

Contribuciones al *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* (COM(2011) 15 final), de 27 de enero de 2011, presentadas por los miembros investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva» (Ref. DER JURI 2009-12116). IP: José M. Gimeno Feliu (gimenof@unizar.es)

Zaragoza (España), abril de 2011.

INDICE

I.- El Proyecto de investigación sobre Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva.	5
II.- El equipo investigador.	¡Error! Marcador no definido.
III.- Contribuciones al Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente (COM(2011) 15 final)	9
I.- ¿DE QUÉ TRATAN LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA?	9
I.1. Actividades de compra.....	9
I.2. Contratos públicos	10
Servicios A/B.....	11
Exclusiones	12
I.3. Compradores públicos.....	13
Contratación por entidades pertenecientes al ámbito estatal.....	13
Servicios públicos.....	13
2. MEJORA DE LAS HERRAMIENTAS DE QUE DISPONEN LOS PODERES ADJUDICADORES.....	15
2.1. Modernización de los procedimientos.....	15
Procedimientos generales.....	15
Más negociación	16
Selección y adjudicación	19
Tener en cuenta el comportamiento pasado	20
Herramientas específicas para las empresas de servicio público	20
2.2. Instrumentos específicos para los pequeños poderes adjudicadores.....	21
Un marco procedimental más ligero para la adjudicación de contratos por encima de los umbrales de las Directivas por los poderes adjudicadores locales y regionales.	21
Más seguridad jurídica para las adjudicaciones por debajo de los umbrales de las Directivas.....	22
2.3. Cooperación dentro del sector público.....	23
2.4. Herramientas adecuadas para la agregación de la demanda/contratación conjunta.....	25
2.5. Interrogantes acerca de la ejecución del contrato.....	26
Modificaciones sustanciales	26
Cambios relacionados con el contratista y terminación de los contratos....	27

Subcontratación.....	28
3. UN MERCADO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS ACCESIBLE.....	31
3.1. Mejora del acceso para las PYME y las empresas incipientes	31
3.2. Asegurar una competencia leal y efectiva.....	34
3.3. Contratación en los casos de inexistencia de competencia o de derechos exclusivos.....	36
4.- UTILIZACIÓN ESTRATÉGICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN RESPUESTA A NUEVOS DESAFÍOS.	37
4.1. «Cómo comprar» para realizar los objetivos de Europa 2020	37
Descripción del objeto del contrato y de las especificaciones técnicas.....	37
Aplicación de los criterios de selección más pertinentes.....	40
Utilización de los criterios de adjudicación más apropiados	40
Imposición de cláusulas adecuadas de ejecución del contrato	43
Comprobación de los requisitos	44
Vínculo con el objeto/con la ejecución del contrato.....	44
4.2. «Qué comprar» en apoyo de los objetivos políticos de Europa 2020.....	47
4.3. Innovación.....	50
4.4. Servicios sociales	51
5.- ASEGURAR LA INTEGRIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS.	55
5.1. Prevención de los conflictos de intereses.	55
5.2. Lucha contra el favoritismo y la corrupción.....	56
5.3. Exclusión de los licitadores deshonestos.	60
5.4. Prevención de ventajas injustas.....	63
6. ACCESO DE LOS PROVEEDORES DE TERCEROS PAÍSES AL MERCADO DE LA UE.....	65
7.- OTRAS CUESTIONES.	67

I.- EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN SOBRE NUEVOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: URBANISMO, CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y COOPERACIÓN INTERSUBJETIVA.

El Proyecto de investigación sobre *Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva* (DER JURI 2009-12116) fue concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España en el marco de la convocatoria pública y competitiva efectuada para el período 2009-2011 mediante Resolución de 26 de diciembre de 2008, conjunta de la Secretaría de Estado de Universidades y de la Secretaría de Estado de Investigación, por la que se convocan ayudas para la realización de proyectos de investigación y acciones complementarias dentro del Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental, en la marco del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011 (Boletín Oficial del Estado núm. 315 de 31 de diciembre de 2008).

El equipo investigador está dirigido –IP- por el Prof. Dr. José María Gimeno Feliú (Universidad de Zaragoza), e integrado también por los profesores Dr. José Antonio Moreno Molina (Universidad de Castilla La Mancha), Dra. Isabel Gallego Córcoles (Universidad de Castilla La Mancha), Teresa Medina Arnáiz (Universidad de Burgos) y Dr. Miguel Ángel Bernal Blay (Universidad de Zaragoza).

En el marco del Proyecto de investigación ya se han organizado diversas actividades, entre las que destacan los Foros de reflexión y actualización en materia de contratación pública¹:

1.- *Seminario sobre contratación pública. Reflexiones y aspectos prácticos*, celebrado en Formigal (Huesca), los días 23-24 de septiembre 2010.

Las conclusiones del Seminario, elaboradas por T. Medina Arnáiz, pueden consultarse al haber sido publicadas en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 37 de 2010, págs. 317-433, accesibles desde https://gobierno.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/AreasTematicas/RevistaAragonesaAdministracionPublica/ci.01_R evista_Completa.detalleDepartamento?channelSelected=0.

2.- Seminario sobre cuestiones actuales del Derecho de la contratación pública, celebrado en Albacete los días 17-18 de Marzo de 2011. Las conclusiones de este seminario se recogen en la obra colectiva *Observatorio de contratación pública 2010*, de próxima publicación.

¹ Los materiales de ambos seminarios están disponibles desde http://web.me.com/gimenof/Sitio_web/PROYECTO_MEC_DER2009-12116.html

III.- CONTRIBUCIONES AL LIBRO VERDE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UE. HACIA UN MERCADO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS EFICIENTE (COM(2011) 15 FINAL)

I.- ¿DE QUÉ TRATAN LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA?

I.1. ACTIVIDADES DE COMPRA.

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

La actual definición de contrato público de la Directiva 2004/18/CE (apartado 2.a) del artículo 1) ya incluye una referencia expresa a que son contratos públicos “los contratos onerosos”. Como ha precisado la jurisprudencia del TJUE, “sólo un contrato celebrado a título oneroso puede constituir un contrato público a los efectos de la Directiva 2004/18” (apartado 47 de la STJUE de 25-3-2010, C-451/2008).

El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación.

Podría añadirse en la definición de las directivas la referencia a que la prestación contratada conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador, sin que se incluyan más condiciones o conceptos alternativos.

En este punto, hay que tener en cuenta que el TJUE ha interpretado de forma suficiente este concepto de beneficio económico, que se producirá incluso si se prevé que el poder adjudicador dispondrá de un título jurídico que le aseguraría la disponibilidad de unas obras objeto del contrato, a los efectos de su afectación pública, como ha señalado la STJUE de 12 de julio de 2001, C-399/98, apartados 67, 71 y 77).

El beneficio económico también puede radicar en las ventajas económicas que el poder adjudicador pueda obtener en un futuro del uso o de la cesión de la obra por el hecho de haber participado económicamente en su realización o por los riesgos que asume en el supuesto de un revés económico de la obra.

En todo caso conviene aclarar el ámbito objetivo de la Directiva y delimitar correctamente las figuras que son ejemplo de colaboración interadministrativa.

1.2. CONTRATOS PÚBLICOS

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

Sería quizá recomendable modificar la estructura actual y adoptar la que predomina a nivel internacional con dos tipos de contratos: suministros y servicios (que englobaría a las obras).

Se trata de una exigencia que se desprende de la existencia de un marco de consolidada tendencia internacional hacia la elaboración de un Derecho común que discipline las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, con disposiciones tan importantes como las aprobadas en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (ACP), de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo) y de numerosos Tratados de Libre Comercio en distintas regiones del planeta. El ACP y los diversos TLC firmados por la UE ponen de manifiesto la necesidad de ir hacia una estructura de contratos similar en las directivas europeas.

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

Sí resulta necesario revisar y simplificar la definición de contratos de obras. En la actualidad resulta complejo para los operadores de la contratación pública aplicar y diferenciar las distintas condiciones e hipótesis que recoge el artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE. Expresiones como "la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador" han planteado serias dudas interpretativas, que se manifiestan en las propias dificultades de traducción a los diversos idiomas oficiales de la UE.

La línea a desarrollar es el concepto funcional de obra pública que recoge la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 12 de julio de 2001, *Scala de Milán* o de 29 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania*) y que ha propuesto en la doctrina administrativista –por ejemplo, el profesor GIMENO FELIU, "El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública", RAP nº 173 (2007), pág. 75-.

Servicios A/B

4. ¿Piensa que debería revisarse la distinción entre los servicios A y B?

Sí, es muy necesario que se revise, carece de sentido en el estadio actual de desarrollo del Derecho de la UE y de su mercado interior, con el reciente proceso de trasposición en los Estados miembros de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Así se desprende sin duda de las exigencias de esta norma de aplicación generalizada de sus principios con objeto de impulsar una mejora global del marco regulatorio del sector servicios, para así obtener ganancias de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos.

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

Se considera conveniente la aplicación de las directivas de contratos públicos a todos los servicios y optar para los mismos por unas reglas procedimentales más flexibles.

Carece de sentido la distinción en sus términos actuales, como se pone de manifiesto al comprobar cómo servicios de transporte o de tipo intelectual se consideran como B.

También da lugar a problemas aplicativos el cajón de sastre que supone la categoría 27 ("otros servicios") que genera dudas interpretativas.

La mejor opción es eliminar la diferenciación de regímenes y optar por uno unificado. En todo caso, los servicios sociales, sanitarios y educativos deberían contar con ciertas reglas o principios propios, en tanto atienden no solo a intereses económicos y debe garantizarse una adecuada perspectiva social

Umbrales

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

No se recomienda elevar los umbrales de las directivas sobre contratos públicos. Al argumento que señala el Libro Verde en relación con los compromisos internacionales de la UE, habría que añadir los negativos efectos que ese aumento podría provocar para el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas.

Resulta fundamental a escala europea apostar por el impulso de la participación de las PYMES en las compras públicas, como han puesto de manifiesto recientemente el Parlamento Europeo o la Comisión (Comunicación de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulada «Pensar primero a pequeña escala» – «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas (COM(2008)0394); “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos” (aprobado por la Comisión, documento SEC 2008, 2193).

Sería conveniente que la Directiva recordara la obligación de aplicar los principios del Tratado de transparencia, concurrencia y control efectivo en todo contrato al margen del importe, incorporando también alguna previsión para los contratos de interés transfronterizo

Exclusiones

7. ¿Considera que las disposiciones actuales sobre los contratos excluidos son apropiadas? ¿Piensa que debería reestructurarse la sección al respecto o que sería necesario aclarar algunas exclusiones concretas?

Se considera claramente insuficiente la regulación de los contratos excluidos de la Directiva 2004/18/CE y contraria a las exigencias de la seguridad jurídica, al ser compleja su interpretación y además dar cabida a trasposiciones diferentes en los Estados miembros.

Sería conveniente el dedicar un solo precepto a las exclusiones, que en la actualidad se pueden encontrar en muy diversos preceptos de la Directiva 2004/18 (artículos 14 a 17, 57...).

En todo caso debe aclararse el significado y consecuencia de las distintas exclusiones con el fin de evitar prácticas de “huida” del régimen del contrato público.

8. ¿Piensa que determinadas exclusiones deberían abolirse, reconsiderarse o actualizarse? En caso afirmativo, indique cuáles. ¿Cuál sería su propuesta?

Habría que actualizar la exclusión de contratos “cuando sean declarados secretos o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas especiales de seguridad”, para adecuarse la misma a la reciente regulación de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de

servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Debe revisarse la amplia exclusión recogida en el artículo 15 (Contratos adjudicados en virtud de normas internacionales), ya que en sus términos actuales permite que queden fuera de la Directiva contratos que deberían sujetarse a sus reglas al no haber motivo suficiente para su exclusión.

Se recomienda en general reducir al máximo los supuestos de contratos excluidos. No se puede considerar justificada la proliferación de regímenes especiales, que resulta contraria a principios jurídicos tan importantes como los de legalidad, objetividad, igualdad y seguridad jurídica, al tiempo que puede limitar considerablemente la libre competencia.

Debe aclararse y delimitarse correctamente la técnica de los *services in house providing*, advirtiendo que es solo una técnica autoorganizativa, reforzando la idea de que deben ser idóneas al fin perseguido y que no deben ser utilizadas para alterar regímenes jurídicos

1.3. COMPRADORES PÚBLICOS

Contratación por entidades pertenecientes al ámbito estatal

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

Debe incorporarse una definición de poder adjudicador, en tanto concepto ya asentado, delimitando sus caracteres a la luz de la doctrina del TJUE.

Servicios públicos

- 10. ¿Piensa que sigue siendo necesario que existan normas de la UE aplicables a la contratación pública en estos sectores? Explique las razones de su respuesta.**

Los contratos de gestión de servicios deben ser regulados dentro de la propia Directiva atendiendo a su especialidad de explotación como una modalidad de contrato de servicios. La actual globalización económica e impacto de estos contratos no justifica su exclusión del ámbito de aplicación.

10.1. En caso afirmativo: ¿deberían ser excluidos determinados sectores que están actualmente regulados o, a la inversa, deberían otros sectores estar sujetos también a la normativa? Explique qué sectores deberían estar cubiertos y motive su respuesta.

NO debería existir exclusión. En todo caso Sí que podría preverse ciertas especialidades atendiendo a los interés económicos o sociales en juego.

11. Actualmente, el ámbito de aplicación de la Directiva se define en función de las actividades que las entidades en cuestión llevan a cabo, su forma jurídica (pública o privada) y, cuando son privadas, la existencia o no de derechos especiales o exclusivos. ¿Considera que estos criterios son pertinentes o deberían utilizarse otros? Explique su respuesta.

Parece adecuado no alterar ahora los conceptos referidos, en tanto parecen asumidos

12. ¿Cabe suponer que la búsqueda de beneficios o los valores comerciales de las empresas privadas sean suficientes para garantizar que estas entidades practiquen una contratación objetiva y justa (incluso cuando operen con derechos especiales o exclusivos)?

No necesariamente, en tanto pueden existir “influencias” que desvíen este parámetro de la contratación. Máxime si la posterior explotación económica y sus ajustes se pueden ver condicionadas.

13. ¿Constituye la disposición actualmente enunciada en el artículo 30 de la Directiva una manera efectiva de adaptar el ámbito de aplicación de la Directiva a la evolución de los patrones de regulación y competencia en los mercados pertinentes (nacionales y sectoriales)?

Los hechos han demostrado su insuficiencia. Debe ser revisada.

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

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

Con carácter general, y habida cuenta de su finalidad de las Directivas, sus disposiciones cuentan con un nivel de desarrollo suficiente. Los problemas suelen presentarse en las legislaciones nacionales que únicamente reproducen esas disposiciones, sin desarrollarlas para su ámbito de aplicación.

2.1. MODERNIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS.

Procedimientos generales

15. ¿Piensa que los procedimientos que figuran en las Directivas actuales permiten a los poderes adjudicadores obtener los mejores resultados posibles de la contratación? En caso negativo: ¿cómo deben mejorarse los procedimientos para aligerar las cargas administrativas o reducir los costes de las transacciones y la duración de los procedimientos, garantizando al mismo tiempo que los poderes adjudicadores obtengan la mejor rentabilidad por su dinero?

Sí, los procedimientos actuales permiten un abanico suficientemente amplio de posibilidades de actuación para los poderes adjudicadores en función de los objetivos que pretendan

16. ¿Se le ocurren otros tipos de procedimientos que no estén contemplados en las Directivas actuales y que, en su opinión, podrían incrementar la rentabilidad económica de los procedimientos de contratación pública?

Para mejorar la rentabilidad económica de los procedimientos no son necesarios tanto nuevos procedimientos como la simplificación de algunos trámites de los procedimientos actuales, tales como la carga documental exigida a los licitadores, ajuste de los plazos, criterios más objetivos y publicidad mediante plataformas específicas y generales de contratación pública.

- 17. ¿Piensa que los procedimientos y herramientas previstos en la Directiva para tratar necesidades específicas y facilitar la participación privada en la inversión pública mediante asociaciones entre los sectores público y privado (por ejemplo, el sistema dinámico de adquisición, el diálogo competitivo, las subastas electrónicas y los concursos de proyectos) deben mantenerse en su forma actual, modificarse (en tal caso, cómo) o abolirse?**

Las diferencias entre los Acuerdos Marco y los Sistemas Dinámicos de Adquisición no acaban de visualizarse, circunstancia que desmotiva para la utilización de éstos últimos, que reconsideran una mera “versión electrónica” de los primeros. En este sentido, debería resaltarse el valor añadido que presentan los Sistemas Dinámicos de Adquisición frente a los Acuerdos Marco por las posibilidades de actualización (en el sentido de mejora) de las ofertas indicativas en cualquier momento, así como la posibilidad de incrementar la concurrencia al ser un sistema “abierto” a la incorporación de nuevos interesados (por contraposición al Acuerdo Marco, “cerrado” para nuevos interesados durante el plazo en el que se haya concertado).

- 18. Según su experiencia con la utilización del procedimiento acelerado en 2009 y 2010, ¿estaría usted a favor de generalizar esta posibilidad de acortar los plazos en determinadas circunstancias? En su opinión, ¿podría hacerse sin poner en peligro la calidad de las ofertas?**

No se conocen experiencias de utilización del procedimiento acelerado del art. 38.8 de la Directiva 2004/18.

Más negociación

- 19. ¿Estaría a favor de permitir más negociación en los procedimientos de contratación pública o de generalizar el uso del procedimiento negociado con publicación previa?**

Entendemos adecuada la actual distinción entre procedimientos que no admiten la negociación (abierto y restringido) frente a los que sí la admiten (negociados). La generalización del procedimiento negociado con publicidad podría ser una solución, sobre todo en tiempos como los actuales en los que puede convenir al interés públicos intentar ajustar las ofertas a las escasas disponibilidades presupuestarias para hacer frente a los procesos de compra pública.

Otra opción podría ser admitir la negociación con carácter general pero sólo referida a determinados aspectos, siempre de carácter reglado (es decir, que no dependan de valoraciones subjetivas, aun expertas), como por ejemplo el precio. Es más,

la selección de la oferta económicamente más ventajosa, si bien debe ser entendida en relación con el conjunto de criterios de adjudicación que se tomen en consideración, debería considerar siempre la posibilidad de negociar el criterio de adjudicación relativo al precio, pues es el criterio que mayor “economía” (en sentido estricto) puede proporcionar.

Sin embargo, cualquier opción queda abocada al más estrepitoso fracaso si las normas, sea la Directiva, sea la normativa nacional, no definen el significado de la acción de “negociar” o no diseñan modelos de “negociación”. Los poderes públicos, al menos en España, donde es una situación contrastada, no saben negociar y en consecuencia, no negocian nada. En el marco de un procedimiento negociado los poderes públicos se limitan a aceptar de plano las proposiciones presentadas por los candidatos, sin negociar absolutamente nada.

Por eso la opción de fomentar la negociación de los términos del contrato aparece supeditada a que se defina en qué consiste esa negociación así como el modo de hacerlo y como documentarla en aras a justificar la racionalidad y razonabilidad de los trámites y de la decisión.

20. En este último caso, ¿piensa que esta posibilidad debería permitirse para todos los tipos de contratos y todos los tipos de poderes adjudicadores, o solo en determinadas condiciones?

En España, a diferencia de lo que sucede en la Directiva 2004/18, ha sido recurrente la previsión de un supuesto de utilización del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía económica del contrato. En la actualidad, de los arts. 155.d, 156.b, 157.f, 158.e y 161 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del Sector Público (LCSP) resulta posible la utilización del procedimiento negociado por razón de la cuantía en los siguientes supuestos:

PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN	Tipo de contrato	Valor estimado (IVA no incluido)
Negociado SIN publicidad	Obras	≤ 200.000
	Resto de contratos	≤ 60.000
Negociado CON publicidad	Obras	< 1.000.000 €
	Gestión de servicios públicos	Gastos de primer establecimiento <500.000€, si la duración <5 años
	Suministros, servicios y otros	< 100.000 €

Como puede observarse, se trata en cualquier caso de contratos que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva en atención a su importe.

Sin embargo, el modelo podría ser exportado a los contratos que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, especialmente para el caso de los contratos de

suministros y de servicios (no tanto para los contratos de obras que ya presentan un umbral económico suficientemente elevado), configurando unos supuestos de utilización del procedimiento negociado con publicidad por razón de la cuantía, que para estos contratos de suministros y de servicios podría situarse (de manera orientativa) en los 500.000 euros.

21. ¿Comparte la opinión de que una utilización generalizada del procedimiento negociado podría acarrear ciertos riesgos de abuso o de discriminación? Además de las salvaguardias ya establecidas en las Directivas para el procedimiento negociado, ¿harían falta otras que protegieran la transparencia y contra la discriminación, a fin de compensar el mayor nivel de discrecionalidad? En tal caso, ¿cuáles podrían ser esas otras salvaguardias?

Sin duda, y como ya se advirtió en la respuesta a la pregunta núm. 19, en función de cómo se articule la “negociación”, los resultados de la misma pueden arrojar prácticas no solo de abuso o de discriminación, sino también de vulneración del principio de confidencialidad, con la falta de confianza en el sistema que ello puede generar en los operadores económicos. Si los licitadores no tienen la garantía de que el proceso de negociación va a ser limpio, y que en el transcurso del mismo no van a ser revelados sus secretos comerciales al resto de operadores económicos, los procesos de compra pública con negociación dejarán de ser atractivos.

En este sentido hace falta una definición y aclaración en la normativa de las fórmulas admisibles para articular la negociación con los diferentes operadores económicas.

Para proteger a los licitadores contra prácticas abusivas o discriminatorias y garantiza además el derecho a una buena administración, deberían articularse las siguientes salvaguardias:

1).- Residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia. En muchas ocasiones la competencia para contratar se atribuye a un órgano político, cuyo titular no es técnico, por lo que difícilmente está en condiciones de negociar los aspectos técnicos de las proposiciones. En este sentido resulta necesario que la negociación la lleve a cabo un órgano (unipersonal o colegiado) con conocimientos técnicos suficientes sobre la materia que, una vez negociados los aspectos del contrato con todos los operadores económicos que hayan mostrado su interés en participar en la licitación, propone al órgano competente para contratar la adjudicación del contrato a un concreto operador económico.

2).- Dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación. En este sentido, podría ser útil tomar como referencia el modelo de las subastas electrónicas.

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

Los bienes y servicios comerciales deberían contratarse a través de sistemas dinámicos de contratación y subastas electrónicas. Son los procedimientos más rápidos y eficaces para la compra de este tipo de elementos. Asimismo, un procedimiento con menos carga burocrática, plazos más breves y criterios objetivos es una posibilidad a tener en cuenta (opción seguida en el artículo 10 de la Ley 3/2011 de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón).

Selección y adjudicación

23. ¿Estaría a favor de un planteamiento más flexible de la organización y la secuencia del examen de los criterios de selección y adjudicación como parte del procedimiento de contratación? En tal caso, ¿piensa que debería ser posible examinar los criterios de adjudicación antes que los criterios de selección?

Para dar solución al problema de la carga administrativa que conlleva el requisito de verificar los criterios de selección puede resultar de utilidad permitir al licitador sustituir la presentación de los documentos acreditativos de su aptitud para contratar (personalidad, capacidad, solvencia, y ausencia de prohibiciones de contratar) por una declaración responsable, remitiendo a una fase posterior (una vez valorados los criterios de adjudicación) la acreditación documental de esa aptitud, que ya no sería requerida a todos los participantes en el procedimiento de adjudicación, sino únicamente al propuesto como adjudicatario.

Así lo permiten ya, por ejemplo, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (art.6).

Artículo 6. Documentación exigida en procedimientos negociados y simplificados.

1. En los procedimientos negociados y simplificados en los que se haya optado por no constituir Mesa de contratación, el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento equivalente podrá permitir a los licitadores que sustituyan la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos por la presentación de una declaración responsable suscrita por el licitador o su representante, reconociendo que cumple los requisitos de capacidad, representación y solvencia exigidos y comprometiéndose a acreditarlos en caso de que vaya a ser propuesto como adjudicatario.

2. Con carácter previo a la adjudicación del contrato, se requerirá al que vaya a ser propuesto como adjudicatario para que aporte la documentación acreditativa de su capacidad, representación y solvencia en el plazo de cinco días hábiles.

En el mismo sentido, la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra, cuyo art. 54.4 dispone que

4. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer que la aportación inicial de la documentación se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones exigidas para contratar. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación deberá acreditar la posesión y validez de los documentos exigidos en el plazo máximo de siete días desde la notificación de la adjudicación.

24. ¿Considera que, en casos excepcionales, podría estar justificado permitir que los poderes adjudicadores tuvieran en cuenta criterios relativos al licitador como tal en la fase de adjudicación? Si la respuesta es afirmativa, ¿en qué casos? Y, en su opinión, ¿qué salvaguardias adicionales serían necesarias para garantizar la equidad y la objetividad de la decisión de adjudicación en un sistema así?

No, debe mantenerse la debida separación entre criterios de selección (relativos al sujeto) y criterios de adjudicación (relativos y vinculados al objeto). (Vid. respuesta a pregunta 82.3). Otra opción puede dar lugar a cierta confusión y generar problemas en al ejecución del contrato.

Tener en cuenta el comportamiento pasado

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

No debería permitirse la utilización de las experiencias previas como criterio para la adjudicación del contrato por la evidente discriminación que supone entre los operadores económicos. Los beneficios que podría reportar su admisión en supuestos específicos son demasiado pequeños en relación con el enorme riesgo potencial de afección a los principios de igualdad y no discriminación entre los operadores económicos.

Herramientas específicas para las empresas de servicio público

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

¿reconocen adecuadamente el carácter específico de la contratación de estos servicios?

Las especialidades que presentan los contratos con los operadores de servicios públicos pueden reconducirse a dos. La primera, la sensibilidad de su objeto, que representa un interés público de primera magnitud; la segunda, sus fórmulas de retribución, a menudo consistentes en un derecho de explotación del servicio.

En atención a ello, debería cuidarse especialmente en estos casos que la retribución de los contratistas consistiese efectivamente en un derecho de explotación, pues a menudo se visten como derechos de explotación remuneraciones propias de otros contratos públicos son el único objetivo de aprovechar las especialidades procedimentales que presenta la contratación de servicios públicos.

2.2. INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS PARA LOS PEQUEÑOS PODERES ADJUDICADORES

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

27. ¿Piensa que el régimen íntegro de contratación pública es apropiado o, por el contrario, inadecuado para las necesidades de los poderes adjudicadores más pequeños? Explique su respuesta.

Someter a todos los poderes adjudicadores a los mismos trámites formales resulta contrario al principio de eficiencia, pues es evidente que si los poderes adjudicadores más pequeños deben hacer lo mismo, pero con menos recursos, la ratio de eficiencia será menor en esos poderes adjudicadores más pequeños que, consecuentemente, disponen de menos recursos.

28. En caso afirmativo, ¿estaría a favor de simplificar el régimen de contratación para la adjudicación de contratos relativamente pequeños por las autoridades regionales y locales? ¿Cuáles deberían ser, en su opinión, las características de ese régimen simplificado?

La Comunidad Autónoma de Aragón ha aprobado recientemente una Ley de medidas en materia de contratos del sector público en Aragón (Ley 3/2011, de 24 de febrero, publicada en el Boletín Oficial de Aragón núm. 50 de 10 de marzo de 2011) en cuyo art. 10 se recoge, bajo el título de procedimiento simplificado, las especialidades que presenta la utilización de tal procedimiento con respecto al procedimiento abierto:

1.- Supuestos de utilización: únicamente pueden adjudicarse, utilizando este procedimiento simplificado, contratos de suministro y servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros, y de obras inferior a 2.000.000 de euros.

2.- Simplificación documental: En un mismo documento se reúnen las condiciones jurídicas, económicas y técnicas con arreglo a las cuales se adjudicará y ejecutará el contrato.

3.- No se exige garantía provisional para participar en la licitación.

4.- Publicidad del anuncio de licitación del contrato únicamente en el perfil de contratante del poder adjudicador.

5.- Plazos de presentación de proposiciones acomodados a la complejidad del contrato de la que es indicativa su cuantía: no inferior a diez ni superior a veinte días naturales, a contar desde el siguiente al de la publicación en el perfil de contratante.

6.- Constitución potestativa (no obligatoria) de una Mesa de contratación (órgano de asistencia que requiere la presencia de al menos 5 personas (3 en el caso de las Entidades Locales) que auxilia al órgano de contratación en la valoración de ofertas y propone la adjudicación del contrato a la que considere económicamente más ventajosa.

7.- Supuesto legal de delegación de competencias del órgano de contratación en la mesa de contratación cuando se decida su constitución en relación con la calificación, admisión o exclusión de licitadores,

8.- Simplificación del órgano de asistencia encargado de valoración de ofertas, exigiendo únicamente la valoración de las propuestas por dos personas (técnicos) que desempeñen actividades relacionadas con la materia objeto del contrato o que hayan participado directamente en la tramitación del procedimiento.

9.- Posibilidad de que los licitadores sustituyan la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos por la presentación de una declaración responsable reconociendo que cumplen con los requisitos de capacidad, representación y solvencia exigidos y comprometiéndose a acreditarlos en caso de que vaya a ser propuesto como adjudicatario, demorando la presentación de esa documentación a un momento posterior a la propuesta de adjudicación y anterior a la adjudicación del contrato, sólo para el propuesto como adjudicatario (art. 6 de la Ley 3/2011).

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

29. ¿Piensa que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según se explica en la Comunicación Interpretativa de la Comisión, ofrece seguridad jurídica

suficiente para la adjudicación de contratos por debajo de los umbrales de las Directivas? ¿O considera que podría ser necesaria más orientación, por ejemplo sobre los indicios de un posible interés transfronterizo, o cualquier otra iniciativa de la UE? ¿En qué aspectos considera que esto sería pertinente o necesario?

Resultaría deseable encontrar un criterio objetivo para definir el interés transfronterizo de un contrato. Podría utilizarse el criterio de su umbral económico, del mismo modo que se hace respecto de los contratos sujetos a la Directiva.

2.3. COOPERACIÓN DENTRO DEL SECTOR PÚBLICO

30. A la luz de lo anterior, ¿considera útil establecer normas legislativas a nivel de la UE en relación con el ámbito y los criterios para la cooperación dentro del sector público?

Tanto la cooperación a nivel interno (encargos *in house*) como la cooperación horizontal entre entidades del sector público suponen excepciones a la aplicación de la normativa sobre contratos públicos fundadas en la dimensión organizativa (no contractual) de esa colaboración. Sin embargo, son excepciones de base jurisprudencial, que no han sido recogidos en las Directivas (sí, en cambio, en algunas legislaciones de Estados miembros), circunstancia que hace que afloren dudas sobre las posibilidades de su utilización.

En este sentido, en tanto que excepciones al ámbito de aplicación de las Directivas, tal y como se ha señalado con anterioridad, deberían recogerse expresamente en las mismas, positivizando los criterios que para su admisibilidad ha ido señalando el Tribunal de Justicia en sus pronunciamientos y delimitando sus contornos.

31. ¿Estaría de acuerdo en que debe desarrollarse un concepto, con determinados criterios comunes, para las formas de cooperación dentro del sector público que deben ser eximidas? En su opinión, ¿cuáles serían los elementos importantes de ese concepto?

Habida cuenta de que la cooperación entre el sector público puede articularse de maneras muy heterogéneas, y por más que algunos de sus elementos puedan resultar coincidentes, resulta difícil reducir a un concepto unitario para referirse a todas las fórmulas de cooperación. Sin embargo, podría fijarse criterios para determinar cuando una actividad es cooperación y cuando contratos.

32. ¿O le parecería preferible que hubiera normas específicas para las diferentes formas de cooperación, según la jurisprudencia del TJE (por ejemplo, cooperación interna y horizontal)? En caso afirmativo, explique por qué y cuáles deberían ser esas normas.

Sin duda lo mejor sería el establecimiento de normas específicas para cada tipo de cooperación.

Respecto de la cooperación institucionalizada deberían definirse, o al menos apuntar qué criterios ponen de manifiesto la existencia de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios. Debe remarcarse que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria es un tan sólo un indicio, *no decisivo* por sí solo, de que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (compárese en este sentido la posible incongruencia que presentan las Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo Spa*, apdo. 37 y de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), apdo. 57).

Además, debe ponerse de manifiesto que la obligatoriedad de los encargos realizados a los medios propios no es la causa de la existencia de ese control análogo, sino precisamente la consecuencia de su existencia. A veces las normas nacionales que regulan la realización de los encargos a las entidades que tienen la consideración de medios propios señalan la obligatoriedad de esos concretos encargos, y de ahí hacen derivar la existencia del control análogo, sin que se existe una posibilidad de influencia determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes del medio propio.

En relación con la cooperación horizontal, contribuiría a ofrecer mayor seguridad jurídica a los poderes adjudicadores que tuvieran previsto ponerla en marcha la definición de lo que deba entenderse por «prestaciones que excedan del puro intercambio de prestaciones de servicios a cambio de un precio». Debe remarcarse asimismo que la exclusión de la aplicación de la normativa sobre contratos públicos de las operaciones de cooperación horizontal únicamente alcanzaría al nacimiento del vínculo entre las partes, sin extenderse a una eventual convocatoria de licitación, cuando sea necesaria para el desarrollo de la cooperación.

33. ¿Deberían las normas de la UE regular también las transferencias de competencias? Explique por qué razones.

No. Las transferencias de competencias quedan al margen de la lógica contractual, pues sirven para flexibilizar prevenir o poner remedio a las disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias. Coincidimos en este sentido con la postura del Parlamento Europeo expresada en su Parlamento europeo, en su *Resolución*

sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI) apdo. 47.

34. En términos generales, ¿está a favor de una agregación mayor de la demanda/más contratación conjunta? En su opinión, ¿cuáles son las ventajas y las desventajas?

Desde luego que la agregación de demanda presenta indudables ventajas. La creación de centrales de compra, especialmente entre poderes adjudicadores pequeños, tiene por objetivo conseguir una mayor eficacia de la actividad contractual de los entes públicos, tanto desde el punto de vista de gestión, ya que concentra la tramitación de los procedimientos en órganos especializados, evitando que haya una multiplicidad de órganos de contratación dedicados a la adquisición de productos similares y favoreciendo la simplificación administrativa, como desde el punto de vista económico, ya que se aprovecha la reducción de costes que se puede obtener mediante adquisiciones a gran escala, lo que permite una mayor eficiencia de los recursos.

La opción de «central de contratación», y técnica de «acuerdo marco», presume que los sujetos contratantes que adquieran obras, suministros y/o servicios, por medio de la central de contratación, cumplen y respetan las normas de licitación y adjudicación de los contratos en la medida en que la central de contratación lo haga. Esta opción, resulta especialmente indicada y operativa en el ámbito de los poderes adjudicadores pequeños.

2.4. HERRAMIENTAS ADECUADAS PARA LA AGREGACIÓN DE LA DEMANDA/CONTRATACIÓN CONJUNTA.

35. En su opinión, ¿existen obstáculos al buen funcionamiento de la agregación de la demanda/contratación conjunta? ¿Piensa que los instrumentos que estas Directivas proporcionan para agregar la demanda (central de compras, contratos marco) funcionan bien y son suficientes? Si la respuesta es negativa, ¿cómo deberían modificarse estos instrumentos? En su opinión, ¿qué otros instrumentos o disposiciones serían necesarios?

Tanto las centrales de compra como los acuerdos marco son instrumentos adecuados, pero es necesario que los Estados fomenten en mayor medida su creación. En algunos Estados la utilización de estas figuras parece estar limitada a determinadas entidades. Así por ejemplo, la legislación española señala en el art. 188.2 LCSP que «en el ámbito de la Administración local, las Diputaciones Provinciales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno», circunstancia que puede generar dudas sobre si otras entidades (también de carácter local, de naturaleza intermedia) pueden crear centrales de compra (la legislación estatal de contratos no se refiere a esos otros entes

(comarcas, veguerías, etc...) porque se trata de entidades creadas por la legislación autonómica de régimen local.

- 36. Piensa que el fortalecimiento de la agregación de la demanda/la contratación conjunta podría conllevar riesgos en términos de restricción de la competencia o dificultades para el acceso de las PYME a los contratos públicos? En tal caso, ¿cómo podrían reducirse los posibles riesgos?**

No se aprecian riesgos para las PYME derivados de la agregación de demandas. En todo caso, deberá aplicarse buenas prácticas a este tipo de contratos agregados favoreciendo el acceso a las PYMES (ej., lotes, etc.)

- 37. ¿Piensa que la contratación pública conjunta sería adecuada para algunas áreas de productos específicas más que para otras? Si es así, especifique algunas de estas áreas y explique las razones.**

Es posible que las mayores ventajas de la agregación de demanda se produzcan en relación con los productos y servicios de uso más corriente, y no tanto en relación con las obras, debido a su naturaleza singular.

- 38. ¿Encuentra problemas específicos para la contratación conjunta transfronteriza (por ejemplo, en términos de legislación aplicable y procedimientos de recurso)? En concreto, ¿piensa que su legislación nacional permitiría que un poder adjudicador estuviera sujeto a un procedimiento de revisión en otro Estado miembro?**

En los casos de contratación conjunta transfronteriza bastaría con advertir en la documentación que rige la adjudicación y ejecución del contrato cuál es régimen jurídico que le resulta aplicable. De ese modo, desde un momento anterior a la licitación, los operadores económicos tendrían conocimiento de las reglas aplicables.

2.5. INTERROGANTES ACERCA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Modificaciones sustanciales

- 39. ¿Deberían las Directivas sobre contratación pública regular la cuestión de las modificaciones sustanciales de un contrato durante su período de validez? En tal caso, ¿qué elementos de aclaración propondría?**

Sin duda es una de las cuestiones pendientes. Las Directivas deberían entrar a regular más aspectos de la ejecución de los contratos, ya que los principios generales de la

contratación pública (publicidad, igualdad, no discriminación, transparencia, etc...) presentan un carácter transversal, y resultan de aplicación, por tanto, también en la fase de adjudicación de los contratos.

Deberían aclararse las siguientes cuestiones:

1.- ¿Son admisibles las modificaciones sustanciales cuando han sido previstas en la documentación del contrato? ¿Tienen algún límite cuantitativo o cualitativo?

2.- ¿Resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea que desde las normas nacionales sobre contratos públicos se admitan algunos supuestos de modificación?

3.- ¿Debe tomarse en consideración el importe que pueden suponer esas modificaciones (las previstas en la documentación o las admitidas por la normativa) a efectos del cálculo del valor estimado del contrato?

4.- En el caso de modificaciones que tengan su origen en errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas ¿es necesario depurar las responsabilidades pertinentes con carácter previo a la tramitación de la modificación?

5.- ¿Son esenciales las modificaciones que supongan una reducción del precio de adjudicación del contrato?

6.- ¿Debe publicarse la intención de modificar un contrato para que cualquier interesado tenga conocimiento de ello y pueda, en su caso, plantear los recursos pertinentes?

40. Cuando deba organizarse un nuevo procedimiento de licitación a raíz de la modificación de una o más condiciones esenciales, ¿estaría justificada la aplicación de un procedimiento más flexible? ¿De qué procedimiento podría tratarse?

No. Deberían utilizarse los procedimientos ordinarios. La previsión de procedimientos más flexibles puede dar lugar a prácticas incompatibles con el efecto que se pretende de volver a abrir la licitación a la competencia por haber variado sustancialmente el objeto del contrato.

Cambios relacionados con el contratista y terminación de los contratos

41. ¿Piensa que disponer de normas de la UE sobre los cambios en el contexto de la ejecución de los contratos aportaría un valor añadido? En tal caso, ¿cuál sería el valor añadido de unas normas al nivel de la UE? En particular, ¿deberían las

normas de la UE disponer explícitamente la obligación o el derecho de los poderes adjudicadores de cambiar de proveedor/poner término al contrato en determinadas circunstancias? En caso afirmativo, ¿en qué circunstancias? ¿Debería la UE establecer también procedimientos específicos sobre cómo se debe o se puede elegir al nuevo proveedor?

Deberían regularse por la Unión Europea las causas de resolución de los contratos en la medida en que dichas causas tengan su origen en el incumplimiento de reglas establecidas por la propia Unión Europea.

Para la selección del nuevo proveedor podría admitirse la elaboración de “listas de reserva” que permitiesen una adjudicación automática al licitador que hubiese presentado la segunda oferta económicamente más ventajosa en el procedimiento de adjudicación, siempre que continúe interesado en la ejecución del contrato.

42. ¿Está de acuerdo en que las Directivas de la UE sobre contratación pública deben exigir a los Estados miembros que prevean en su legislación nacional el derecho a cancelar contratos cuya adjudicación haya infringido la legislación sobre contratación pública?

Sin duda. El mantenimiento de los efectos de esos contratos que han infringido la legislación sobre contratación pública en su adjudicación perjudica los objetivos y el efecto útil de esa normativa.

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

Aparte de la cuestión de la modificación de los contratos, que es de importancia capital, también podría regularse la cuestión de la cesión de los contratos, así como incidirse en la necesidad de respetar los plazos de pago previstos en la legislación sobre lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Subcontratación

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

No parece que sea tan necesario influir en la subcontratación como controlar la solvencia de todos los intervinientes en el proceso de ejecución del contrato público así como cuidar del buen orden de la relación entre el contratista principal y el subcontratista, pues una mala relación entre ellos puede perjudicar la correcta ejecución

del contrato. Obviamente, el fomento de la integración de la solvencia con medios externos puede ser una técnica correcta (Informe dela Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón I/2010)

En este sentido, y en relación con los pagos a los subcontratistas, podría admitirse la posibilidad de que el poder adjudicador fuese quien librara esos pagos, previa conformidad del contratista principal.

3. UN MERCADO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS ACCESIBLE

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

Las actuales Directivas plantean ciertas dudas interpretativas que requieren su clarificación. Debe reflejarse claramente cuales son los principios reguladores y su extensión previendo respuestas rápidas ante fraudes en fase de ejecución del contrato o de fragmentación del mismo.

3.1. MEJORA DEL ACCESO PARA LAS PYME Y LAS EMPRESAS INCIPIENTES

- 46. ¿Piensa que las normas y la política de contratación pública de la UE son ya suficientemente favorables para las PYME? O, por el contrario, ¿piensa que algunas normas de la Directiva deberían revisarse o que deberían introducirse otras medidas para promover la participación de las PYME en la contratación pública? Por favor, explique por qué ha elegido una u otra opción.**

El marco actual de las Directivas sobre contratación pública no tiene en cuenta de forma debida la situación de la PYME en el mercado de los contratos públicos, lo que causa impacto en el proceso de estabilización y localización de las inversiones en la Unión Europea. La participación de Pequeñas y Medianas Empresas resulta imprescindible en todo proceso de crecimiento económico. Fomentar su acceso a los contratos públicos – atendiendo tanto a su visión cuantitativa como cualitativa de éste- resulta determinante pues el incremento de la concurrencia derivado de la participación de las mismas en los procedimientos de adjudicación provoca un incremento de valor en la relación calidad-precio de los bienes y servicios destinados a los agentes públicos.

- 47. ¿Sería usted de la opinión de que algunas de las medidas expuestas en el Code of Best Practices (Código de Mejores Prácticas), como la subdivisión en lotes (con algunas salvedades) deberían ser obligatorias para los poderes adjudicadores?**

La subdivisión de las compras públicas en lotes facilita, evidentemente, el acceso de las PYMEs, tanto en términos cuantitativos (el tamaño de los lotes puede corresponderse mejor con la capacidad productiva de la PYMEs) como cualitativos (puede haber una correspondencia más estrecha entre el contenido de los lotes y el

sector de especialización de la PYMEs). Una vez delimitados los lotes del contrato (siempre que se trate de prestaciones susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o cuando así lo exija la naturaleza del objeto) procederá determinar, en el Pliego de cláusulas particulares las posibilidades de licitación. En función del tipo de prestaciones, y del mercado de oferentes de las mismas, podrá optarse bien por no limitar las posibilidades de licitación, o bien por repartir la adjudicación de los lotes entre los distintos oferentes, determinando la incompatibilidad para ser adjudicatario de varios de los lotes licitados. De una parte, conceder la posibilidad de licitar por un número ilimitado de lotes presenta la ventaja de no disuadir a los contratistas generales de participar ni desincentivar el crecimiento de las empresas (es la opción de Austria o Francia, por ejemplo). Esta opción sería adecuada cuando no hay un mercado de oferentes del producto muy extenso. Sin embargo, presenta el inconveniente de que puede darse el caso de que una misma empresa resulte adjudicataria de un número elevado de lotes y que no se encuentre capacitada para ejecutarlos todos de forma simultánea.

De otra parte, en ocasiones (especialmente en los supuestos en los que hay una gran cantidad de oferentes de la misma prestación) los órganos de contratación pueden estar interesados en “orientar” la licitación por lotes para fomentar que accedan al contrato la mayor cantidad posible de ellos. Para ello, el órgano de contratación puede establecer en el Pliego de cláusulas particulares regulador de un contrato cuyo objeto haya sido dividido en lotes, que un licitador pueda licitar a uno o unos lotes determinados, pero no a otros, o que no puede licitar a todos los lotes en que se divide el objeto del contrato. La subdivisión de los contratos en lotes, además de favorecer la participación de PYMEs, intensifica la competencia entre los licitadores, lo que redundará en beneficio de los poderes adjudicadores, siempre que tal subdivisión sea viable y resulte adecuada a la luz de las obras, suministros y servicios de que se trate.

48. ¿Piensa que las normas relativas a la elección del licitador acarreen una carga administrativa desproporcionada para las PYME? En caso afirmativo, ¿cómo podrían flexibilizarse estas normas sin poner en peligro las garantías de transparencia, no discriminación y alta calidad en la ejecución de los contratos?

Sin duda la exigencia por poderes adjudicadores de excesiva carga documental supone una limitación al acceso de las PYMEs a los mercados públicos (advirtiéndose que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos.). Sería recomendable exigir la simplificación procedimental y la descarga burocrática de la documentación exigible mediante aplicación de la técnica de la declaración responsable, para posterior comprobación antes de la adjudicación al licitador seleccionado (es el modelo del Reglamento comunitario 2342/2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas,

prevé generalizar el mecanismo de la declaración responsable para acreditar la situación personal del licitador en el marco de los criterios de selección cualitativa).

49. ¿Estaría a favor de una solución que exigiera la presentación y la verificación de pruebas solo por los candidatos incluidos en una lista restringida o por el licitador elegido?

Tal posibilidad debe ser examinada a la luz del principio de igualdad e trato que exige posibilidad de todo licitador de acceder a un contrato de interés trasfronterizo. Además, puede inducir a prácticas no compatible con un adecuada gestión desde la perspectiva de integridad.

50. ¿Piensa que las declaraciones del propio empresario son una buena manera de aliviar la carga administrativa que suponen las pruebas para los criterios de selección, o no son lo bastante fiables para sustituir a los certificados? ¿Sobre qué cuestiones podrían ser útiles las declaraciones del propio empresario (en particular, datos en el ámbito de la propia empresa) y sobre cuáles no?

Nada impide que los poderes adjudicadores, a fin de cerciorarse de la aptitud del adjudicatario del contrato, puedan invitar a los candidatos o licitadores, respecto de la totalidad o parte de las pruebas documentales consideradas, a que declaren por su honor que reúnen todos y cada uno de los requisitos a los que se supedita dicha aptitud. Pero para el caso de no haber cumplido esa acreditación y existir falta de diligencia debe preverse una severa prohibición de contratar a escala comunitaria.

51. ¿Está de acuerdo en que unos requisitos demasiado estrictos acerca del volumen de negocios para demostrar la capacidad financiera resultan problemáticos para las PYME? ¿Debería la legislación de la UE establecer un porcentaje máximo para asegurar la proporcionalidad de los criterios de selección (por ejemplo: el volumen de negocios máximo exigido no puede exceder de determinado múltiplo del valor del contrato)? ¿Propondría otros instrumentos para asegurar que los criterios de selección guarden proporción con el valor y el objeto del contrato?

Estamos de acuerdo con medidas que garanticen la exigencia proporcional de criterios de solvencia. En esa medida, el sistema de clasificación empresarial de España causa cierta patologías al exigirse clasificaciones “elevadas” y ser en ciertos casos una barrera de entrada por su carácter obligatorio (debería ser potestativo).

52. ¿Cuáles serían las ventajas y las desventajas de dar a los Estados miembros la opción de permitir o exigir a sus poderes adjudicadores que obliguen al

licitador seleccionado a subcontratar determinado porcentaje del contrato principal a terceros?

En el concreto mercado de los contratos públicos resulta oportuno aportar una mayor visibilidad a las oportunidades de subcontratación y garantizar igualdad de condiciones a los subcontratistas mediante la valoración de esta opción o situación en fase de solvencia. En este sentido, debería potenciarse la utilización de la posibilidad de establecer en los Pliegos un porcentaje de subcontratación obligatoria para partes de la prestación que no excedan en su conjunto, al menos, del 30 % del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

3.2. ASEGURAR UNA COMPETENCIA LEAL Y EFECTIVA

53. ¿Está de acuerdo en que la contratación pública puede tener una repercusión importante en las estructuras del mercado y en que los compradores deben, en la medida de lo posible, tratar de ajustar sus estrategias de contratación para luchar contra las estructuras de mercado anticompetitivas?

Estamos totalmente de acuerdo. Es necesaria una correcta y leal aplicación efectiva de los principios comunitarios de libertad de circulación, destacándose las principales ventajas que comporta la ampliación del campo de actuación de empresarios y proveedores, lo que necesariamente deberá traducirse en una reducción de costes a través de los efectos de rendimiento de escala, y en un aumento de eficacia como consecuencia de la competencia; así como una mayor posibilidad de elección por parte de los poderes adjudicadores, con ahorro de dineros públicos y mejores satisfacciones desde el punto de vista de los ciudadanos. No en vano el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior.

En el ámbito de la contratación pública, la apertura a la competencia precisa ante todo la introducción de incentivos que impulsen a los compradores públicos y aquellos dotados de derechos especiales exclusivos a realizar adquisiciones aplicando procedimientos competitivos.

54. ¿Piensa que las normas y políticas europeas de contratación pública deben prever instrumentos (opcionales) que fomenten esas estrategias de contratación favorables a la competencia? En tal caso, ¿qué instrumentos propondría?

Sí que deben preverse instrumentos que favorezcan este objetivo. Introducir procedimientos simplificados, buscar criterios objetivos para valorar las ofertas, son ejemplos procedimentales. La creación de observatorio de contratación pública puede ser un instrumento especializado de diagnóstico de problemas con opción de presentar soluciones en el objetivo pretendido.

55. En este contexto, ¿piensa que hacen falta instrumentos o iniciativas más específicos para fomentar la participación de licitadores de otros Estados miembros? Si es así, descríbalos.

Resulta evidente que debe “abrirse” el mercado, por ejemplo, mediante extensión CPV a todo contrato aunque no sea de importe comunitario y mediante sistemas de notificación de licitaciones informáticos que estén debidamente interconexiónados. Admitir más de una lengua oficial para presentar una oferta puede ser una alternativa.

56. ¿Piensa que hay que mejorar el reconocimiento mutuo de los certificados? ¿Estaría a favor de crear un sistema de preselección a nivel europeo?

Sin duda debe validarse un certificado de “ámbito comunitario” y mejorar el sistema de reconocimiento de certificados mutuos. La preselección a nivel europeo puede utilizarse como elemento de garantía pero no como barrera de entrada, pues se podría perjudicar a las PYMES que difícilmente entrarán o participarán en ese proceso.

57. ¿Cómo propondría resolver la cuestión de las barreras lingüísticas? ¿Opina usted que los poderes adjudicadores deberían tener la obligación de redactarlos pliegos de condiciones para los contratos de alto valor en una segunda lengua o de aceptar ofertas en lenguas extranjeras?

En los contratos transfronterizos no es un problema la lengua dado la estructura empresarial. Si sería una buena práctica el que se publicará en una segunda lengua.

58. ¿Qué instrumentos podrían establecer las normas sobre contratación pública para impedir el desarrollo de proveedores dominantes? ¿Cómo podrían los poderes adjudicadores protegerse mejor contra el poder de los proveedores dominantes?

Una opción sería limitar el volumen de negocio máximo que vía contrato público puede acumular un contratista siempre que el mercado ofrezca otras empresas de similar capacidad para prestar ofertas.

59. ¿Piensa que en las normas de la UE sobre contratación pública deben introducirse salvaguardias más fuertes contra los comportamientos anticompetitivos?

Sin duda, la contratación pública guarda relación con el derecho de la competencia, pero deben ser estas normas de competencia quienes regulan posiciones anticompetitivas y no las Directivas de contratos públicos.

3.3. CONTRATACIÓN EN LOS CASOS DE INEXISTENCIA DE COMPETENCIA O DE DERECHOS EXCLUSIVOS

60. En su opinión, ¿puede la atribución de derechos exclusivos comprometer la lealtad de la competencia en los mercados de la contratación pública?

La existencia de un derecho exclusivo para la explotación de servicios o infraestructuras puede ser necesaria en aquellos casos de actividad de interés general que, debidamente motivado, decanten esta opción. En todo caso, el titular de derechos exclusivos, a la vista de su posición estratégica en el mercado, debe promover cierta concurrencia para evitar distorsiones del mercado.

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

Entendemos que no. Debe existir un mecanismo de concurrencia y debe ser objeto de control por una autoridad independiente.

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

4.1. «CÓMO COMPRAR» PARA REALIZAR LOS OBJETIVOS DE EUROPA 2020

Descripción del objeto del contrato y de las especificaciones técnicas

62. ¿Considera que las normas sobre las especificaciones técnicas dejan un margen suficiente para la introducción de consideraciones relacionadas con otros objetivos políticos?

En nuestra opinión, las normas sobre especificaciones técnicas dejan un margen suficiente para la introducción de consideraciones relacionadas con otros objetivos políticos. No obstante, para el operador jurídico existe cierta confusión sobre la interpretación de estas normas. Desgraciadamente, la última publicación acerca de las “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”, no ayuda suficientemente a clarificar la situación.

De acuerdo con la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 4 de julio de 2001 “sobre la legislación comunitaria de los contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública” [COM (2001), 274 final] el concepto de “especificaciones técnicas” comprende la posibilidad de requerir un tipo de materiales básicos o materias primas si ello contribuye a caracterizar un producto o servicio de manera que responda al uso que los destine el poder adjudicador, siempre en la medida en que tales requisitos cumplan el Derecho comunitario y no sean discriminatorios.

Sin embargo, pende actualmente el recurso interpuesto el 22 de julio de 2010 por Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos (Asunto C-368/10). La Comisión pretende que se declare que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/18/CE, habida cuenta de que el poder adjudicador, en el marco de la adjudicación de un contrato público para el suministro y el mantenimiento de máquinas expendedoras de café, publicado con el número 2008/S 158-213630; -prescribió, en las especificaciones técnicas, la etiqueta Max Havelaar y EKO, o al menos etiquetas con exigencias comparables o idénticas, lo que sería contrario al artículo 23, apartados 6 y 8, de la dicha Directiva.

La existencia de estas actuaciones impiden una interpretación clara de las normas europeas sobre especificaciones técnicas.

63. ¿Comparte la opinión de que la posibilidad de definir las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento o funcionales podría permitir a los poderes adjudicadores satisfacer sus necesidades políticas mejor que su definición en términos de requisitos técnicos estrictos detallados? En tal caso, ¿propugnaría que los requisitos de rendimiento o funcionales fueran obligatorios en determinadas condiciones?

En nuestra opinión, no es necesario que los requisitos de rendimiento o funcionales sean obligatorios en determinadas condiciones. El flexible marco actual es apropiado para la permitir a los distintos poderes adjudicadores la satisfacción de necesidades políticas.

64. Por ejemplo, ¿piensa que los poderes adjudicadores utilizan suficientemente las posibilidades que ofrece el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE en lo que respecta a los criterios de accesibilidad² para las personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios? De no ser así, ¿qué se debe hacer?

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que ha transpuesto la Directiva 2004/18/CE, establece la obligatoriedad de formular las especificaciones técnicas en términos de accesibilidad, pues en su artículo 101.1 contempla la obligación, siempre que ello sea posible, de tener en cuenta criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad la hora de establecer tales especificaciones. La accesibilidad universal y de diseño para todos se prevé como condición que deben cumplir los productos y servicios demandados en el ámbito de la contratación pública para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas (Disposición adicional vigésimo primera LCSP). Con respecto a las especificaciones técnicas, la accesibilidad se impone como un deber y no como una opción de carácter potestativo o voluntario para los órganos de contratación, aunque se reconoce, como resulta lógico, que pueden existir supuestos en que tal inclusión no sea factible, en cuyo caso “deberá motivarse suficientemente esta circunstancia”.

Un primer desarrollo de este deber se ha producido mediante el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social (BOE núm. 279, de 21 de noviembre). Por su parte, Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad, contempla que en los pliegos de condiciones de todos

² Accesibilidad, en este contexto, significa accesibilidad para las personas con limitaciones funcionales (discapacidades).

los concursos para la adjudicación de servicios regulares interurbanos de transporte de viajeros por carretera se harán constar, como mínimo, las condiciones exigidas sobre accesibilidad para facilitar el uso de los vehículos a las personas con discapacidad (apartado 2.4 del Anexo IV sobre las condiciones básicas de accesibilidad al transporte por carretera).

No existe ningún elemento que permita dudar de la efectividad de estos mandatos introducidos por la normativa española.

65. ¿Piensa que algunos de los procedimientos previstos en las Directivas actuales³ (como el diálogo competitivo y los concursos de proyectos) resultan especialmente adecuados para tener en cuenta las políticas medioambiental, social, de accesibilidad y de innovación?

Dado su objeto, el dialogo competitivo y los concursos de proyectos son especialmente idóneos para tener en cuenta políticas tales como las de innovación y accesibilidad. En cualquier caso, en nuestra opinión, se puede reforzar de modo más eficaz la introducción de políticas sociales, de accesibilidad y de innovación en las compras públicas sin necesidad de reformar los actuales procedimientos de licitación.

66. ¿Qué cambios propondría introducir en los procedimientos establecidos en las Directivas actuales para tener lo más en cuenta posible los objetivos políticos mencionados, salvaguardando al mismo tiempo el respeto de los principios de no discriminación y transparencia, que garantizan condiciones equitativas para todas las empresas europeas? La utilización de tecnologías innovadoras de la información y la comunicación, ¿podría ayudar específicamente a los contratadores a realizar los objetivos de Europa 2020?

En nuestra opinión, la incorporación objetivos políticos a la contratación pública puede realizarse de forma eficaz sin introducción de cambios procedimentales.

67. ¿Encuentra que hay casos en los que la restricción a proveedores locales o regionales pueda estar justificada por razones legítimas y objetivas que no estén basadas en consideraciones estrictamente económicas?

En nuestra opinión, en principio no existen motivos que justifiquen la restricción a proveedores locales o regionales.

68. ¿Piensa que permitir la utilización del procedimiento negociado con publicación previa como procedimiento estándar podría ayudar a tener en cuenta mejor consideraciones relacionadas con políticas como las de medio ambiente, las

³ Para la descripción de los procedimientos, véase la sección 2.1.

políticas sociales y las de innovación, entre otras? ¿O sería demasiado elevado el riesgo de discriminación y restricción de la competencia?

El cambio propuesto puede producir intolerables falseamientos de la competencia, incrementando los riesgos de discriminación y dificultando en consecuencia que se incremente la eficacia en el gasto público. Existen otras medidas que permitirían de un modo más eficaz introducir políticas sociales, medio ambientales y de innovación en las políticas de compra pública (Vid. respuesta a pregunta 21).

Aplicación de los criterios de selección más pertinentes

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

El menor índice de siniestralidad laboral y la prevención de riesgos laborales, el mayor grado de estabilidad laboral de la plantilla de la empresa, el mayor porcentaje de trabajadores con contrato indefinido sobre el total de la plantilla podrían admitirse como criterios de selección ya que son criterios que reflejan las cualidades sociales de la empresa. El Tribunal Supremo español, en su TS en su sentencia de 26 de junio de 2006 (Ref. Arz. 2006\6108) ha reconocido que “la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia”.

Por otro lado, puede emplearse la posibilidad de que el licitador utilice como medio para acreditar su solvencia técnica o profesional estar en posesión de determinadas etiquetas sociales, códigos de conducta o distintivos empresariales como la Norma SA 8000 desarrollada por la SAI (Social Accountability International) AccountAbility 1000 (AA1000) y OSHAS 18001 (Occupational Health and Safety Management Systems).

Utilización de los criterios de adjudicación más apropiados

70. El criterio de la oferta económicamente más ventajosa parece ser el más apropiado para la promoción de otros objetivos políticos. ¿Piensa que, para tener mejor en cuenta esos objetivos políticos, sería útil cambiar las normas

existentes (para determinados tipos de contratos/algunos sectores específicos/en circunstancias concretas) a fin de:

70.1.1.- eliminar el criterio del menor precio únicamente

70.1.2.-limitar la utilización del criterio del precio o la importancia que los poderes adjudicadores pueden atribuirle;

70.1.3.- introducir una tercera posibilidad de criterios de adjudicación, además de las del menor precio y la oferta económicamente más ventajosa? En tal caso, ¿qué criterio alternativo propondría que permitiera, al mismo tiempo, promover otros objetivos políticos más eficazmente y garantizar condiciones equitativas y una competencia leal entre las empresas europeas?

En nuestra opinión, la fase de adjudicación no es la que más potencialidades permite para la introducción de políticas de compras públicas sostenibles e innovadoras. Es más, la inclusión de criterios alternativos podría producir un falseamiento innecesario de la competencia. Es en la fase de selección del contratista y en la de ejecución del contrato dónde deben incluirse este tipo de consideraciones, de forma que se permita a las empresas competir en condiciones realmente equitativas. La exigencia de determinados estándares sociales y medioambientales debe producirse como parámetro previo a la participación de en los procedimientos de licitación y no en la fase de valoración de las ofertas, porque ello adulteraría las condiciones de competencia efectiva. Por todo lo anterior, no aconsejamos introducir una tercera posibilidad de criterios de adjudicación, ya que el criterio de oferta económicamente más ventajosa permite la inclusión de determinadas cláusulas de compra sostenible, sobre todo medioambientales, si van ligadas con el objeto del contrato.

Aunque el criterio del precio más bajo puede ser útil en determinadas compras (así suministros fuertemente estandarizados) no es el más idóneo en multitud de ocasiones. Por eso no resultaría descabellado impedir su utilización exclusiva en determinados supuestos. Así lo hace el legislador español en el art. 134.3 LCSP.

71. ¿Piensa que, en cualquier caso, la puntuación atribuida a criterios medioambientales, sociales o de innovación, por ejemplo, debería limitarse a un máximo fijado, de manera que estos criterios no adquieran más importancia que los relativos al rendimiento o a los costes?

En nuestra opinión, el empleo de criterios de adjudicación medioambientales, sociales o de innovación debe limitarse aquellos supuestos en los que estén relacionados con el objeto del contrato, para evitar distorsiones en la competencia. Entendida así la posibilidad de emplear estos tipos de criterios de adjudicación, debe permitirse al órgano de contratación determinar su valor relativo de acuerdo con las necesidades que

pretenda satisfacer atendiendo, lógicamente, a una idea de proporcionalidad y razonabilidad del criterio.

72. ¿Piensa que la posibilidad de incluir criterios medioambientales o sociales en la fase de adjudicación se conoce y se utiliza? En su opinión, ¿debería explicarse mejor en la Directiva?

No se puede, en nuestra opinión, señalar que en la práctica española se conozcan suficientemente las posibilidades de introducción de criterios sociales o medioambientales en la fase de adjudicación (existen, no obstante documentos de interés, como el Informe I/2006, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre utilización de criterios ambientales). La propia norma cabecera del Ordenamiento interno, la LCSP no ayuda a los órganos de contratación, ya que su tenor no es ni mucho menos fácilmente comprensible (art. 134.1 LCSP)⁴.

Es más, existe el temor de que se estén empleado erróneamente este tipo de criterios, que se llegan a desvincular del objeto del contrato. Así, en determinadas guías elaboradas por poderes adjudicadores se hace entender que añadiendo una finalidad social al objeto del contrato (contrato de obras incluya como “objeto” la lucha contra el desempleo) es posible la utilización de criterios sociales, lo que en nuestra opinión es más que dudoso (en realidad, no es que el objeto contractual sea doble, sino que se añade una finalidad a la contratación). En consecuencia, en nuestra opinión resulta inaplazable que la Directiva explique mejor la posibilidad de incluir criterios medioambientales y sociales en la fase de adjudicación.

73. En su opinión, ¿debería ser obligatorio tener en cuenta los costes del ciclo de vida a la hora de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, especialmente en el caso de los grandes proyectos? En tal caso, ¿consideraría necesario o apropiado que los servicios de la Comisión elaborasen una metodología para el cálculo de los costes del ciclo de vida?

En nuestra opinión, los costes del ciclo de la vida son un elemento de gran importancia para determinar la oferta económicamente más ventajosa. No obstante, si se quiere que dicho criterio funcione real y eficazmente, no puede imponerse hasta que se

⁴ «Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. (subrayado nuestro)».

elabore una metodología para el cálculo de los costes del ciclo de la vida, pues no se puede confiar en que todos los poderes adjudicadores estén preparados para realizar por sí mismos este tipo de metodologías.

Imposición de cláusulas adecuadas de ejecución del contrato

- 74. Las cláusulas de ejecución del contrato son la fase del procedimiento más apropiada para incluir consideraciones sociales relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores que participen en la ejecución del contrato. ¿Está de acuerdo? Si no es así, ¿cuál podría ser, en su opinión, la mejor solución alternativa?**

La fase de selección del contratista y las cláusulas de ejecución del contrato constituyen las fases procedimentales más apropiadas para incluir consideraciones sociales relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores, así como de consideraciones ambientales.

- 75. En su opinión, ¿qué tipo de cláusulas de ejecución del contrato serían especialmente apropiadas para tener en cuenta aspectos sociales, medioambientales y de eficiencia energética?**

Existe un amplio elenco de cláusulas de ejecución del contrato especialmente apropiadas. Sirva como ejemplo; las que tengan como objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, empleo de personas desempleadas, obligación de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional, la obligación de realizar prácticas más respetuosas con el medio ambiente que las exigidas por la legislación nacional, medidas orientadas a la menor producción de residuos, ahorro del consumo de agua, empleo de productos de la mayor eficiencia energética, etc.

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

A nivel de la UE debería fijarse la obligación de respetar las disposiciones de los Convenios fundamentales de la OIT en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional. De hecho debiera señalar esta obligación expresamente para cumplir con el Convenio OIT núm. 94 relativo a las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas en los suministros, obras o servicios que contrata, y que se financian con fondos públicos.

Podría reconocerse igualmente en el articulado de la Directiva la obligación de respetar durante la ejecución del contrato las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como europeos, vigentes en materia de condiciones de trabajo y de seguridad del trabajo.

Comprobación de los requisitos

77. ¿Piensa que el marco actual de contratación pública de la UE debe proporcionar soluciones específicas para tratar la cuestión de la comprobación de los requisitos a lo largo de la cadena de suministro? En caso afirmativo, ¿qué soluciones propondría para abordar esta cuestión?

Para que la inclusión de cláusulas sociales sea realmente efectiva, la UE debe proporcionar soluciones específicas para tratar la cuestión de comprobación de los requisitos a lo largo de la cadena de suministros. Así, podría preverse la posibilidad de exigir a las empresas un compromiso con los derechos laborales a lo largo de la cadena de producción que sea verificable a través de una certificación social o una auditoría externa independiente.

78. ¿Cómo se podría ayudar mejor a los poderes adjudicadores a comprobar los requisitos? ¿Facilitarían su labor el desarrollo de sistemas y documentación normalizados de evaluación de la conformidad y la utilización de etiquetas? Si se adopta este tipo de planteamiento, ¿qué puede hacerse para reducir todo lo posible las cargas administrativas?

Aunque puede llevar un incremento de las cargas administrativas, el desarrollo de etiquetas sociales nos parece el sistema más sencillo para que los poderes adjudicadores puedan comprobar estos requisitos. La tramitación de la correspondiente certificación ha de ser ágil, y los criterios para su aplicación objetivos, no discriminatorios y fácilmente comprensibles para las empresas, para que no se produzca un incremento desproporcionado de las cargas administrativas. Esta solución se nos antoja algo descuidada por parte del Derecho de la Unión europea.

Vínculo con el objeto/con la ejecución del contrato

79. Algunas partes interesadas sugieren que se flexibilice o incluso que se suprima la condición de que los requisitos impuestos por el poder adjudicador deben estar vinculados al objeto del contrato (esto permitiría exigir, por ejemplo, que

los licitadores apliquen una política de igualdad de género en el empleo o que empleen determinada cuota de categorías específicas de personas, como desempleados, personas con discapacidad, etc.). ¿Está de acuerdo con esta propuesta? En su opinión, ¿cuáles serían las ventajas o las desventajas de relajar o eliminar el vínculo con el objeto?

En nuestra opinión, es posible relajar las exigencias de vínculo con el objeto contractual en aquellas fases contractuales en las que esta matización no produzca una distorsión de la competencia. Así, si se relaja esta vinculación en la fase de selección o en la de ejecución, no sólo no se falsea la competencia, sino que en realidad lo que se permite es la competencia sobre la base de condiciones equitativas, ya que las ofertas de las empresas están destinadas a cumplirse en idénticas condiciones sociales y ambientales. Como desventaja hay que asumir que el precio de las ofertas pueda ser más elevado.

80. Si se relaja el vínculo con el objeto, ¿qué mecanismos correctores, en su caso, deberían aplicarse para mitigar los riesgos de discriminación y de restricción considerable de la competencia?

No aconsejamos que se relaje el vínculo con el objeto. Es más, debería insistirse en la necesidad de que exista ese vínculo y que sea claro y directo.

81. ¿Cree que las PYME podrían tener problemas para cumplir los requisitos? De ser así, ¿cómo debería, a su juicio, tratarse esta cuestión?

Se puede admitir la existencia de un cierto riesgo de incrementar las dificultades para las PYMEs. Este riesgo debería mitigarse mediante el apoyo a políticas de refuerzo de los mecanismos de responsabilidad social y medio ambiental de la empresa y empleo medidas específicas de apoyo a PYMES en el marco de la contratación pública (vid. respuestas al apartado 3.1).

82. Si cree que el vínculo con el objeto debería relajarse o eliminarse, ¿en cuál de las etapas sucesivas del proceso de contratación debería hacerse?

82.1.-¿Considera que, al definir las especificaciones técnicas, es conveniente atenuar el requisito de que las especificaciones relacionadas con el proceso y con los métodos de producción estén vinculadas a las características del producto, a fin de dar cabida a elementos que no están reflejados en las características del producto (por ejemplo, cuando se compra café, pedir al proveedor que pague a los productores una prima que deberá invertirse en actividades encaminadas a promover el desarrollo socioeconómico de las comunidades locales)?

En nuestra opinión, este tipo de consideraciones pueden incluirse con menor dificultad en el ámbito de las condiciones de ejecución. De otro modo se puede dificultar la comparación de ofertas homogéneas por parte del poder adjudicador.

82.2.-¿Piensa que la legislación de la UE sobre contratación pública debería permitir a los poderes adjudicadores aplicar criterios de selección basados en características de las empresas no vinculadas al objeto del contrato (por ejemplo, exigir a los licitadores que apliquen una política de empleo que respete la igualdad de género, o una política general de cuotas de empleo de categorías específicas de personas, por ejemplo, desempleados, personas con discapacidad, etc.)?

Como hemos señalado en la respuesta a la pregunta 69, en nuestra opinión se debería permitir a los poderes adjudicadores aplicar criterios de selección basados en características de las empresas no vinculadas al objeto del contrato. Las características subjetivas de las empresas y su fiabilidad están relacionadas con la calidad de la prestación. Además, la fase de selección cualitativa tiene un alto potencial para la introducción de nuevas estrategias políticas en la contratación pública.

82.3.-¿Considera que el vínculo con el objeto del contrato debería atenuarse o eliminarse en la fase de adjudicación para tener en cuenta otras consideraciones políticas (por ejemplo, dar más puntos a los licitadores que empleen a desempleados o a personas con discapacidad)?

En nuestra opinión, en esta fase no debería atenuarse el vínculo con el objeto del contrato, pues se impediría al poder adjudicador comparar ofertas homogéneas, lo que provocaría una distorsión de la competencia (vid. respuesta a la pregunta 70).

82.3.1-Otros criterios de adjudicación que no fueran los del menor precio o la oferta económicamente más ventajosa y que no estuvieran vinculados al objeto del contrato podrían separar la aplicación de las normas de contratación pública de la UE de la de las normas sobre ayudas estatales, ya que la adjudicación de contratos con arreglo a criterios no económicos podría conllevar la concesión de ayudas estatales, lo cual podría resultar problemático conforme a las normas de la UE al respecto. ¿Comparte esta inquietud? En caso afirmativo, ¿cómo debería tratarse esta cuestión?

No consideramos pertinente la admisión de otros criterios de adjudicación (vid. respuesta a la pregunta 70).

82.4¿Piensa que la legislación de la UE sobre contratación pública debería permitir a los poderes adjudicadores imponer cláusulas de ejecución del contrato que no

estén estrictamente vinculadas al suministro de los productos o a la prestación de los servicios en cuestión (por ejemplo, exigir al contratista que organice servicios de guardería para sus empleados o exigir que se asigne determinada cantidad de la retribución a proyectos sociales)?

La legislación de la UE sobre contratación pública debería permitir a los poderes adjudicadores imponer cláusulas de ejecución no estrictamente vinculados con el objeto contractual, si se quiere que sea efectiva la utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos (vid. respuestas a preguntas 74 y 75).

4.2. «QUÉ COMPRAR» EN APOYO DE LOS OBJETIVOS POLÍTICOS DE EUROPA 2020.

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

La introducción de obligaciones a nivel de la UE sobre «qué comprar», aunque sería sin duda una medida efectiva, podría plantear enormes dificultades atendiendo al tamaño, capacidad económica de los distintos poderes adjudicadores y las diferencias de entorno económico existentes en la UE. Por ello, a nivel de la UE se considera más adecuada una política e incentivos para la contratación de determinados tipos de bienes o servicios. También una política destinada a dar a difundir, y hacer más atractiva la compra pública sostenible. El ejemplo de las políticas llevadas a cabo en los Países Bajos nos parece muy interesante⁵.

Por otro lado, si se reputa necesario, debe ser la legislación nacional la que imponga las decisiones sobre «qué comprar».

84. ¿Piensa que, si se adoptan nuevas obligaciones relativas a «qué comprar» a nivel de la UE, estas deberían recogerse en la legislación sobre políticas específicas (medio ambiente, energía, social, accesibilidad, etc.) o, por el contrario,

⁵ Detallada en <http://www.sentemovem.nl/sustainableprocurement/index.asp>.

deberían imponerse con arreglo a la legislación general de la UE sobre contratación pública?

En nuestra opinión, si se adoptan nuevas obligaciones relativas a «qué comprar», éstas deben incluirse en la legislación general de la UE sobre contratación pública para evitar la fragmentación normativa de la legislación sobre contratación pública, así como para facilitar su aplicación.

85. ¿Piensa que las obligaciones sobre «qué comprar» deberían imponerse a nivel nacional? ¿Considera que esas obligaciones nacionales podrían conducir a una posible fragmentación del mercado interior? En caso afirmativo, ¿cuál sería la manera más apropiada de reducir ese riesgo?

Las obligaciones sobre «qué comprar» deberían imponerse a nivel nacional (vid. respuesta a pregunta 83). En nuestra opinión, el riesgo de fragmentación del mercado interior no es excesivamente elevado.

86. ¿Piensa que las obligaciones sobre qué comprar deben consistir en obligaciones dirigidas a los poderes adjudicadores respecto a un nivel de implantación (por ejemplo, de la contratación pública ecológica) o a las características de los bienes, servicios u obras que deben adquirir, o en criterios específicos que deben tenerse en cuenta entre otros elementos de la licitación?

Si se quiere que la utilización estratégica de la contratación pública sea eficaz, es preciso que se dote de un marco normativo transparente y que posibilite que los poderes adjudicadores y operadores económicos conozcan con claridad que se les pide en cada momento. Por ello, resulta más adecuado el establecimiento de características de los bienes, servicios u obras que se deben adquirir. Ahora bien, para facilitar una aproximación flexible a estos objetivos, una vez detallados los instrumentos (mediante descripción de las características) se puede imponer obligaciones progresivas respecto al nivel de implantación. En consecuencia, ambas aproximaciones no son excluyentes.

86.1.-¿Qué margen de maniobra se debe dejar a los poderes adjudicadores a la hora de tomar decisiones de compra?

En nuestra opinión, dado que la capacidad de gasto de los poderes adjudicadores no es homogénea, con carácter general deben retener un importante margen de maniobra para tomar decisiones de compra.

86.2.-¿Deben los requisitos obligatorios fijar tan solo un nivel mínimo, de manera que los poderes adjudicadores puedan fijar requisitos más ambiciosos?

Se debe permitir a los poderes adjudicadores fijar requisitos más ambiciosos; no existe ningún obstáculo que lo impida y ello permitiría implementar las potencialidades de la utilización estratégica de la contratación pública.

87. En su opinión, ¿cuál sería el mejor instrumento para tratar el desarrollo tecnológico por lo que respecta a la tecnología más avanzada (por ejemplo, encargar a una entidad que supervise qué tecnología ha alcanzado la fase más avanzada de desarrollo, o exigir a los poderes adjudicadores que tengan en cuenta, entre los criterios de adjudicación, el de cuál es la tecnología más avanzada, o por otros medios)?

El establecimiento de un control por parte de entidades de supervisión puede llevar un incremento de las cargas/costes administrativos. Se considera más adecuado exigir a los poderes adjudicadores que tengan en cuenta la tecnología más avanzada como criterios de adjudicación y potenciar la admisibilidad de mejoras –o en su caso, variantes- siempre que no alteren el objeto del contrato y su ponderación sea conocida de antemano con el objetivo de garantizar el principio de igualdad de trato. Se debe tener en cuenta como mejora la cláusula de progreso que se ofrezcan por los licitadores.

88. La introducción de criterios u objetivos obligatorios sobre qué comprar no debe llevar a la eliminación de la competencia en los mercados de contratación. ¿Cómo puede tenerse en cuenta el propósito de no eliminar la competencia a la hora de establecer esos criterios u objetivos?

Los Países Bajos han adoptado una política muy ambiciosa de contratación pública sostenible. Los Tribunales holandeses han refrendado esta actuación⁶, comprobando que en las licitaciones objeto de examen no se introducen condiciones desproporcionadas al existir un abanico notable de suministradores capaces de cumplir los estándares, incluidos suministradores de otros países europeos. Esta orientación nos parece muy adecuada.

89. ¿Considera que la imposición de obligaciones sobre «qué comprar» incrementaría la carga administrativa, en especial para las pequeñas empresas? En tal caso, ¿cómo podría reducirse este riesgo? ¿Qué tipo de medidas de aplicación o de orientación deberían acompañar a estas obligaciones?

Se puede admitir la existencia de un cierto riesgo de incrementar las dificultades para las PYMEs si se imponen obligaciones sobre «qué comprar». Este riesgos debería mitigarse mediante el apoyo a políticas de refuerzo de los mecanismos de responsabilidad

⁶ Sirva como ejemplo el caso Groningen, Tribunal de Distrito de Groningen, sentencia 23-11-2007 (97093/KG ZA 07-320) Disponible (en holandés) en la siguiente dirección electrónica: http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=lijn&lijn=BL7898&u_lijn=BL7898. Vid igualmente caso Alkmaar and Den Helder, sentencia del Tribunal de Distrito de Alkmaar.

social y medio ambiental de la empresa y empleo medidas específicas de apoyo a PYMES en el marco de la contratación pública (vid. respuestas al apartado 3.1). Si se incentiva las prácticas vinculadas a la responsabilidad social de las empresas desde distintos frentes, no tendría por qué suponer una carga

- 90. Si no está usted a favor de que se impongan obligaciones sobre «qué comprar», ¿consideraría apropiados otros instrumentos (por ejemplo, recomendaciones u otros incentivos)?**

Consideramos más adecuada la política de incentivos, o la de recomendaciones, mediante la elaboración de manuales detallados dónde se expliquen las condiciones que deben reunir los productos o servicios para que las compras públicas de los distintos productos sean sostenible.

4.3. INNOVACIÓN

- 91. ¿Piensa que es necesario promover o incentivar más la innovación a través de la contratación pública? ¿Qué incentivos o medidas apoyarían y acelerarían la aceptación de la innovación por los organismos públicos?**

En nuestra opinión, es un hecho evidente que se puede impulsar de un modo más eficaz la innovación a través de la contratación pública incorporando las denominadas cláusulas de progreso y valorando como solvencia el carácter innovador de la empresa.

- 92. ¿Piensa que el diálogo competitivo permite suficiente protección de los derechos de propiedad intelectual y de las soluciones innovadoras, de tal manera que los licitadores no se vean privados de los beneficios de sus ideas innovadoras?**

Carecemos de suficientes datos empíricos que nos permitan afirmar el diálogo competitivo permite suficientemente la protección de los derechos de propiedad intelectual.

- 93. ¿Piensa que otros procedimientos servirían mejor al requisito de fortalecer la innovación protegiendo las soluciones originales? En tal caso, ¿qué tipo de procedimientos serían los más apropiados?**

La admisibilidad de mejoras —excepcionalmente variantes— en el resto de procedimientos permite fortalecer la innovación.

- 94. En su opinión, el planteamiento de la contratación precomercial, que implica que los poderes adjudicadores contraten servicios de I+D para el desarrollo de**

productos que aún no están disponibles en el mercado, ¿es adecuado para fomentar la innovación? ¿Es necesario ampliar la puesta en común de las mejores prácticas o el análisis comparativo de las prácticas de contratación de I+D utilizadas en los Estados miembros para extender el uso de la contratación precomercial? ¿Podría haber otros medios, no recogidos explícitamente en el marco jurídico actual, por los cuales los poderes adjudicadores pudieran solicitar el desarrollo de productos o servicios aún no disponibles en el mercado? ¿Le parece que los poderes públicos podrían fomentar con medidas específicas la participación de las PYME y las empresas incipientes en la contratación precomercial? 95.-¿Hacen falta otras medidas específicas para promover la capacidad de innovación de las PYME? En tal caso, ¿qué tipo de medidas específicas propondría?

En nuestra opinión, la contratación precomercial tiene un enorme potencial aún no desarrollado. La puesta en común de las mejores prácticas o el análisis comparativo pueden ser útiles para incrementar su desarrollo. Resulta por ello conveniente una regulación suficiente y detallada.

95. ¿Hacen falta otras medidas específicas para promover la capacidad de innovación de las PYME? En tal caso, ¿qué tipo de medidas específicas propondría?

La valoración como elemento de solvencia y la calificación de productor con etiqueta “innovadora” pueden coadyuvar a este objetivo.

96. ¿Qué tipo de medidas de evaluación de los resultados propondría para supervisar el progreso y la repercusión de la contratación pública innovadora? ¿Qué datos harían falta para estas medidas de los resultados y cómo podrían reunirse sin que ello suponga una carga adicional para los poderes adjudicadores o los operadores económicos?

Se podrían incluir auditorías independientes del rendimiento de la contratación pública innovadora. También se podrían incluir evaluaciones comparativas con respecto a rendimientos anteriores. El resultado de las auditorías debe ponerse a disposición del público en general.

4.4. SERVICIOS SOCIALES

97. ¿Considera que las características específicas de los servicios sociales deben tenerse más en cuenta en la legislación de la UE sobre contratación pública? En tal caso, ¿cómo debe hacerse?

En nuestra opinión, a salvo de la respuesta a la pregunta 97.1.1, la legislación de la UE sobre contratación pública es lo suficientemente flexible en el ámbito de la contratación de los servicios sociales. En todo caso, conviene aclarar el significado y posibilidades nacionales de esta flexibilidad.

97.1.-¿Cree que determinados aspectos relativos a la contratación de servicios sociales deben estar más regulados a nivel de la UE con el fin de mejorar su calidad? En particular:

97.1.1.-¿Deben las Directivas prohibir el criterio del menor precio para la adjudicación de contratos / limitar la utilización del criterio del precio/limitar la importancia que los poderes adjudicadores pueden dar al precio/introducir una tercera posibilidad de criterios de adjudicación, además de los del menor precio y la oferta económicamente más ventajosa?

Como complemento a la respuestas a las pregunta 70, este ámbito es especialmente idóneo para prohibir o limitar el criterio del precio.

97.1.2.-¿Deben las Directivas admitir la posibilidad de que se reserven contratos de servicios sociales para organizaciones sin ánimo de lucro? ¿Deben estas organizaciones disfrutar de otros privilegios en el contexto de la adjudicación de contratos de servicios sociales?

La disposición adicional sexta LCSP establece un criterio de preferencia a favor de las entidades sin ánimo de lucro para la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, siempre que la finalidad o actividad de dichas entidades tenga relación directa con el objeto del contrato y se encuentren en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas. El ámbito de la gestión indirecta de los servicios sociales públicos, distintas leyes autonómicas prevén en su articulado que se atribuya capacidad para contratar con las Administraciones públicas autonómicas a las entidades sin ánimo de lucro. A título de ejemplo cabe señalar que una de estas leyes es la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia. También la I Ley 3/2011 de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón aborda la regulación de **las reservas sociales de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo y de Empresas de Inserción** –de carácter obligatorio- que se determinarán anualmente por Ley de Presupuestos en forma de porcentaje mínimo y máximo sobre el importe total anual de la contratación de suministros y servicios precisos para el funcionamiento ordinario de la Comunidad Autónoma realizada en su último

ejercicio cerrado (para el año 2011 la propia Ley ya dispone una reserva de entre el 3 y el 8 por ciento en su Disposición Transitoria Cuarta).

En nuestra opinión, la admisión de reservas de estos contratos a organizaciones sin ánimo de lucro respondería a la realidad social nacional. En la fase de selección, podrían otorgarse también algunos privilegios.

97.1.3.- Flexibilizar los criterios de adjudicación o reservar contratos para determinados tipos de organizaciones podría mermar la capacidad de los procedimientos de contratación para asegurar que esos servicios sean adquiridos «al menor coste para la comunidad» y, en consecuencia, conllevar el riesgo de ayudas estatales en esos contratos. ¿Comparte estas preocupaciones?

La incorporación de criterios sociales en la contratación pública implica asumir el evidente riesgo de que la prestación se adquiriera a un mayor precio, aunque ha de considerarse que los beneficios sociales obtenidos justifican ese incremento de costes económicos a corto plazo. NO en vano el principio de eficiencia debe ser examinado desde la lógica de interconexión de parámetros económicos y sociales.

Por ejemplo, los datos económicos demuestran la rentabilidad económica de la inserción laboral de personas en situación desfavorecida, la Federación Española de Empresas de Inserción publicó en el año 2005 un estudio titulado Identificación y diagnóstico integral de las empresas de inserción en España, en el cual se indica que el flujo económico generado en cada empresa de inserción por trabajador supone 11.090,35 € anuales, y que el ahorro público por trabajador de inserción (menor coste social por persona y año para el Sector Público) es de 4.417,54 €. Lo cual, según este estudio, supone un beneficio económico estimado anual de 15.507.89 € por persona incorporada al mercado de trabajo, que en términos globales permite un ahorro anual de unos 10,1 millones de euros en políticas sociales públicas.

Sin duda la reserva de contratos es una opción no solo conveniente sino necesaria. Debería igualmente analizarse la problemática de la colaboración de ONGs sin ánimo de lucro en funciones asistenciales en el ámbito sanitario y social, donde bien podría preverse la reserva de contratos a empresas de dichas características debidamente registradas y que cumplen una destacada función de colaboración.

97.2- ¿Cree que otros aspectos de la contratación de servicios sociales deberían estar menos regulados (por ejemplo, mediante umbrales más altos o norma de *minimis* para estos servicios)? ¿Cómo se justificaría la concesión de este trato especial a los servicios sociales?

Zaragoza, abril de 2011.

En nuestra opinión, el marco para la contratación de servicios sociales, excepción hecha de la respuesta a la pregunta 97.1.2 es suficientemente flexible y no requiere un trato especial.

5.- ASEGURAR LA INTEGRIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS.

5.1. PREVENCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES.

98. ¿Estaría a favor de introducir una definición de la UE del conflicto de intereses en la contratación pública? ¿Qué actividades o situaciones que contengan un riesgo potencial deberían estar contempladas (relaciones personales, intereses empresariales, como la participación en el capital, incompatibilidades con actividades externas, etc.)?

El conflicto de intereses en la contratación pública supone la quiebra de uno de sus más importantes principios que es el de igualdad y, por esa razón, entendemos que debe tener una entidad propia en las Directivas sobre contratación pública, que en este momento no tiene.

La quiebra de la imparcialidad implica la adopción por parte de los servidores públicos de decisiones que se desvían del objetivo propio de cualquier actuación administrativa con el fin de obtener alguna clase de beneficio para sí o para un tercero. Este hecho va en contra de una normativa contractual que debe estar presidida por los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato.

No podemos olvidar, además, que en esta materia, ya se ha contemplado la incorporación de los conflictos de intereses como causa de exclusión del procedimiento de adjudicación contractual. Por ejemplo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) cuando decidió actualizar su Ley Modelo, se preocupó por este mismo asunto, de manera que incorporaba al texto de la Ley Modelo la exclusión en el procedimiento contractual del proveedor o contratista que hubiera ofrecido algún incentivo, gozase de alguna ventaja competitiva desleal o que se encontrase en una situación de conflicto de intereses y ofrecía una definición de conflicto de intereses (A/CN.9/WG.I/WP.64, párrafo 11, de 2 de julio de 2008).

Además de ello, y a nivel de la UE, tanto el Reglamento Financiero aplicable al Presupuesto general de las Comunidades Europeas, como los distintos Reglamentos aplicables al Fondo Europeo de Desarrollo (FED), prevén expresamente la exclusión en la adjudicación de los contratos por parte de aquellos candidatos, solicitantes o licitadores que, durante el procedimiento de adjudicación del mismo se hallen en una situación de conflicto de intereses.

99. ¿Piensa que hacen falta salvaguardias para prevenir, localizar y resolver eficazmente las situaciones de conflicto de intereses a nivel de la UE? En tal caso, ¿qué tipo de salvaguardias consideraría útiles?

Las salvaguardias debieran proceder de las dos partes de la contratación; es decir, tanto de los licitadores y candidatos, como de los propios órganos de contratación, promoviendo técnicas para garantizar la imparcialidad de las autoridades que intervienen en los procedimientos de adjudicación.

En nuestra opinión, sería necesario contemplar expresamente como un motivo de exclusión del procedimiento de adjudicación contractual el hecho de que un licitador o candidato se encuentre incurso en una situación de conflicto de intereses, e indicar qué se entiende por conflicto de intereses.

Al excluir la posibilidad de contratar con las entidades públicas a quienes se encuentren incursos en posibles conflictos de intereses, se garantizaría la integridad del procedimiento y se estaría cumpliendo con los compromisos de lucha contra la corrupción recogidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ahora bien, cabe señalar, por ejemplo, que en la legislación española al tratar uno de los elementos de los conflictos de intereses, cual es el de las incompatibilidades, y referidas éstas al ámbito local, diferencia la situación que da lugar a una prohibición de contratar en atención a la financiación del contrato. Así, entiende que la única incompatibilidad en materia de contratación existe en los supuestos que el contrato se financia total o parcialmente a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes. En este caso, el elemento de incompatibilidad es que los concejales, vía un contrato público, perciban fondos del Ayuntamiento.

5.2. LUCHA CONTRA EL FAVORITISMO Y LA CORRUPCIÓN.

100. ¿Comparte la opinión de que los mercados de la contratación pública están expuestos a un riesgo de corrupción y favoritismo?

Si. La contratación pública es una de esas áreas expuestas a las prácticas corruptas en atención al elevado volumen de recursos económicos que moviliza y la influencia que sobre determinadas decisiones comporta. Dichos porcentajes constituyen un incentivo para que las empresas, mediante el uso de prácticas corruptas, intenten obtener posiciones más favorables que sus competidores. Esta aseveración parece además confirmarse por los numerosos casos de corrupción vinculados a la adjudicación de contratos públicos que van más allá de casos aislados y que se manifiestan tanto en países en vías de desarrollo como en países desarrollados.

Además de ello, y en el ámbito de la UE, podemos observar que a través de los resultados de los Eurobarómetros *Attitudes of Europeans towards Corruption* (2007 y 2009) un importante porcentaje de los encuestados también relaciona directamente corrupción con contratación pública, puesto que a la pregunta: “En su país, ¿cree usted que la entrega y aceptación de sobornos o el abuso de posiciones de poder para beneficio personal

están ampliamente extendidos entre las siguientes actividades?”, uno de cada dos europeos encuestados considera que la corrupción se encuentra arraigada entre los funcionarios y los agentes encargados de la adjudicación de contratos públicos.

¿Piensa que es necesaria una actuación de la UE en este ámbito o debe dejarse únicamente a los Estados miembros?

La UE debe actuar necesariamente en este ámbito por el peligro que entraña determinadas formas de delincuencia con una dimensión transnacional en un espacio sin fronteras como es el europeo. Ello a pesar de que la preocupación de los ciudadanos europeos ante los distintos casos de corrupción se manifiesta sobre todo a nivel nacional, pues una mayoría cree que las actuaciones para prevenir y luchar contra este fenómeno se deben producir, sobre todo, en el ámbito judicial y por parte de los gobiernos nacionales [59% y 57% según los resultados de los Eurobarómetros *Attitudes of Europeans towards Corruption* (2007 y 2009)].

La UE debiera seguir profundizando en establecer una estrategia anticorrupción general, no sólo centrada en el ámbito de la contratación pública, y que incluya tanto mecanismos de prevención, como represivos.

En nuestra opinión, la lucha contra la corrupción requiere un enfoque pluridisciplinar que se integre con otras políticas de la Unión a fin mantener la necesaria coherencia entre todas ellas. No podemos olvidar de que se trata de un importante problema dentro de las fronteras de la UE si atendemos a los resultados del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de la ONG Transparencia Internacional correspondientes a los Estados miembros durante el periodo 2004 – 2010, puesto que de los 27 Estados que conforman la Unión más de un 25 por ciento de ellos (de 6 a 8 según los años) se sitúan por debajo de una puntuación óptima de 5, lo que supone un elevado porcentaje.

No puede olvidarse que es este el escenario adecuado en tanto los efectos nocivos de la corrupción se manifiestan claramente en el ámbito económico, pero igualmente inciden a nivel social y político (tal y como bien destaca T. MEDINA) y para ello el ámbito comunitario es el más adecuado.

101. En su opinión, ¿cuáles son los riesgos críticos que afectan a la integridad en cada fase del proceso de contratación pública (definición del objeto, preparación de la licitación, fase de selección, fase de adjudicación y ejecución del contrato)?

Las prácticas corruptas en la contratación pública pueden surgir en cualquiera de las fases del procedimiento de adjudicación contractual, pues aunque las posibilidades de corruptelas son más elevadas durante la evaluación de las ofertas de cara a la selección del contratista, los riesgos no se limitan a esa fase contractual.

En la fase precontractual puede, por ejemplo, crearse una demanda artificial de bienes y servicios innecesarios que no satisfagan necesidades reales del órgano de contratación. Asimismo, puede facilitarse información que otorgue ventaja a determinados licitadores con respecto a otros, o bien las especificaciones técnicas empleadas para identificar el objeto del contrato pueden limitar la presentación de ofertas competitivas al direccionarse en favor de determinados licitadores, de tal manera que solamente unos pocos las puedan satisfacer.

Las irregularidades por corrupción también pueden afectar a los mecanismos de adjudicación contractual al limitar la concurrencia de posibles interesados en el contrato. Por ejemplo, recurriendo al procedimiento negociado cuando no se dan las circunstancias para ello, o fraccionando el objeto del contrato para sustraerse a las reglas de publicidad y concurrencia.

En la fase de adjudicación del contrato los principales riesgos pueden ocasionarse: (a) por la falta de claridad a la hora de fijar los criterios de adjudicación, (b) por una ponderación inadecuada de dichos criterios, (c) por la ausencia de comunicación a los candidatos y a los licitadores sobre las decisiones relativas a la adjudicación del contrato, (d) por un sistema de recursos ineficaz ante las decisiones de adjudicación y, por último, (e) por la celebración de contratos con determinadas personas que se encuentran incursas en incompatibilidades o en situación de conflicto de intereses que pueden influir o mediar en favor de determinados licitadores.

En la fase de ejecución contractual son múltiples también las causas que pueden favorecer las prácticas corruptas y ocasionar una distorsión del sistema contractual. En primer lugar, por el abuso de la subcontratación; en segundo lugar, por la utilización arbitraria de las prórrogas del contrato, y finalmente, lo que parece constituir un seguro refugio para la corrupción, por la utilización fraudulenta de la revisión de precios y de la posibilidad de modificación contractual con la única finalidad de revertir en el precio del contrato los pagos realizados en concepto de sobornos, incrementando, en ocasiones de manera obscena, su importe final.

Otros riesgos pueden surgir también en el momento del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato como, por ejemplo, rebajando la calidad en las prestaciones objeto del contrato, o bien realizando pagos por trabajos no realizados o por unidades de obra no ejecutadas. Igualmente los riesgos pueden acechar desde los servidores públicos cuando, a cambio de un precio, acortan los plazos para efectuar el pago del contrato, o cuando, por el contrario, retienen su pago en espera de la obtención de un beneficio.

102. En su opinión, ¿cuáles de los riesgos encontrados deben tratarse introduciendo normas nuevas o más específicas en las Directivas sobre contratación pública de la UE, y de qué manera (qué normas o salvaguardias)?

En las Directivas de la UE sobre contratación pública se debe seguir insistiendo en medidas de carácter preventivo, pero quizá falte articular un mecanismo más estricto respecto de las prohibiciones de contratar menos formal y que proteja efectivamente la idea de honorabilidad.

Así, las alternativas para hacer frente al flagelo de la corrupción en la contratación pública se deben seguir basando en una normativa contractual presidida por los principios de transparencia e igualdad de trato, pero sin descuidar los mecanismos de vigilancia y control de cara a verificar el cumplimiento de la legalidad en todas las fases contractuales, también en la fase de ejecución contractual.

De esta manera, aquel licitador o candidato que haya realizado declaraciones falsas respecto de su aptitud para contratar, o muestre su falta de profesionalidad a lo largo del contrato, debiera ser excluido en futuras licitaciones mediante un procedimiento de descalificación o inhabilitación que, por supuesto, sea respetuoso con los derechos del licitador o candidato, pero que tenga un verdadero efecto disuasivo para quien pretenda contratar con una entidad del sector público.

103. ¿Qué instrumentos adicionales podrían proporcionar las Directivas para hacer frente a la delincuencia organizada en la contratación pública? ¿Estaría a favor, por ejemplo, de que se estableciera un control previo de la subcontratación?

Como se ha señalado con anterioridad, las medidas destinadas a luchar contra la corrupción desde las Directivas de la UE sobre contratación pública debieran ser, sobre todo, de carácter preventivo, pero previniendo cambios en la regulación de las prohibiciones de contratar.

Y es que, en este momento en el cual la base jurídica del Tercer pilar ha quedado obsoleta tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), podría evaluarse la conveniencia de ajustar las definiciones de delitos tales como corrupción y delincuencia organizada a la metodología comunitaria y proceder a su «comunitarización». Incluso incorporando definiciones de estos delitos en las Directivas sobre contratación pública y haciendo depender de ellas las prohibiciones de contratar. En todo caso, conviene aclarar cuando despliega efectos esta prohibición evitando que largos procesos judiciales demoren o impidan de hechos sus efectos. Así, la apertura de un juicio oral debería ser suficiente para que la prohibición desplegase sus efectos.

Respecto de la subcontratación, tal como he indicado en la pregunta 101, el uso incorrecto de esta figura puede llegar a desvirtuar el objetivo de la normativa contractual. Una solución a este respecto, podría ser que tanto el licitador y el candidato como el subcontratista con quien se va a concertar la realización de más de un determinado porcentaje del valor del contrato, debieran acreditar ante el órgano de contratación, y

antes de la formalización del contrato que disponen de los requisitos de aptitud para poder contratar (capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar).

Para cumplir este fin hay que reforzar los mecanismos de control tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de cuentas, Agencias de Lucha antifraude⁷ y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido. Hay que exigir una mayor cualificación y responsabilidad de los “gestores” públicos (evitar la politización). Debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos.

5.3. EXCLUSIÓN DE LOS LICITADORES DESHONESTOS.

104. ¿Piensa que el artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE sobre la exclusión de los licitadores es un instrumento útil para sancionar los comportamientos empresariales ilícitos? ¿Qué mejoras de este mecanismo o qué mecanismos alternativos propondría?

El establecimiento de las prohibiciones de carácter obligatorio que se contemplan en el artículo 45.1 de la Directiva 2004/18/CE fue concebido como un mecanismo de lucha contra determinados tipos delictivos; sin embargo, en nuestra opinión no cumplen con esta finalidad debido a tres circunstancias:

1. Dificultades de precisión normativa. El efecto disuasorio se desvirtúa ante un aspecto tan concreto como es la falta de calificación común respecto de los elementos integradores de las infracciones penales que dan soporte a estas prohibiciones. Asimismo, tras examinar cómo los Estados miembros han transpuesto el artículo 45.1 de la Directiva 2004/18/CE a su Derecho interno, se puede afirmar la existencia de diferencias significativas respecto de los criterios adoptados para definir las conductas delictivas que originan una prohibición de contratar de carácter obligatorio. Además, existen importantes diferencias en cuanto a la criminalización nacional de estas conductas, es decir, en los Estados miembros conviven diversas fórmulas de tipificación respecto de los delitos abordados.

⁷ Un ejemplo es la Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), de la Oficina Antifraude de Cataluña crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público. En Portugal, desde hace un par de años existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja “con” el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1º da Lei nº 54/2008).

2. El segundo obstáculo es de concreción práctica, de efectividad en la prevención y represión de tales conductas. El propósito de la exclusión obligatoria de convertirse en un eficaz instrumento de lucha contra la corrupción se desvanece ante la falta de información a los órganos de contratación de las sentencias que recogen las condenas por corrupción. Esta carencia dificulta la aplicación práctica de la medida no sólo entre Estados miembros, sino también dentro de las fronteras de cada Estado. Se debiera proceder a una interconexión electrónica de los registros que recojan prohibiciones de contratar o inhabilitaciones del contratista

3. Las dificultades continúan en la búsqueda de un procedimiento para ejecutar las resoluciones judiciales de un Estado miembro en otro Estado de la UE.

105. ¿Cómo podría reforzarse la cooperación entre los poderes adjudicadores para obtener información sobre la situación personal de los candidatos y licitadores?

En este sentido, en el ámbito del Reglamento Financiero, se están dando pasos importantes con la creación de una base de datos en la cual aparezcan recogidos los candidatos o licitadores condenados por corrupción en los distintos Estados miembros y creo que se debe incidir en la interconexión de los registros. En el Reglamento financiero se plantea, y creo que acertadamente, que antes de tomar la decisión de adjudicar un contrato financiado con recursos del Presupuesto General y del FED, el órgano de contratación garantice que ningún interesado en dicho contrato, es decir, el candidato, licitador, contratista, proveedor, prestador de servicios y los correspondientes subcontratistas, se encuentran inscritos en el Sistema de Alerta Temprana (W5) que es la alerta que se activa cuando alguno de estos interesados está en situación de exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación contractual de conformidad con el Reglamento Financiero [Artículo 9.5 de la Decisión 2008/969 (CE, Euratom), de la Comisión, de 16 de diciembre de 2008, relativa al sistema de alerta rápida para uso de los ordenadores de la Comisión y de las agencias ejecutivas y el Reglamento (CE, Euratom) 1302/2008, de la Comisión, de 17 de diciembre de 2008, relativo a la base de datos central de exclusión).

106. ¿Piensa que la cuestión de las «medidas autocorrectoras» debería tratarse expresamente en el artículo 45 o regularse sólo a nivel nacional?

En nuestra opinión las medidas de “*self cleaning*” debieran de quedar en el ámbito nacional como ocurre en la actualidad con la regulación de Austria o de Alemania; no obstante, para incidir más en este apartado concreto del artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE se debiera fijar de manera más clara qué supuestos entran dentro de la derogación del carácter obligatorio de la prohibición de contratar por entenderse de interés general, ya que al no ofrecer una definición - o un catálogo de supuestos incluidos en la excepción - dificulta su aplicación práctica.

107. La decisión razonada de rechazar una oferta o una candidatura, ¿es una sanción adecuada para mejorar el respeto del principio de igualdad de trato?

Si, siempre que cumpla con los parámetros de racionalidad y razonabilidad. Además se debe dar la posibilidad al licitador o candidato de recurrir el acto de exclusión en caso de que considere que no es adecuado su rechazo.

108. ¿Piensa que, a la luz del Tratado de Lisboa, deben desarrollarse a nivel de la UE unas normas mínimas en materia de sanciones penales, en circunstancias particulares, como las de corrupción o conflicto de intereses no declarado?

Dado que para el ordenamiento jurídico de la Unión existe un interés manifiesto en que toda disposición del Derecho de la Unión reciba una interpretación uniforme, es necesario superar los obstáculos que suponen los enfoques nacionales divergentes en el Derecho penal.

Para evitar divergencias en atención a los distintos ordenamientos penales nacionales, y dado que los conceptos de corrupción, fraude u organización delictiva a los que remiten las Directivas sobre contratación pública se forjaron sobre la base jurídica del Tercer pilar y ésta ha quedado obsoleta tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, sería más que adecuado ajustar las definiciones de estos delitos a la metodología comunitaria y proceder a su «comunitarización»⁸. Es así que resultaría recomendable que se adopten técnicas de integración a través de mecanismos de Derecho derivado (reglamentos, directivas y decisiones) que aseguren una armonización de los tipos penales comprendidos bajo estos conceptos. Esta recomendación está en línea con lo establecido por el artículo 83 TFUE que se refiere a la capacidad de la Unión en aproximar las legislaciones penales de los distintos Estados miembros mediante normas mínimas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ya no hay razones para que en las Directivas sobre contratación pública no se incluyan conceptos autónomos propios del Derecho Penal, como la definición de corrupción y de organización delictiva.

Recordemos además que ya en el trámite de elaboración de la Directiva 2004/18/CE, la Propuesta de Directiva, procedía a una definición autónoma de las conductas que estaban comprendidas en cada uno de estos tipos delictivos, COM (2000) 275 final, de 30 de agosto de 2000 (DOCE C 29E, de 30 de enero de 2001). No obstante, este concreto apartado fue cuestionado por parte del Parlamento europeo al

⁸ Esta necesidad de armonizar las disposiciones jurídicas de los Estados miembros en relación con los delitos de corrupción, ya se había puesto de manifiesto en la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de diciembre de 1995 sobre la lucha contra la corrupción en Europa (A3-0314/95) (DOCE C 17, de 22 de enero de 1996, pág. 443).

entender que esta tipificación penal por parte de las Directivas sobre contratación pública suscitaba debates inútiles sobre el fundamento jurídico que posibilitaba dicha tipificación. Por ello, la Propuesta modificada de Directiva cambió las definiciones propias por la remisión a instrumentos propios del Tercer pilar, COM (2002) 236 final, de 6 de mayo de 2002 (DOCE C 203E, de 27 de agosto de 2002).

5.4. PREVENCIÓN DE VENTAJAS INJUSTAS

109. ¿Debe haber normas específicas a nivel de la UE para tratar las ventajas de algunos licitadores por su relación previa con el diseño del proyecto objeto de la licitación? ¿Qué salvaguardias propondría?

La exclusión automática puede resultar una decisión conveniente aunque puede resultar desproporcionada si no existe riesgo de “contaminación” de ofertas.

110. ¿Piensa que el problema de las posibles ventajas de licitadores concurrentes debe tratar de resolverse a nivel de la UE y, en tal caso, de qué manera?

Sin duda es una cuestión a resolver en la normativa de la Unión Europea, fijando criterios generales claros.

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

III. ¿Cuál es su experiencia en relación con los mecanismos previstos en los artículos 58 y 59 de la Directiva 2004/17/CE, o su opinión al respecto?

III.1. ¿Deberían mejorarse estas disposiciones? En caso afirmativo, ¿de qué manera? ¿Podría ser conveniente ampliar el ámbito de aplicación de estas disposiciones más allá de la contratación de servicios públicos?

Las medidas proteccionistas ligadas a la contratación pública van en contra de los principios fundamentales desarrollados en este sector por el Derecho de la UE y dan una imagen negativa de la Unión en el exterior.

No se considera conveniente ampliar el ámbito de aplicación de estas disposiciones.

Para mejorar la simetría habría que acudir principalmente al principio de reciprocidad, apoyando la regulación al respecto en una definición precisa del citado principio.

Al contrario de lo que señala el Libro Verde, en muchos de los acuerdos en materia de contratación pública suscritos por la UE con terceros países, como ocurre con los firmados con países de América Latina, como es el caso del Tratado de Libre Comercio entre México y la UE, la práctica está demostrando que son muchas más las empresas europeas que están participando en procedimientos de contratación en México que las empresas mexicanas que se han presentado en Europa.

III.2. ¿Qué otros mecanismos propondría para mejorar la simetría en el acceso a los mercados de la contratación pública?

No se nos ocurren otros mecanismos. Podría ser conveniente organizar un foro de expertos para analizar esta concreta cuestión.

7.- OTRAS CUESTIONES.

- 113. ¿Hay otras cuestiones que le parezca que deberían tratarse en una futura reforma de las Directivas sobre contratación pública de la UE? ¿Qué cuestiones serían? En su opinión, ¿cuáles son los problemas que deben resolverse y cómo podrían enfocarse sus posibles soluciones?**

El ámbito de este cuestionario es suficientemente amplio. Introducir más cuestiones podría no ayudar a clarificar las soluciones propuestas.

- 114. Clasifique por orden de importancia las cuestiones tratadas en el presente Libro Verde y otras que a usted le parezcan importantes. Si tuviera que elegir tres cuestiones prioritarias que deberían tratarse en primer lugar, ¿cuáles serían? Explique por qué las ha elegido.**

- a) Clarificación del alcance de los principios y su significado, en tanto garantizan una política integral de contratación pública que conjugue adecuadamente los paradigmas de eficacia y eficiencia y refleje adecuadamente la idea de una gestión integra de los distintos contratos en todas sus fases.
- b) Valoración de los criterios sociales, ambientales y de innovación, en tanto permiten visualizar un mercado de los contratos públicos desde la perspectiva de la responsabilidad social estratégica, abundando en la idea del modelo social de la Unión Europea, que debe orientar a la conveniencia de “fijación de empresas”.
- c) Regulación suficiente de la fase de ejecución del contrato, en aras a garantizar la no alteración del procedimiento de licitación y la adecuada satisfacción de la prestación demandada, introduciendo técnicas de publicidad y concurrencia ante eventuales modificaciones.