

**NUEVAS DIRECTIVAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA:
SECTORES CLÁSICOS, CONCESIONES Y SECTORES ESPECIALES.**

La Comisión Europea ha impulsado durante el último año la elaboración de tres nuevas directivas, cuya tramitación acontece en paralelo, para la derogación de las Directivas 2004/17/CE (sectores especiales) y 2004/18/CE (contratos públicos o sectores clásicos) y la regulación *ex novo* de la adjudicación de las concesiones. La aprobación de los textos se demora por la falta de acuerdo entre las instituciones comunitarias, si bien de mantenerse la fecha prevista de transposición (a más tardar antes del 30 de junio de 2014), será precisa una nueva reforma legislativa de la contratación pública que implicará novedades sustanciales en la materia.

Grupo de Contratos del Sector Público**Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.**

En el marco de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM (2010) 2020] y desde la constatación de que la contratación pública desempeña un papel clave, se ha iniciado un proceso de revisión de la legislación vigente impulsado a partir del *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un nuevo mercado europeo de la contratación pública más eficiente*¹.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

¹ Bruselas, 27 de enero de 2011 [COM (2011) 15 final].

El 5 de abril de 2012, el Diario Oficial de la Unión Europea publicó las siguientes propuestas de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2011:

- COM (2011) 896. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública.
- COM (2011) 895. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- COM (2011) 897. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

La finalidad perseguida es la adaptación de la legislación comunitaria a la evolución del contexto político, social y económico, redimensionar los mercados para lograr que abarquen efectivamente el ámbito de toda la Unión, exigir un cierto nivel de eficiencia energética en los contratos públicos, prevenir los conflictos de intereses, luchar contra el favoritismo y la corrupción y asegurar, en fin, la integridad de los procedimientos y garantizar un uso eficiente de los fondos públicos, dado que un 18 % del PIB se invierte en la adquisición de suministros, obras y servicios por los compradores públicos.

Desde esta perspectiva, son muchas las novedades contenidas en los textos propuestos, entre otras:

A.- Propuesta de Directiva COM (2011) 896, relativa a la contratación pública.

La directiva propuesta, que derogará la Directiva 2004/18/CE, incluye muchas novedades, entre las que merece mención:

- La flexibilización y simplificación de los procedimientos, mediante la mejora de las herramientas existentes, la potenciación de la contratación electrónica (entre otras la presentación telemática de solicitudes), el establecimiento de un régimen de contratación simplificado para los poderes adjudicadores situados por debajo de la Administración Central y la creación de un nuevo procedimiento de adjudicación - la asociación para la innovación² -.
- Se apuesta por favorecer a las PYMES³, desde el entendimiento de que facilitar su acceso a los mercados de contratación redundará en una mayor competencia - lo que a su vez reduce los precios - y les permite

² Artículo 29 del texto proyectado.

³ Ya se advirtió esta tendencia en *pro* de las PYMES y de su participación en la contratación pública en el GCSP N 31.

liberar su potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación. Este impulso a las PYMES se articula con medidas concretas como la reducción de las trabas a la contratación mediante la fijación de límites u obstáculos para su selección y la previsión de la posibilidad de solicitar el pago directo por el poder adjudicador en los supuestos de subcontratación⁴.

- Mayor transparencia en la contratación, mediante la creación de un organismo de supervisión⁵ que desarrolle actividades de apoyo jurídico, ofrezca asesoramiento y orientación en la interpretación y ejecución de los contratos⁶, instaure y aplique sistemas de alerta («*red flag*») completos y ejecutables, a fin de prevenir, detectar y notificar adecuadamente los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en el marco de una contratación y verifique el contenido de ciertos contratos⁷; así como la regulación de los conflictos de interés y las conductas ilícitas⁸.
- Novedades puntuales de gran calado:
 - o Introduce previsiones relativas a la modificación y resolución de los contratos⁹.

⁴ El apartado 2 del artículo 71 del texto proyectado prevé la posibilidad de que los Estados miembros dispongan que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera los importes adeudados directamente al subcontratista por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el contratista principal. En ese caso, los Estados miembros instaurarán los mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos.

Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en la documentación de la contratación y dicho pago se entenderá sin perjuicio de la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal.

⁵ Artículo 84 del texto proyectado.

⁶ Todas las actividades de apoyo jurídico y económico y de supervisión pueden desarrollarse a través de las estructuras existentes en los Estados miembros, sin necesidad de crear nuevos organismos.

⁷ Los poderes adjudicadores deberán transmitir al organismo nacional de supervisión el texto íntegro de todos los contratos celebrados cuyo valor sea igual o superior a:

- (a) 1 000 000 EUR en el caso de los contratos públicos de suministro o de servicios;
- (b) 10 000 000 EUR en el caso de los contratos públicos de obras.

⁸ En los artículos 21 y 22 del texto proyectado respectivamente.

⁹ El artículo 76.6 permite la modificación de los contratos sin necesidad de nuevo procedimiento de contratación cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

- (a) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podría prever;
- (b) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato;
- (c) que cualquier aumento del precio no sea superior al 50 % del valor del contrato inicial.

- Equipara todos los contratos de servicios, suprimiendo la tradicional distinción entre servicios prioritarios (Anexo II A) y servicios no prioritarios (Anexo II B), y sujetando todos a las normas comunitarias al mismo nivel.
- Mayor definición del concepto de medio propio y delimitación subjetiva y objetiva de las encomiendas de gestión y de los convenios de colaboración¹⁰.
- Permite concebir la experiencia como un criterio de selección de la oferta económicamente más ventajosa¹¹.

B.- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales COM (2011) 895.

Persigue dos objetivos complementarios:

- Incrementar la eficiencia del gasto para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad-precio, lo que implica simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes mediante procedimientos más racionales y eficientes que faciliten la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos.

- Permitir que los compradores utilicen mejor la contratación 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.

Su ámbito de aplicación, en términos de sectores cubiertos, sigue siendo básicamente el mismo, si bien se ha retirado del ámbito de aplicación la contratación con fines de prospección de petróleo y gas. Los sistemas de los Estados miembros podrán prever, además de las tres formas básicas de procedimiento que ya existen (abiertos y restringidos, y procedimientos negociados con convocatoria de licitación previa) como procedimiento estándar o con sujeción a determinadas condiciones, la asociación para la innovación, un nuevo tipo de procedimiento para la contratación innovadora. Se promueve la contratación electrónica y la modernización de los procedimientos y se introducen novedades orientadas al acceso de las PYME, como el pago directo a los subcontratistas.

¹⁰ Artículo 11 del texto proyectado.

¹¹ Artículo 66 del texto proyectado.

C.- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión COM (2011) 897.

Supone un hito sin precedentes en el marco normativo de la Unión Europea, que tradicionalmente ha dejado fuera de la regulación de la contratación pública el régimen jurídico de la adjudicación de las concesiones de obras y de servicios desde la premisa de su distinción conceptual de los contratos públicos¹².

La propuesta de directiva parte así de la unificación conceptual de las concesiones – de obras y servicios – y de su distinción de los contratos públicos, para establecer una regulación conjunta de aquéllas, inspirada en los principios de riesgo y ventura y en la transferencia de riesgos al concesionario.

La regulación pretende superar ineficiencias detectadas y derivadas de falseamientos en el mercado interior, la limitación de acceso de las empresas europeas a los contratos de concesión y la falta de seguridad jurídica, todo lo que pretende corregir desde la voluntad de estimular la inversión pública y privada en infraestructuras y servicios estratégicos con la mejor relación calidad-precio¹³.

Los dos principales objetivos perseguidos por la propuesta son incrementar la seguridad jurídica y garantizar un mejor acceso de todas las empresas a estos mercados, para lo que aclara el marco jurídico aplicable a la adjudicación de las concesiones (i) y delimita el ámbito de aplicación de dicho marco (ii):

- (i) aclara el marco jurídico aplicable a la adjudicación de las concesiones en tanto que incluye una definición más precisa del contrato de concesión que hace referencia al concepto de riesgo operacional, diferencia entre riesgo operacional y riesgo significativo, contiene previsiones en cuanto a la duración de las concesiones y establece el régimen jurídico aplicable – los requisitos aplicables – a cada fase del proceso de adjudicación sobre los principios del Tratado interpretados por el TJUE.
- (ii) delimita el ámbito de aplicación de dicho marco extendiendo muchas de las obligaciones que actualmente rigen la adjudicación de las concesiones de obras a todas las concesiones de servicios y hace extensiva la aplicación del derecho derivado a la adjudicación de contratos de concesión en el sector de los servicios públicos, que en la actualidad está exento de este tipo de legislación.

¹² A salvo los contratos de concesión de obras públicas que se regulan no obstante de forma marginal, mediante el establecimiento de ciertas normas de publicidad para las concesiones de obras públicas por valor superior a 5.000.000 euros. Las concesiones de servicios se rigen por los principios del Tratado – publicidad, igualdad y proporcionalidad –.

¹³ La Comisión Europea ya señaló el potencial que tendría una iniciativa legislativa relativa a los contratos de concesión para crear un marco en la Unión Europea de apoyo a la colaboración público-privada en su comunicación de 2009 "Movilizar las inversiones públicas: desarrollo de la colaboración público-privada".

En este sentido, la propuesta de directiva establece normas en materia de selección de operadores económicos, criterios de adjudicación de los contratos y ciertos elementos relativos a la ejecución de aquéllos:

- Aumenta la transparencia en la materia mediante la necesaria publicación en el DOUE de todos los contratos de valor igual o superior a 5.000.000 euros – umbral que ya existía para las concesiones de obras y se extiende a los de servicios – y la fijación de un mínimo de información que debe facilitarse a todos los potenciales licitadores.
- Limita la arbitrariedad de los órganos de contratación estableciendo obligaciones relativas a los **criterios de selección** a aplicar por poderes y entidades adjudicadoras en la adjudicación – impone la obligación de aplicar criterios objetivos vinculados al objeto de la concesión para la adjudicación –; normas que son menos restrictivas que otras disposiciones relativas a los contratos públicos pero que limita los criterios de selección a la capacidad económica, financiera y técnica del licitador y restringe los criterios de exclusión admisibles.
- Sujeta la adjudicación a los principios de transparencia, no discriminación en igualdad de trato, si bien a diferencia de las directivas de contratación pública, ésta no contiene un catálogo fijo de procedimientos de adjudicación, lo que permite a los Estados miembros mantener los sistemas nacionales tradicionales.
- Amplía el ámbito de aplicación de las Directivas de recursos¹⁴ a todos los contratos de concesión por encima del umbral con el fin de garantizar la posibilidad de impugnación de la decisión de adjudicación ante un tribunal.
- Establece previsiones concretas en materia de modificación y rescisión de las concesiones de obras y servicios (artículos 42 y 43).

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

¹⁴ Directivas 89/665/CEE y 92/13/CE, modificada por la Directiva 2007/66/CE.