



ASUNTO: PROPUESTAS DE DIRECTIVAS DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011, RELATIVAS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN.

I.- INTRODUCCIÓN

En fecha 5 de abril de 2012, el DOUE ha publicado dos propuestas de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2011, una relativa a la contratación pública y la otra a la adjudicación de contratos de concesión.



II.- PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El 20 de diciembre de 2011 fue publicada la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública. Su transposición en todos los Estados miembros deberá realizarse antes del 30 de junio de 2014.

El ámbito de aplicación de la Propuesta se circunscribe a los contratos de obra, suministro y servicio, siendo algunas de sus **principales novedades** las siguientes:

- Configuración de un régimen de contratación simplificado para poderes adjudicadores de ámbito local y regional (anuncio de información previa como convocatoria de licitación y reducción de plazos para la participación y presentación de ofertas).
- Desarrollo de la contratación electrónica (comunicación electrónica en la presentación telemática de ofertas y solicitudes, mejora de las técnicas y herramientas de contratación agregada y electrónica, etc.).
- Habilitación a poderes adjudicadores para excluir a licitadores que hayan mostrado deficiencias significativas en la ejecución de contratos anteriores, y para exigir que las obras, suministros o servicios cuenten con certificaciones medioambientales, sociales, o de otro tipo. Asimismo, se introduce el pasaporte europeo de contratación pública como instrumento acreditativo de la inexistencia de motivos de exclusión y se limitan los requisitos relativos al volumen de negocios al triple del valor del contrato.



CIRCULAR INFORMATIVA Nº 0363/2012

- Impulso a la innovación a través de la configuración de un nuevo procedimiento de licitación, la asociación para la innovación, pensada para la adquisición de productos, obras y servicios con componente innovador y transfronterizo.
- Impulso a las PYMES para lo cual, entre otras medidas, se posibilita que los Estados miembros prevean el pago directo a los subcontratistas por el poder adjudicador.
Se les adjudica el 34% de los contratos el acceso a los contratos públicos con medidas como la simplificación de la documentación preparatoria de las plicas.
- La Propuesta obliga a los estados miembros a establecer:
 - o Estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar y llevar a cabo los procedimientos de contratación
 - o Organismos de supervisión encargados de analizar el texto de los contratos celebrados que superen el millón de euros para suministros y servicios y los diez millones de euros para el resto, con el fin de garantizar que no ha mediado corrupción o favoritismo en las adjudicaciones.

Se trata con la reforma propuesta de modernizar en profundidad las herramientas e instrumentos existentes para que se adapten mejor a la evolución del contexto político, social y económico.

Para ello a su vez se ha entendido necesario, en base a los propios Tratados de la Unión Europea, diferenciar una directiva para la contratación pública (la COM (2011) 896) y otra independiente para la contratación por entidades que operen en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (la COM (2011) 895).

La reforma de la Comisión Europea tiene dos **objetivos genéricos**:

- Incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio. Esto implica, en particular, simplificar las normas sobre contratación pública vigentes. Unos procedimientos más racionales y eficientes beneficiarán a todos los operadores económicos y facilitarán la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos.



- Permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

Disponer de procedimientos de contratación comunes a nivel europeo garantiza una mayor transparencia y objetividad, dificultando a su vez la generación de favoritismos en las adjudicaciones. De cualquier manera, las propuestas permiten a cada Estado miembro una flexibilidad administrativa considerable para adaptar los procedimientos y herramientas a sus situaciones específicas. Todos estos parámetros, unidos a los de calidad y profesionalidad, benefician sin ningún género de duda a los mismos ciudadanos y al propio interés general.

La Propuesta incluye artículos totalmente novedosos y otros ya existentes a los que se ha dado nueva redacción, añadido o suprimido apartados, todo ello a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y previa consulta a los agentes que intervienen en la contratación a través del Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE (*"Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente"*).

La nueva Directiva muestra la preocupación de las Instituciones por instaurar mecanismos eficaces que aseguren el cumplimiento de un código de conducta ética del servidor público y del operador económico.

Otros aspectos de la propuesta, son la equiparación de todos los contratos de servicios, que pasarán a tener el mismo nivel de sujeción a las normas comunitarias: desaparece la distinción tradicional entre los servicios denominados prioritarios y no prioritarios (Servicios del anexo II A y del anexo II B). Los contratos de servicios que superen los umbrales cuantitativos, tendrán la consideración de contratos SARA.

Cabe destacar el trato especial que se dispensa a los contratos de servicios sociales, sin interés transfronterizo y necesitados de un trato especial que garantice la calidad, la continuidad y la accesibilidad de estas prestaciones, en atención a quienes las reciben. En la Propuesta se eleva del umbral comunitario a 500.000 € y se permite a los poderes adjudicadores tener



en cuenta las especificidades de los servicios en cuestión, en los procedimientos de adjudicación que regulen en la transposición de la Directiva.

Respecto a encomiendas de gestión y convenios de colaboración, el artículo 11, "Relaciones entre poderes públicos", define por primera vez los requisitos substantivos y formales que deben cumplir los contratos para quedar en casa, acotando escrupulosamente el concepto de medio propio. También se delimitan las condiciones han de reunir los acuerdos/convenios entre poderes adjudicadores para no ser considerados contratos públicos a efectos de la Directiva.

A destacar también el artículo 39, "**Consultas preliminares del mercado**", que permite que, antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores se dirijan a los agentes económicos para realizar consultas del mercado y acepten asesoramiento, siempre que dicho asesoramiento no impida la competencia y no dé lugar a infracciones de los principios de no discriminación y transparencia, para lo cual, el poder adjudicador deberá tomar expresas medidas.

En la práctica, estas consultas de mercado vienen realizándose pero carecen de respaldo legal. El problema de buscar asesoramiento en el mercado lo resolvió Francia hace tiempo ya que en su *Code des marchés publics*, que contempla el contrato de definición para posteriormente mediante negociación adjudicar el contrato de ejecución.

Respecto a la licitación, se contempla la decisión de permitir que **la experiencia** pueda ser admitida como criterio para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Deberá tratarse de contratos de servicios o contratos que impliquen la elaboración de proyectos de obra y la empresa habrá de acreditar que el personal encargado de ejecutar el contrato la dispone y solo así podrá valorarse.

Además de este tratamiento no penalizado de la experiencia, la Propuesta aporta en su regulación el procedimiento de licitación con negociación, una posibilidad de "generalizar" la negociación en la adjudicación de los contratos, vista no como procedimiento de adjudicación directa sino desde la necesidad de abandono de la rigidez tradicional de los procedimientos abiertos y restringidos que no favorecen el objetivo primordial del proceso que es seleccionar a la mejor empresa y a la oferta que resulte más ventajosa.



Establezcamos un marco previo en el que analizar este nuevo tratamiento de la experiencia:

- La norma actual diferencia claramente entre “criterios de solvencia” a efectos de acreditar la solvencia técnica de los licitadores que participan en una licitación, y los “criterios de valoración” para determinar la oferta más ventajosa entre todos los admitidos. Estos últimos han de tener atribuida una ponderación, y ser determinados de forma objetiva (precio del contrato, plazo de ejecución) y/o subjetiva (aspectos técnicos o de ejecución del trabajo).
- Los criterios de solvencia determinan la capacidad de las empresas, mientras que los criterios de valoración evalúan las características de la oferta. Por ello un criterio de solvencia no puede ser utilizado como criterio de valoración para determinar la oferta más ventajosa. Así, la experiencia de los licitadores no se considera un parámetro susceptible de valoración en la fase de adjudicación de un contrato.
- Sin embargo, esta Propuesta de Directiva menciona, en su artículo 66, que uno de los criterios de valoración vinculados al objeto del contrato público a efectos de determinar la oferta económicamente más ventajosa puede ser el siguiente:

(...) en el caso de los contratos de servicios y los contratos que impliquen la elaboración de proyectos de obras, podrán tenerse en cuenta la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato de que se trate, con la consecuencia de que, tras la adjudicación del contrato, dicho personal solo se podrá sustituir con el consentimiento del poder adjudicador, que deberá comprobar que las sustituciones garantizan una organización y calidad equivalentes (...).

En definitiva, esta propuesta introduce numerosas modificaciones sobre la legislación vigente, persiguiendo aportar mayor libertad a los poderes adjudicadores para seleccionar la oferta más ventajosa y simplificar los trámites administrativos a los licitadores.



III.- PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN.

Publicada el 20 de diciembre de 2011, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión incorpora una serie de previsiones con un claro propósito de aumentar la seguridad jurídica y garantizar una mayor transparencia y equidad que permita el acceso de todas las empresas europeas (en especial, las PYMES) a las oportunidades de este tipo de contratos.

Los Estados miembros deberán transponer la Directiva, una vez aprobada, a sus respectivos ordenamientos jurídicos antes del 30 de junio de 2014.

Entre las **principales novedades** incorporadas en la Propuesta destacan las siguientes:

- Como medidas tendentes a aumentar la seguridad jurídica, la Propuesta persigue delimitar nítidamente el marco jurídico aplicable a la adjudicación de concesiones. En este contexto:
 - o Se refuerza el concepto de “riesgo y ventura”, recogiendo una nueva definición de contrato de concesión en la que se hace referencia al riesgo operacional que se deriva de este tipo de contratos.
 - o Se incluyen en el ámbito objetivo de la Propuesta tanto las concesiones de obra como las de servicios, extendiendo a éstas últimas el régimen jurídico aplicable a las primeras.
 - o Se concretan los supuestos de cooperación público-público en concesiones (concesiones celebradas entre poderes adjudicadores) que, según la Propuesta de Directiva, quedarían ahora sujetos a la normativa de contratación pública.
 - o Se incluye una regulación relativa a la modificación de las concesiones por las entidades adjudicadoras durante su periodo de vigencia cuya aplicación puede suponer una limitación de los mecanismos de reequilibrio actuales, por ejemplo, ante circunstancias imprevistas.



CIRCULAR INFORMATIVA Nº 0363/2012

Como medidas para facilitar un mayor acceso de los operadores económicos a los mercados de concesiones, garantizando la transparencia y equidad en los procedimientos de adjudicación, la Propuesta:

- Impone la publicación obligatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea a los contratos de concesión que igualen o superen los 5 millones de euros y regula información mínima que debe facilitarse a los licitadores potenciales-
- Establece un plazo mínimo de 52 días para la manifestación de interés en los procedimientos de adjudicación de concesiones.
- Limita los criterios de selección a la capacidad económica, financiera y técnica del licitador y restringe el alcance de los criterios de exclusión admisibles.
- Impone la obligación de aplicar criterios objetivos de adjudicación.
- Establece una serie de procedimientos de salvaguarda a respetar en la adjudicación de concesiones, especialmente durante las negociaciones, tendentes a garantizar la equidad y transparencia de los procesos.
- Amplía el ámbito de aplicación de las Directivas "Recursos" (Directivas 89/655/CEE y 92/13/CE) a todos los contratos de concesión que estén por encima del umbral comunitario.

A destacar, respecto a esta propuesta de directiva, el **Dictamen motivado 1/2012 de la Comisión Mixta para la UE, de 6 de marzo de 2012, sobre el incumplimiento del principio de subsidiariedad por la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión.**

Y es que tras la aprobación de la directiva por la Comisión Europea, se remitió a los Parlamentos nacionales para que en un plazo de ocho semanas verificaran el control de subsidiariedad de la iniciativa, plazo que concluyó el 7 de marzo de 2012.

El Dictamen 1/2012 de la Comisión establece como conclusión que respecto a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Comisión Europea **incumple el principio de subsidiariedad** establecido en el vigente Tratado de la Unión Europea, que exige para la intervención de la Unión la plena justificación de que los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados por los Estados miembros, ni en sus niveles regional y local.



III.- CONCLUSIÓN

La revisión de las directivas sobre contratación pública se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una amplia modernización del sistema de contratación en la Unión Europea.

A su vez, también se ha elaborado una nueva propuesta de directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que hasta la fecha sólo estaban regulados en parte a escala europea.

En consecuencia las modificaciones introducidas en ambas directivas afectarán sustancialmente a la posibilidad de las firmas concursantes de salir victoriosas en las licitaciones con las administraciones públicas, por lo que deberán ser tenidas en cuenta por estas.