decisivo en este proceso la internacionalización (y, por supuesto, «comunitarización») de la actividad económica. Ello supone concretar una abstracta sumisión de los Poderes públicos al Derecho, en el ámbito específico de los instrumentos jurídicos comunes y adecuados con objeto de dar una respuesta satisfactoria a la problemática que se plantea en este nuevo contexto².

El auténtico fundamento de esta homogeneización –incluso, en ciertos casos, «uniformización»– normativa reposa en una circunstancia absolutamente aceptable y comprensible, pues el funcionamiento de un proceso económico de «libre mercado» reclama una cierta «uniformidad» del marco jurídico de ordenación de la actividad de sus agentes económicos. Ese principio básico de igualdad en un libre mercado exige, cuando se proyecta geográficamente sobre un territorio de distintos Estados soberanos, el efectivo aseguramiento de una igualdad sustancial de la posición jurídica de los «agentes del mercado», es decir, del amparo equitativo de las reglas ordenadoras por las que se rige su actuación económica.

La Unión Europea se ha visto, pues, compelida a intervenir normativamente en la ordenación de los diferentes sectores económicos. Y, en este contexto, la desigualdad de trato de los licitadores en la contratación de carácter público suponía un obstáculo para la construcción de un auténtico mercado interior europeo, en la medida en que el tratamiento desigual de supuestos iguales impide la aplicación efectiva de las condiciones equitativas en el mercado³. Se trata, pues, no sólo de armonizar las diferentes legislaciones de los Estados miembros, sino, mucho más, de proceder a una uniformización de los distintos Ordenamientos nacionales. En definitiva, constatada la importancia que tiene para la consecución de un efectivo mercado común, universalizar e igualar las posibilidades de los agentes económicos en relación con el sector público en el ámbito de la contratación pública constituye una auténtica piedra de toque⁴. Tanto es así que ha causado en España una auténtica conmoción la decisión judicial dictada en el «Asunto Proyecto Scala

² Al respecto, y con carácter general, J. SCHWARZE: *Tendencias towards a Common Administrative Law in Europe*, *European Law Review*, II, 1991.

³ Véanse las consideraciones de José M.^a GIMENO FELIÚ: *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994.

⁴ R. STÖBER: *Derecho Administrativo Económico*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1992. Más concretamente, en el tema, véase F. LAURIA: *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Utet, Torino, 1991.

2001», porque el TJCE ha considerado contraria a Directivas de la UE sobre contratación pública (en concreto, la Directiva 93/37CEE, sobre contratos públicos de obras) la adjudicación por el Ayuntamiento de Milán de ciertas obras de urbanización a una serie de Entidades. Ciertó es que no se hallaba aquí en juego directamente el concepto de «poder adjudicador», sino la naturaleza jurídica del convenio o contrato adjudicado, pero el resultado de la cuestión prejudicial planteada no deja lugar a dudas sobre la fuerza expansiva del Derecho comunitario de la contratación pública.⁵

3. Objetivos y ventajas económicas y jurídicas de la regulación comunitaria de los contratos públicos

Pero no es sólo cuestión de igualdad posicional objetiva de los agentes económicos en el mercado. Hay también un evidente componente «economicista» que reveló, magníficamente, el conocido «Informe Cecchini». Según este trabajo de una comisión de expertos presidida por P. Cecchini, los ahorros potenciales en el gasto público, eliminando todo tipo de «métodos proteccionistas» –es decir, reglas estatales de favor hacia los contratistas nacionales–, superarían la cifra (referida al año 1986) de muchos «billones» de Ecus⁶. El «coste de la no Europa», como se identificaba gráficamente el mantenimiento de esta situación, era, sin duda, muy alto⁷.

Sobre la base de aquel Informe, la Comisión Europea consideró que la apertura al mercado de la contratación pública tenía, entre otras, las siguientes ventajas:

a) los proveedores y empresarios tienen mayores oportunidades para ejercer y desarrollar sus actividades, no sólo a escala comunitaria, sino también nacional. Esa expansión de oportunidades hace posible una reducción de sus costes, a través de los efectos del rendimiento de economías de escala;

b) los «Poderes adjudicadores» –de nuevo recordamos que sin restricciones artificiales o maniobras elusivas– y los usuarios tienen mayo-

⁵ Sentencia de 12 de Julio de 2001. Esta sentencia ha sido objeto de severísimos comentarios críticos, como el de T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, en la revista *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 23 de octubre de 2001. (Véase, más adelante, nota 13)

⁶ P. CECCHINI: *The european challenge. The Benefits of a Single Market*, W.H. Aldershot, 1988.

⁷ Véase una explicación excelente en M. CATELA: *European Integration and Public Works Contracts Regulation*, Tesis de Doctorado, Instituto Europeo de Florencia, 1995, sobre todo en págs. 239 y siguientes.

res posibilidades de elección, tanto de bienes como de servicios. Ello permite ahorros importantes en los presupuestos públicos de los Estados miembros y propicia una mayor satisfacción de los intereses de usuarios y consumidores;

c) en general, las estructuras comerciales e industriales de la Comunidad Europea beneficiadas, gracias al aumento de la eficacia por el «efecto competencia»⁸.

La importancia económica de los bienes y servicios destinados al sector público y paraestatal y, por consiguiente, el impacto que puede ejercer una homogeneización de la contratación pública en Europa a la hora de adjudicar los contratos sobre bienes y servicios se pone de relieve, en primer término, porque tales bienes y servicios representan una parte nada desdeñable y siempre creciente del consumo global de la Comunidad; en segundo lugar, al constatar que alguno de los sectores de producción afectados ocupan una posición estratégica de primer orden para potenciar una política industrial y tecnológica íntegramente comunitaria⁹; en tercer lugar, y como se puso de relieve hace tiempo, la libre competencia aplicada a la contratación de suministros por las Administraciones Públicas y demás «Poderes adjudicadores» de carácter público tiene necesariamente un ingrediente antiinflacionista¹⁰; finalmente, la ruptura del proteccionismo en el sector de los contratos públicos, además del ingrediente antiinflacionista, conllevaría un aumento espectacular de potenciales clientes y consumidores de naturaleza pública, favoreciendo así la creación y fortalecimiento de las «economías de escala»¹¹.

⁸ Ya en 1984, un estudio específico –«Informe Atkins»– había concretado el triple efecto beneficioso que tendría la unificación y aplicación de la normativa relativa a la contratación pública: un «efecto estático», consistente en la reducción del gasto público (uno de los principales objetivos económicos al que se refiere concretamente el art. 104 del TCE); un «efecto competitivo», básicamente derivado de la reducción de los precios, que, obviamente, contribuye a la satisfacción de otro de los fines principales del TCE, esto es, la lucha contra la inflación (art. 109. E.1 TCE); y un «efecto de reestructuración», derivado de la aplicación de los principios de las «economías de escala».

El cuadro resumen del estudio Atkins sobre los efectos económicos de la apertura de la contratación pública puede verse en J. A. MORENO MOLINA: *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, especialmente, págs. 55-56.

⁹ A. MATTERA: *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Júpiter, París, 1989 (hay edición española en Ed. Cívitas, Madrid, 1991).

¹⁰ R. DRAGO: *Les incidences communautaires sur le droit des marchés publics et des marchés des entreprises publiques*, en el Vol. colectivo dirigido por J. Ridau, *La France et les Communautés Européennes*, LGDJ, París, 1975.

¹¹ Ojeda MARIN: *La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública*, Revista de Administración Pública núm. 116 (1988).

4. El proceso de elaboración y homogeneización del marco jurídico de la contratación pública en la Unión Europea: dificultades de aplicación y técnicas de reforzamiento de su eficacia

Pues bien, partiendo de esas bases, la Comunidad Europea emprendió una acción de gran calado para reformar por completo el marco normativo de la contratación pública, con el propósito y finalidad de conseguir una efectiva liberalización en el sector. A través de varias disposiciones se ha pretendido sustituir el «marco jurídico» precedente¹², toda vez que su aplicación concreta constituyó un rotundo fracaso, fundamentalmente a causa de la «evasión» de los Estados respecto de la normativa, es decir, la inaplicación práctica¹³. Entre las «corruptelas jurídicas» determinantes de esa situación se encuentran la utilización de determinados criterios de selección de contratistas que favorecían a ciertos licitadores, a través de, por ejemplo, la incorrecta utilización de los procedimientos de adjudicación (concurso y subasta), la «descentralización» de los contratos, una utilización abusiva de las excepciones en los procedimientos ordinarios de contratación, los «errores» en la transposición al Derecho interno de las Directivas, la aplicación de normativas nacionales sobre «prescripciones técnicas» de los contratos, claramente restrictivas para las empresas no nacionales, las «debilidades» de las propias Directivas comunitarias y, *last, but not least*, la ausencia de dinamismo político de los Estados miembros en la transposición de las Directivas e impulso de la adaptación de los Ordenamientos nacionales.

Es perfectamente sabido, en efecto, que no podía ni debía existir una libre disponibilidad en la elección de los procedimientos de adjudicación, ya que cada uno de ellos cumple una función que no deja margen de elección al Ente público contratante o «Poder adjudicador», pues para cada supuesto de contratación uno u otro será el correcto, pero nunca los dos. Sin embargo, el problema se agudizó con la excesiva prolifera-

¹² Especialmente, Directivas 71/304/CEE, 71/305/CEE, y 72/277/CEE, y Decisión 71/306/CEE, relativas al contrato de obras; Directiva 77/ 62/CEE, en cuanto a los contratos de suministro).

¹³ Todavía en 2001 se sigue constatando esta inaplicación, por defectuosa transposición de las Directivas. Véase, al respecto, el Comunicado de prensa de la Comisión Europea IP01/299, de 2 de marzo de 2001, según el cual la Comisión decidió recurrir ante el Tribunal de Justicia contra el Reino Unido y enviar peticiones formales (en forma de dictamen motivado –segunda etapa de los procedimientos de infracción, según el art. 226 del TCE–) a España, Alemania, Bélgica e Irlanda. El dictamen contra España obedece a la inadecuada transposición de las Directivas de obras y suministros, en lo que concierne a la definición de Entidades de derecho público («poderes adjudicadores»), a pesar de las modificaciones de la Ley 53/99 introducidas en la LCAP de 1995.

ción del procedimiento de «concurso» que, si aparentemente, satisface los objetivos de concurrencia competitiva, al abusar injustificadamente de esta fórmula, se producían mayores costes en las contrataciones. Por otra parte, el desplazamiento de los Centros (es decir, «Poderes») de adjudicación hacia órganos territorial o funcionalmente descentralizados, hacía difícil el control eficaz del cumplimiento de la normativa comunitaria. En cuanto a los «errores» de transposición de Directivas, en realidad se trataba de conductas deliberadamente omisivas, como lo demuestra la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la U.E (TJCE), en adelante) pronunciada contra Estados miembros¹⁴. La excesiva proliferación de «prescripciones técnicas nacionales» ha sido posible por la ausencia de normativa comunitaria en materia de normalización y estandarización. Por último, las insuficiencias de las Directivas obedecen a la difícil articulación de sus textos, así como la inexistencia o debilidad de las obligaciones impuestas para favorecer la transparencia o de auténticos y efectivos mecanismos de control y de sanción por incumplimiento de aquellas Directivas.

Como se ha dicho, tal situación, reiteradamente denunciada por las autoridades comunitarias, obligaba a una reforma en profundidad. Por ello, la Comisión de la UE se fijó como objetivo esa vigorosa reforma, por medio de la adopción de varias acciones legislativas, de implantación gradual, reforzando los mecanismos de control sobre el grado de cumplimiento de la normativa comunitaria, para evitar «fugas» injustificadas, y extendiendo el ámbito de aplicación a los contratos de «servicios», así como a los denominados «sectores excluidos o especiales» (transporte, agua, energía y telecomunicaciones)¹⁵. El resultado de esta acción se plasmó en las Directivas «clásicas»¹⁶.

¹⁴ Una lista de Asuntos en M. Catela: *Op. cit.*, Anexo.

¹⁵ OJEDA MARÍN: *Hacia un sistema de contratación pública acorde con el mercado interior*, Revista Instituciones Europeas, vol. 15, núm. 3, 1988.

¹⁶ Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo, sobre contratos públicos de suministro; Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio, sobre contratos públicos de obra; Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras; Directiva 90/531 y 92/13 en los «sectores excluidos o especiales»; Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra; y Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores excluidos –hoy «especiales»– del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

El nuevo marco normativo propició, fundamentalmente, una mayor transparencia, información, accesibilidad, especificación y equidad a los procedimientos de adjudicación¹⁷, la ampliación del campo de actuación de empresarios y proveedores que concurren a la obtención de contratos con las Administraciones o Poderes públicos¹⁸, y, en definitiva, la mejor satisfacción de los intereses de los ciudadanos europeos¹⁹.

Por otro lado, la aplicación uniforme de un régimen de contratación pública no sólo afectó a los Estados miembros de la UE, pues este objetivo se incorporó al Acuerdo sobre Creación de un Espacio Económico Europeo (EEE) que para llevarlo a efecto, partió de los siguientes principios: a) el Acuerdo EEE deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito de la contratación pública; b) se prohíben las «especificaciones técnicas» que tengan efectos discriminatorios respecto a las ofertas de terceros países; c) se impondrán criterios objetivos de selección de las ofertas para la adjudicación de contratos, que garanticen que dicho proceso de selección ha sido realizado de forma abierta; d) se establecerán procedimientos más rápidos de recursos, a disposición de contratistas cuyas ofertas hayan sido rechazadas infringiendo alguna de estas reglas²⁰.

También la firma de los Acuerdos del GATT incorporó esos objetivos, pues mediante el Acuerdo de Marrakech, de 13 de abril de 1994, se extendieron universalmente los principios de una contratación pública basada en la libre competencia sin discriminación por nacionalidades²¹. En el fondo –podría decirse con algunas reservas–, la eficacia del «marco europeo» de la contratación pública ha alcanzado una dimensión mundial.

Un interesante balance del conjunto de las Directivas en M. A. y P. A. FLAMME: *La réglementation communautaire en matière des marchés publics. Le point de vue sur le contentieux*, *Revue du Marché Unique Européenne* núm. 3, 1993.

¹⁷ Véase, al respecto, J. A. SANTIAS VIADA, V. SANTAMARÍA DE PAREDES y C. LÓPEZ BLANCO: *El Derecho comunitario de la contratación pública*, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 1991.

¹⁸ La noción comunitaria de Administración Pública se extiende a cualquier «aparato» o Entidad jurídica dotado de poderes discrecionales en la asunción de sus propias determinaciones, A. MASSERA: *L'amministrazione e l'Atto Unico Europeo*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3 (1991)

¹⁹ Una opinión bastante escéptica, aun reconociendo el avance de esta normativa comunitaria, puede verse en B. LAVERGNE: *La réglementation européenne des marchés publics: facteur de dynamisme ou frein à l'efficacité économique?*, en «Problèmes économiques», núm. 2310 (1993).

²⁰ Los datos básicos, pueden consultarse en Vicente LÓPEZ-IBOR MAYOR: *El Espacio Económico Europeo: breve análisis acerca de sus efectos en el ámbito de la contratación pública*, en *Comunidad Europea*, Año XX, núm. 1, 1993.

²¹ Sobre este punto, J. A. MORENO MOLINA: *Contratos Públicos: derecho nacional y derecho comunitario*; Ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 36 y ss., especialmente.

5. Los principios de la regulación comunitaria de las fórmulas de contratación pública

Para resumir, en lo posible, los *principios* en los que se basa la regulación comunitaria de la contratación pública, incluidos los contratos de los «sectores especiales», diremos que existe una relación directa con las libertades fundamentales del TCE. Estos principios presentan las siguientes características generales:

- 1) Informan la normativa comunitaria y constituyen el instrumento básico de interpretación de la misma.
- 2) Actúan como factor de integración ante las eventuales lagunas del Ordenamiento jurídico.
- 3) Atribuyen el fundamental papel a la Comisión Europea –«guardiana de los Tratados»– y al TJCE, auténtico motor, a través de su jurisprudencia, de la aplicación efectiva de los principios y de los preceptos sobre contratación pública²².

Los principios básicos y característicos del sistema de contratación pública y de contratación en los «sectores» (–antes «excluidos»–, agua, transporte, energía y telecomunicaciones) son los siguientes:

A) Respeto a las libertades comunitarias y consecución del objetivo de un mercado interior único.

El cumplimiento real de las grandes libertades comunitarias, exige la apertura de la concurrencia, hasta el punto de que resultan contrarias a éstas las «prescripciones o especificaciones técnicas» que posean un efecto discriminatorio. Si bien los Estados miembros tienen la libertad de dictar *ex novo* –o conservar– Derecho sustantivo o procedimental sobre contratos públicos, ha de ser sobre la base del escrupuloso respeto de la normativa comunitaria (STJCE, entre otras, de 9 de julio de 1987).

B) Aplicación de criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos que garanticen y aseguren con efectividad la concurrencia.

Se trata de prevenir la corrupción –tan generalizada en la actualidad– en este sector. Por ello, el éxito o fracaso del Derecho de la contratación pública se medirá por la efectiva apertura a la concurrencia competitiva. La aplicación concreta de la normativa comunitaria se debe realizar de acuerdo con criterios de neutralidad e igualdad que garanticen la no discriminación, no sólo en función de nacionalidad, sino en las facultades

²² Véase N. MICHEL: *La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence*, en *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 3, 1994.

concretas de negociación. Este principio encuentra su fundamento en el Tratado CE (art. 12) y ha sido configurado y garantizado de forma muy satisfactoria por el TJCE. Por cierto que la jurisprudencia del TJCE ha extendido el ámbito de aplicación de este fundamental principio a los supuestos de la llamada «discriminación disimulada»²³. Este principio garantiza en la aplicación de la normativa comunitaria la asimilación del nacional al –permítaseme la expresión– «nacional comunitario». Por ello, en el concreto campo de la contratación pública y regulada –que es, en sustancia, una concreción de la «libertad fundamental de circulación» prevista en el TCE– el acceso de los posibles licitadores en condiciones reales de igualdad debe estar plenamente garantizado, eliminando para ello las restrictivas prácticas de protección descarada a las empresas nacionales. La aplicación de este principio de no discriminación significa la proscripción de cualesquiera disposiciones estatales o nacionales excluyentes, es decir, las condiciones o cláusulas que impidan la participación de empresas (*reglas de exclusión*), las reglas para admitir a concurso a los solicitantes (*reglas de selección*) o los criterios de atribución de los contratos (*reglas de adjudicación*). Tampoco es jurídicamente posible imponer requisitos que, directa o indirectamente, supongan estímulos directos o indirectos a las empresas «nacionales» –públicas o privadas– del Estado miembro²⁴.

Por otra parte, en el reconocimiento de la «capacidad» de los contratistas (solventia técnica, económica o profesional, etc.), prevalecen incondicionalmente las normas comunitarias, no pudiendo exigirse requisitos o medios de acreditación distintos²⁵ a los autorizados por la normativa comunitaria. Para desarrollar este importantísimo principio se llegaron a modificar los procedimientos ordinarios de adjudicación –existe un procedimiento de urgencia– que, desde entonces, se clasifican como *abiertos* (en los que todo empresario interesado puede presentar una proposición), *restringidos* (únicamente pueden presentar propuestas

²³ Se trata de todos los casos en que no se evidencia la aplicación discriminatoria en las reglas, pero sí en la ejecución concreta o singular de las mismas. (Entre otras, Sentencias del TJCE, de 10 de marzo de 1987, 26 de abril de 1988, 5 de diciembre de 1989).

²⁴ Sentencias del TJCE, entre otras, de 20 y 22 de septiembre de 1988 y 5 de diciembre de 1989, 26 de abril de 1994 y 26 de septiembre de 2000.

²⁵ Sentencia del TJCE, entre otras muchas, de 10 de febrero de 1982. El Tribunal, en este clásico asunto, dió la razón al demandante, considerando que la Directiva 71/305, del Consejo, debía ser interpretada en el sentido de que se oponía a que un Estado miembro exigiera de un licitador establecido en otro Estado miembro satisfacer los requisitos enunciados en los artículos 23 y 26 de esta Directiva, relativos a su honorabilidad y cualificación profesional, por otros medios –tales como una autorización de establecimiento– distintos de los enunciados por estas disposiciones.

los empresarios invitados o seleccionados por el «poder adjudicador») o *negociados* (que tiene carácter ordinario y consiste en la adjudicación al empresario libre pero justificadamente elegido por el poder adjudicador, previa negociación de las condiciones y precio del contrato.

C) *Garantía de «transparencia» en los procedimientos de adjudicación.*

Este principio pretende evitar el «secretismo» en la contratación que podría encubrir un trato de favor a las empresas «nacionales» de los Estados miembros y trata de asegurar la competencia efectiva en el mercado entre los distintos agentes económicos comunitarios.

La transparencia es, en efecto, una de las principales terapias o medidas preventivas contra la corrupción y, en la contratación pública, se convierte en ineludible para los procedimientos de selección y adjudicación de los contratos públicos. Este principio se desarrolla, fundamentalmente, en la práctica a través de una adecuada *publicidad* en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) de las distintas ofertas de contratos públicos. Tal fórmula de publicidad constituye una magnífica ayuda para el «juego limpio» en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales, tanto como mecanismo de fiscalización de la Administración, como en su faceta de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Además, la publicidad²⁶, no se limita exclusivamente al anuncio de la operación contractual, sino que se extiende al conjunto de las operaciones de adjudicación.

La publicidad ofrece distintas vertientes:

a) por un lado, se crea un procedimiento de información previa que obliga a que los «poderes adjudicadores» publiquen anualmente la lista de sus previsiones de ofertas de contratos;

b) por otro lado, deberán obligatoriamente publicarse en el DOCE los anuncios de licitaciones de contratos de obra y suministro que superen los umbrales de aplicación de las Directivas;

c) por último, también deberán ser publicadas las decisiones finales de adjudicación de los contratos.

La omisión de la publicación en el DOCE, salvo en casos excepcionales suficientemente demostrados, supone el incumplimiento de este deber de transparencia y, por tanto, de las obligaciones exigidas por el Derecho comunitario²⁷. En cualquier caso, también ha de advertirse que el

²⁶ JOSÉ BERMEJO VERA, *La publicidad en el procedimiento de contratación*, en Noticias CEE núm. 21, 1986.

²⁷ Sentencias, entre otras, del TJCE de 10 de marzo de 1987 y 20 de septiembre de 1988.

requisito de publicidad, al margen de la expresas excepciones previstas en la normativa, no puede verse «relajado» por interpretaciones flexibles de las normas comunitarias o de las normas estatales. Las únicas excepciones aceptables, como recuerda la STJCE de 17 de noviembre de 1993, serán las contenidas taxativa y expresamente en la normativa reguladora de la contratación pública, debiendo éstas ser siempre interpretadas restrictivamente²⁸.

Finalmente, la transparencia se garantiza a través del deber de justificar o motivar a todo contratista-licitador que lo solicite el rechazo de su candidatura o de su oferta. Asimismo, es preciso redactar, para cada contrato, un acta que podrá ponerse a disposición de la Comisión, así como publicar el resultado de cada contrato adjudicado y actualizar las normas en el ámbito técnico, a fin de tener en cuenta la evolución de la política de normalización a escala europea e internacional²⁹.

6. El significado y los motivos de las reformas proyectadas: La propuesta de una Directiva «única» para los contratos de obras, suministros y de servicios

En el proceso de verificación o constatación de la operatividad de sus disposiciones, la Comisión Europea publicó un amplio Informe conocido como Libro Verde sobre la contratación pública en la UE³⁰, conteniendo alegaciones, sugerencias y respuestas a los problemas planteados. Todavía en el mes de marzo de 2001 la Comisión anunciaba el planteamiento de varios recursos al TJCE contra el Reino Unido, Alemania, Bélgica, Irlanda y España, por inaplicación correcta de las Directivas sobre contratos públicos³¹. A raíz del debate sobre el Libro Verde titulado «La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro», la Comisión europea, en su papel bien conocido de «guardiana de los Tra-

²⁸ Sentencia del STJCE, de 3 de mayo de 1994, en la que se condenó al Reino de España por prácticas de contratación directa de productos farmacéuticos a la Seguridad Social, con la consiguiente omisión de publicidad en el DOCE.

²⁹ Véase, por todos, la obra citada de J. A. SANTIAS VIADA, SANTAMARÍA DE PAREDES y LÓPEZ BLANCO: *El Derecho comunitario de la contratación pública*, especialmente pp. 99-114.

³⁰ «Libro Verde sobre la contratación pública en la UE: reflexiones para el futuro» (COM-96-, 583 final, 27-11-96). En el mes de marzo de 1998, tras estudiar y debatir un elevado número de respuestas al «Libro Verde», la Comisión hizo pública una «comunicación» (COM-98-143), poniendo ya de relieve la imperiosa necesidad de simplificar el marco jurídico, adaptarlo a las nuevas tecnologías y mejorar específicamente las fórmulas de participación de las pequeñas y medianas empresas.

³¹ Ver nota 13.

tados», detectó ciertas incoherencias entre las Directivas «clásicas» (fundamentalmente las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE). Por supuesto que estas incoherencias carecen de justificación, aunque tengan explicación por la especificidad de cada Directiva, y, por lo tanto, debían ser eliminadas. El propósito, pues, de este nuevo impulso a la acción legislativa de la U.E. en el ámbito de la «contratación pública» es eliminar las contradicciones e incoherencias y dar respuesta y solución a las lagunas normativas del marco jurídico vigente. En este contexto, y tras modificaciones de ajuste de las Directivas en vigor, se ha presentado ante la opinión pública un conjunto documental de extraordinaria envergadura, basado, casi exclusivamente, en la simplificación del marco jurídico existente, la refundición de las Directivas y la introducción de un nuevo instrumento de flexibilidad en la contratación pública.

La Propuesta de Directiva que ahora se presenta en forma de *Texto único en 82 artículos*, para los contratos de obras, suministro y de servicios, (COM-2000-275, final/2) facilitará, al mismo tiempo, la modificación y simplificación de las Directivas «clásicas». Parece que al reducir el número total de preceptos se rebajará sensiblemente el contenido sustancial de las tres Directivas. Sin embargo, no es así, porque esa reducción se explica, fundamentalmente, por las identidades existentes en las disposiciones de las tres Directivas³².

7. El contenido sustantivo de la reforma

Las modificaciones de fondo o sustantivas son las que realmente importan y, desde luego, las que contribuyen a esta pretensión de simplificación, especialmente quizás la relativa a los *umbrales* de los respectivos contratos. Las novedades más destacables son las siguientes:

1) La introducción de los «mecanismos de compra electrónica» y sus consecuencias en cuanto al acortamiento de los plazos de los procedimientos de adjudicación.

2) La introducción de un nuevo tipo de procedimiento negociado, que, en el caso de los contratos especialmente complejos, va a facilitar la aplicación de lo que se denomina el «diálogo competitivo».

³² Por cierto, y como ocurre en España (Ley de Contratos de Administraciones Públicas, 18 de mayo de 1995 –Texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de 2000–), fueron varios los Estados miembros que adoptaron el mismo enfoque, transponiendo las Directivas a su Ordenamiento jurídico en un «texto único». Por ello, la fusión de las Directivas no va a generar, por sí sola, nuevas obligaciones de transposición o adaptación a los Ordenamientos de los Estados miembros.

3) La intensificación de la posibilidad de la utilización de la fórmula de «Acuerdos marco».

4) La aclaración y reforzamiento de las disposiciones relativas a las «especificaciones técnicas».

5) El de las disposiciones relativas a los «criterios de adjudicación» y a la «selección de contratistas».

6) La simplificación de los «umbrales» aplicables en los distintos tipos de contratos.

7) La introducción de un «vocabulario común» en el sistema de contratación pública.

Sintetizamos, a continuación, estas novedades normativas.

▲ *Los mecanismos de compra electrónica*

El incremento espectacular de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (las «TIC») ofrece oportunidades prometedoras en lo relativo a la eficacia, la transparencia y la apertura de las compras (contratos) públicas. Por cierto que ya se recogieron expresamente estas ideas como Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, haciendo hincapié en la solicitud al Consejo Europeo, a la Comisión y a los propios Estados miembros, de que «adopten las medidas necesarias para garantizar que a más tardar en 2003 sea posible efectuar las contrataciones públicas comunitarias y nacionales por vía electrónica». En el marco de la legislación actual sobre contratación pública, ya era posible utilizar medios electrónicos, bajo determinadas condiciones, para la presentación de las ofertas. No obstante, *existen procedimientos* para los que *no se menciona* esta posibilidad (por ejemplo, en la transmisión de anuncios) *o no se autoriza* (por ejemplo, en el procedimiento acelerado).

Esta falta de adecuación, sin embargo, de muchas empresas al mundo tecnológico hace temer que pueda excluirse así de los contratos públicos adjudicados electrónicamente a determinadas empresas, debido a su retraso en el terreno informático. Pero, según la Propuesta de Directiva, esta situación está llamada a evolucionar rápidamente en sentido favorable al uso tecnológico. Por otra parte, el empleo de las tecnologías para las comunicaciones y los intercambios de información facilitará el objetivo de igualdad con los «medios» más tradicionales, con el fin de favorecer un incremento de la utilización de los medios electrónicos en el futuro. Se piensa, además, que los sistemas de adjudicación electrónicos deberán permitir un ahorro de tiempo considerable en el desarrollo del procedimiento.

En este contexto, la Comisión ha adoptado la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el

anexo IV de la Directiva 93/96/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE (Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos). El motivo anunciado es que conviene modificar los modelos de anuncios que aparecen en las Directivas, con el fin de contribuir a simplificar la puesta en práctica de las reglas de publicidad adaptándolas al mismo tiempo a los medios electrónicos desarrollados en el marco del Sistema de Información sobre los Contratos Públicos (SIMAP), iniciado por la Comisión en colaboración con los Estados miembros.

III El «diálogo competitivo»

Esta es una fórmula que faculta la aproximación del «Poder adjudicador» -el organismo público correspondiente- y los distintos contratistas-aspirantes, garantizando, al mismo tiempo, la publicidad de la convocatoria de licitación y el respeto a la igualdad de trato. Procede, al parecer, del «Sistema Federal de Adquisiciones Norteamericano» (abreviadamente, FAR) que permite, mucho mejor que en las fórmulas de la U.E, adecuar los precios de la contratación al mercado. En efecto, en los instrumentos de adjudicación contractual previstos en las Directivas comunitarias -y, claro está, también en nuestro sistema de la legislación contractual- no se contempla ningún criterio ni metodología para el ajuste de precios, pues se confía la depuración de los precios al juego de la publicidad y de la concurrencia en los procedimientos abiertos y restringidos. Por otro parte, en el procedimiento negociado, no hay previsiones al respecto. Por ello, resulta particularmente interesante la fórmula FAR, a tenor de la cual la fijación de los precios arranca, en todo tipo de contratos, de un análisis de precios o de mercado y, de acuerdo con este análisis, se adjudica el contrato a la mejor oferta si existe competitividad suficiente. Si no la hay, se abre un «proceso de negociación» del contrato a partir de la cuantificación de costes reales y de la razonabilidad de los beneficios calculados.

La Comisión Europea había venido constatando que «en especial en los contratos particularmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo, en el ámbito de la alta tecnología, los compradores saben cuáles son sus necesidades, pero no saben previamente cuál es la mejor solución técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesario un «diálogo» entre compradores y proveedores, pero los procedimientos previstos por las Directivas «clásicas» (véase nota 16) sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del pro-

cedimiento de adjudicación, por lo que son considerados demasiado rígidos para este tipo de situaciones».

En virtud de abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este tipo de «diálogo competitivo» no está permitido en el marco de los actuales procedimientos abiertos y restringidos. Por otra parte, las disposiciones existentes sobre el recurso al «procedimiento negociado», con previa publicación de los anuncios, están limitadas a situaciones excepcionales y, según jurisprudencia constante del Tribunal, deben interpretarse de forma restrictiva. En suma, el marco jurídico vigente no ofrece realmente la posibilidad del «diálogo competitivo». Es cierto que determinadas contrataciones pueden ser especialmente complejas y que los «Poderes adjudicadores» no se encuentran en situación objetivamente de definir los medios (técnicos, jurídicos o financieros) que podrían satisfacer mejor sus necesidades, y también es posible que los «Poderes adjudicadores» deseen conocer soluciones innovadoras –y permitir las– o que se encuentren en la incapacidad objetiva de evaluar las condiciones futuras del mercado como solución de fondo a sus problemas.

Los «Poderes adjudicadores» disponen de algunos medios para hacer frente a este tipo de situaciones. De acuerdo con las Directivas actualmente aplicables, aquellos pueden llevar a cabo un «diálogo técnico», seguido de un procedimiento de adjudicación «normal», o adjudicar un contrato de servicios, seguido de un contrato de suministro o, incluso, llevar a cabo un «concurso de proyectos», seguido de la adjudicación de un contrato de servicios, de suministro o de obras. Pero estas posibilidades no suelen ser suficientes. En efecto, si se produce un diálogo técnico, la empresa que ayude al «poder adjudicador» a definir las especificaciones mediante un «diálogo técnico», no podrá luego participar en el procedimiento de adjudicación que se apoye en estas especificaciones. Este modo de proceder sería contrario a una competencia limpia y transparente y, por ende, vulneraría los principios y reglas del sistema. La división en más de un contrato (contrato de estudios, o concurso de proyectos) tampoco permite que una misma empresa realice legalmente el proyecto y se encargue de su ejecución. Por todo ello, parece conveniente introducir disposiciones que permitan que se produzca un diálogo en un único procedimiento de adjudicación, que concluirá con la realización del contrato.

La Comisión había estudiado añadir a los actuales procedimientos «abiertos» y «restringidos» un nuevo procedimiento, denominado como «diálogo competitivo», para sustituir al que ahora se identifica como «procedimiento negociado con publicidad». Pero ha considerado más adecuado no introducir un procedimiento totalmente nuevo, sino ampliar a estos casos el *procedimiento negociado con publicación previa*. De esta manera se evita una exagerada reproducción o multiplicación de los procedimientos de contratación.

Teniendo en cuenta los posibles riesgos de que se favorezca a un candidato, sólo pueden protegerse los principios generales de igualdad de trato y de transparencia elaborando un marco apropiado para el desarrollo del «diálogo competitivo» hasta la adjudicación final del contrato público. Se configura este procedimiento del siguiente modo:

a) el poder adjudicador publica un anuncio, en el que se invita a los interesados;

b) también se indican los criterios de selección cualitativa y los criterios de adjudicación;

c) a continuación, el Poder adjudicador podrá decidirse por: 1) recibir únicamente los documentos relativos a la situación personal de los candidatos, así como a su capacidad técnica, económica y financiera; y 2) o bien los documentos deberán ir acompañados por un «esbozo de solución»;

d) el «Poder adjudicador» deberá señalar expresamente en el anuncio si se decide por la opción a) o b), con las consecuencias inherentes a ello.

La instauración de procedimientos más flexibles, y en concreto, del procedimiento del diálogo competitivo y los «Acuerdos marco» –véase luego³³– tratan de dar respuesta a las críticas sobre los procedimientos actuales, en el sentido de que son excesivamente rígidos y formalistas y que su observancia provoca, en realidad, disfunciones en la adjudicación de contratos públicos. Muchos de los agentes que participan en la contratación pública de los «sectores excluidos (o especiales)», han confirmado la postura de la Comisión. En esta crítica se destaca que en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo, en el sector de las «altas tecnologías», se conocen las necesidades de los Entes públicos, pero no cuál es la solución técnica más adecuada para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos, resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores.

Atendiendo a su finalidad, en el diálogo competitivo, en cuya preparación y especialización se presenta el diálogo como un importante condicionante previo, parece lógico pensar que uno de los criterios que puede dar lugar a negociaciones cuando se trate de establecer la oferta económicamente más ventajosa, y que por tanto puede ser utilizado como criterio determinante en la adjudicación de un contrato, son las especificaciones técnicas y de calidad técnica del bien o producto –¿servicio?– en

³³ Esta figura del «Acuerdo Marco» se introdujo en el Ordenamiento español con ocasión de la transposición de la Directiva 93/38, CEE, de 14 de junio (modificada por Directivas 98/4/CE y 92/13, CEE), en el art. 6 de la Ley de 30 de diciembre de 1998, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones (véanse los arts. 25,h y 44).

cuestión. Hay que entender por especificaciones técnicas, las «exigencias técnicas contenidas principalmente en los pliegos de condiciones, que definen las características requeridas de una obra, material, producto, suministro o servicio, y que permiten caracterizar objetivamente la obra, material, producto, suministro o servicio, de manera que correspondan a la utilización a que los destine la entidad contratante». En cualquier caso, se deberá respetar la actual obligación de las empresas de definir las especificaciones técnicas de sus contratos con arreglo a las especificaciones «europeas» siempre que éstas existan, para evitar la discriminación de candidatos extranjeros. Por otra parte, en este diálogo competitivo-técnico el Ente contratante debe respetar el deber de confidencialidad de la información de los licitadores cuando estén en juego derechos protegidos por el Ordenamiento jurídico, lo que no debe imposibilitar un control externo, por órganos imparciales, de la concreta motivación utilizada a la hora de adjudicar el contrato a través de este procedimiento.

Una consideración añadida. Sin negar las posibles virtudes de este tipo de procedimiento, estimo que no debe apresurarse su regulación y aplicación con carácter general. Para algunos supuestos tasados, recogidos expresa y singularmente por las normas, esta fórmula podrá sustituir al «procedimiento negociado con publicidad» y quizás desempeñará un papel más relevante en el campo de los «sectores excluidos (o especiales)», donde, por su objeto, es más normal que las condiciones tecnológicas aconsejen acudir a esta novedosa fórmula.

En definitiva, esto significa, por tanto, que el procedimiento negociado con publicidad debe ser mantenido como procedimiento, pues en varios de los supuestos en que actualmente se permite su utilización no entran en juego los parámetros del diálogo competitivo³⁴.

□ Los «Acuerdos marco»

Conviene advertir que los términos de esta figura no están fijados en su totalidad y solamente deben servir de base para poder adjudicar posteriormente contratos, sin aplicar a cada uno de ellos todas las obligaciones de las Directivas de contratación pública. Los «Acuerdos marco» se utilizarán en caso de compras –quíerese decir, en nuestra terminología jurídica más precisa, «contratos»– repetitivas, para elegir algunos operadores económicos que, llegado el momento, puedan satisfacer las necesidades del comprador.

En la actualidad, esta forma de «acuerdo» entre los Poderes adjudicadores y los operadores económicos no puede eximir a aquéllos de la

³⁴ Véase, sobre el tema, Álvaro CANALES GIL: *El control de eficiencia sobre el precio en la contratación pública: el incidente de diálogo competitivo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 2000.

obligación de seguir los procedimientos de la futura Directiva en cada contrato que adjudique –a resultas de una solicitud–, si se superan los correspondientes umbrales. De esta manera, los «Poderes adjudicadores» no estarán obligados a aplicar los procedimientos normales de la Directiva para cada contrato basado en un «Acuerdo marco».

Pero para que esta figura sea admisible y operativa debe producirse, no obstante, una doble condición:

a) el «acuerdo marco», en sí mismo, debe estar adjudicado de conformidad con las exigencias de la Directiva.

b) los contratos basados en el «acuerdo marco» deberán adjudicarse con arreglo a disposiciones cuyo objeto es garantizar el respeto de la igualdad de trato en la selección del licitador.

□ Las «especificaciones técnicas»

La reforma de las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas tiende a garantizar una competencia efectiva mediante la participación del mayor público posible de licitadores y, en particular, de empresas innovadoras. En este sentido, la aplicación de las disposiciones de las Directivas en materia de «prescripciones técnicas» ha llevado, en algunos casos, a situaciones artificiosas en que la norma se ha considerado un instrumento obligatorio *de facto*. En efecto, puede interpretarse que tales disposiciones limitan la elección del contratista a la contratación, únicamente, del objeto que se halla absolutamente conforme a las prescripciones contenidas en las normas. Esta interpretación no resulta conforme a la noción de «referencia».

De acuerdo con el sentido, significación y espíritu de esta noción, es posible perfectamente comparar otras soluciones a la solución planteada por las normas sobre «prescripciones técnicas». De ahí que se privilegien las soluciones técnicas normalizadas, en detrimento de otras soluciones y de nuevas tecnologías.

Por ello, parece necesario simplificar esas disposiciones. De una parte, aclarando el alcance de la obligación de «referencia»; y, de otra, limitando la mención de disposiciones específicas a determinados sectores como las telecomunicaciones y la construcción, por ejemplo. Debe quedar claro que estas modificaciones se aplican en todo el sistema de contratación pública, esto es, en obras, servicios, suministros y «sectores especiales».

□ El refuerzo de los criterios de adjudicación

Constatamos que, en las Directivas actualmente vigente –y, por ende, en las normas adaptadas por los Estados miembros– se prevé que dichos criterios deben enumerarse en el anuncio de licitación o en el

pliego de condiciones «en la medida de lo posible», en orden decreciente según la importancia que les atribuya el respectivo «Poder adjudicador». Pues bien, esta disposición resulta poco restrictiva, en lo que se refiere a la mención de un orden de «importancia decreciente» y, por ello, es necesario aclarar el alcance de la obligación. Parece ser que la propia Comisión Europea ha venido observando (sic) que:

«... incluso si se establece e indica un orden de importancia decreciente de los criterios de adjudicación, los poderes adjudicadores siguen teniendo un margen discrecional considerable a la hora de adjudicar el contrato. En efecto, si sólo indica un orden de importancia decreciente, el poder adjudicador mantiene la posibilidad de dar a los criterios, en el momento de la evaluación, un peso determinado y, por tanto, un valor relativo que no conocen los licitadores. La falta de transparencia puede tener como resultado que determinados poderes adjudicadores confieran una importancia inesperada o imprevisible a uno o varios criterios, incluso después de la apertura de las ofertas, de modo que den un trato privilegiado a una u otra de éstas. De esta manera, ante dos criterios, el orden de preferencia puede llevar a conceder el 90% o el 51% del valor relativo al primer criterio. Además, al no existir una norma general que obligue a indicar la ponderación relativa de los criterios desde el inicio del procedimiento, es difícil controlar la elección definitiva del poder adjudicador. Es preciso, pues, reconocer que tal carencia desemboca, en la fase crucial de la adjudicación del contrato, en dejar sin efecto útil las normas que rigen las etapas anteriores del procedimiento de adjudicación».

En definitiva, debe reformarse el marco vigente en el sentido de imponer la obligación de mencionar en el anuncio de licitación o, al menos, en el pliego de condiciones, la ponderación relativa de los criterios, esto es, de «cada criterio», bien a través de porcentajes o partes relativas en relación con otros criterios, bien a través de una «banda de valores» dentro de la cual se posicionará el asignado a cada criterio.

En cuanto a la «selección de los licitadores», la Propuesta de Directiva pretende reformar el marco legislativo en dos aspectos:

a) por un lado, se refuerzan los instrumentos para combatir la delincuencia organizada, la corrupción y el fraude. Este reforzamiento se produce al introducir una obligación de los «Poderes adjudicadores» de excluir a todo licitador que haya sido objeto de una sentencia firme por delitos de delincuencia organizada, de corrupción o de fraude en detrimento de los intereses económicos de la Comunidad;

b) por otra parte, en los procedimientos restringidos y negociados, se introduce la obligación de restringir el número de candidatos invitados a licitar únicamente mediante la aplicación de criterios objetivos enunciados previamente. De esta manera, se subsana una ostensible laguna de las disposiciones vigentes.

F) Simplificación de umbrales

Con toda seguridad, los umbrales³⁵ actuales de los respectivos tipos de contrato son tremendamente difíciles de aplicar. En lo que se refiere a los contratos públicos sometidos a la Directiva 92/50/CEE, se aplican los siguientes umbrales:

1) 200.000 euros, en los contratos adjudicados por las autoridades centrales y no centrales y relativos a los servicios de la categoría 8 (investigación y desarrollo) del Anexo I A y a determinados servicios de telecomunicaciones, como los enumerados en la categoría 5 del Anexo I A;

2) el equivalente en euros de 130.000 Derechos Especiales de Giro (DEG) (en la actualidad, 139.312 euros) se aplica a todos los contratos adjudicados por las autoridades gubernamentales enumeradas en el Anexo I de la Directiva 92/50/CEE;

3) el equivalente en euros de 200.000 DEG (en la actualidad, 214.326 euros) se aplica a los contratos de servicios adjudicados por los poderes adjudicadores que no sean autoridades centrales, si los contratos se refieren a servicios enumerados en el Anexo I A distintos de los enumerados más arriba;

4) hay dos umbrales diferentes para los contratos de obras sometidos a la Directiva 93/37/CEE: 5.000.000 ecus (en la actualidad, euros) en los contratos de concesiones de obras y en los contratos que entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 2 (contratos financiados en más de un 50%); en los demás contratos de obras, el umbral es el equivalente en euros de 5.000.000 de derechos especiales de giro (DEG), lo que en la actualidad supone 5.358.153 euros;

5) en lo que se refiere a los contratos de suministro sometidos a la Directiva 93/36/CEE, los umbrales son los siguientes:

a) el equivalente en euros a 130.000 DEG (en la actualidad, 139.312 euros) se aplica a los contratos de suministro adjudicados por *las autoridades gubernamentales centrales*, enumeradas en el Anexo I de la Directiva;

b) el equivalente en euros de 200.000 DEG (en la actualidad, 214.326 euros) se aplica a todos los contratos de suministro adjudicados por *los poderes adjudicadores que no sean autoridades gubernamentales centrales* y a los contratos adjudicados por las autoridades gubernamentales centrales en el sector de defensa y relativos a los productos no enumerados en el Anexo II de la Directiva.

Hay necesidad, pues, y urgente, de simplificar estos umbrales, eliminando toda referencia al «equivalente en Euros de DEG», e indicando

³⁵ Cuantía que determina la obligación absoluta de aplicar las reglas del sistema europeo de contratación pública y, muy en particular, las referidas a publicidad previa y posterior.

todos los umbrales en Euros, hasta un nivel compatible con las obligaciones internacionales de la Unión Europea. En adelante, los umbrales se indicarán siempre en «Euros», redondeándose a la centena o a la decena de millares de euros inferior a los umbrales previstos en el «Acuerdo sobre Contratación Pública» (Ronda Uruguay).

En la Propuesta de Directiva –tras las modificaciones introducidas en la elaboración del a misma–, se han elegido los siguientes umbrales:

1) un umbral único de 5.300.000 de euros, aplicable a todos los contratos y concesiones de obras;

2) dos umbrales, aplicables a todos los contratos de suministros y gestión de servicios y a los concursos de proyectos. Estos umbrales son de 130.000 o de 200.000 euros, según que el respectivo «Poder adjudicador» tenga Estatuto propio o no lo tenga.

(C) El Vocabulario Común de Contratos Públicos (Common Procurement Vocabulary –CPV–)

La utilización del CPV obedece a una Recomendación de la Comisión Europea, de 30 de julio de 1996, con objeto de describir lo mejor posible cada contrato sujeto al «sistema», es decir, identificar el objeto de los contratos y facilitar traducción a las once lenguas oficiales. Este objetivo se ha convertido en un criterio de búsqueda indispensable en la selección e identificación de las oportunidades de contratación pública en los distintos Estados miembros.

De ahí que la utilización exclusiva de un vocabulario general o común, en lugar de las nomenclaturas anteriores (CPC, NACE, etc.), facilitará la divulgación y el acceso a la información y así parece preverse un aumento de los principios de transparencia y una mayor apertura al mercado de los contratos públicos en la Unión Europea. En este sentido, la aprobación de la Directiva 2001/78/CE, de 13 de septiembre (véase en el texto, epígrafe 7,A) contribuirá también a estos objetivos.

8. Las excepciones de aplicación

A raíz de las modificaciones propuestas por la Comisión para la Directiva sobre «Sectores especiales» (antes «excluidos»), la nº 93/38/CEE, también se anuncia la modificación de las Directivas «clásicas», con objeto de garantizar que los Poderes públicos continúen estando excluidos del ámbito de aplicación de estas Directivas, en lo que se refiere a los contratos relacionados con sus propias actividades. Evidentemente, los «Poderes adjudicadores» estarán obligados por esta «Directiva de unificación» en lo que concierne a actividades de agua, transporte, energía y telecomunicaciones cuando no sean ellos, por sí mismos, quienes reali-

cen tales actividades. Lo que se trata, precisamente, es que habida cuenta de la progresiva liberalización del sector de «telecomunicaciones», los Poderes públicos que tendrán a partir de ahora los mismos incentivos de rentabilidad que las empresas privadas, por haberse introducido una efectiva competencia en el sector, no se vean constreñidos por las nuevas obligaciones. Se propone, por tanto, *excluir* –es decir, que continúen excluidos– a los Poderes públicos en lo referente a sus actividades de «telecomunicación».

Estas son, en síntesis, las modificaciones propuestas en las Directivas clásicas (véase nota 16). Sin duda, caso de prosperar esta propuesta, no sólo habrá de modificarse la legislación contractual básica española –aunque en el plazo de los simples retoques–, sino también las disposiciones reglamentarias recién promulgadas, es decir, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprobó el Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas. 