

Innovación, simplificación, calidad y competencia: la modernización del derecho comunitario de la contratación pública, las nuevas directivas comunitarias

A falta de la aprobación formal por el Consejo y su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública, que alcanzan no solo la contratación de los denominados sectores clásicos y sectores excluidos sino también la adjudicación de los contratos de concesión, obligan a los Estados miembros a modificar de nuevo los ordenamientos jurídicos internos en un plazo de dos años para la incorporación de criterios relativos a la mejor relación calidad-precio de los bienes y servicios, consideraciones medioambientales y sociales, la incorporación de nuevos procedimientos en orden a lograr soluciones más innovadores, la simplificación de trámites y el mejor acceso para las pymes.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

Con el objetivo de crear un **espacio europeo de contratación pública** en el marco del **mercado interior comunitario** y en el marco de la **Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador** [COM (2010) 2020], en 2011¹ se inició un proceso de revisión de la legislación vigente que ha culminado con la adopción por el Parlamento Europeo, el 15 de enero de 2014, de tres nuevas directivas sobre contratación pública que derogarían la Directiva 2004/18/CE sobre contratos públicos de obras, suministro y servicios y la Directiva 2004/17/CE sobre contratos públicos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

El voto en el pleno del Parlamento Europeo del pasado 15 de enero es final, puesto que los textos de las tres directivas aprobadas habían sido previamente acordado por los equipos negociadores del Parlamento y el Consejo. Por ello, las directivas, tal y como han sido aprobadas por el pleno de la Eurocámara, tendrán que recibir el visto bueno formal del Consejo² para su posterior publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, entrando en vigor 20 días más tarde e iniciando entonces un plazo de 24 meses para su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros³.

Entre las **novedades** que la nueva legislación introduce, destaca la inclusión de **estándares comunes** a todos los contratos públicos, incluidos los de concesión, con el fin de **estimular la competencia efectiva** y de asegurar una **mejor calidad y relación calidad-precio** cuando las autoridades públicas adquieran o contraten obras, bienes o servicios. Asimismo, se prevé **facilitar la participación** y presentación de ofertas por parte de pequeñas y medianas empresas (PYMES).

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

² Trámite meramente formal en tanto que los gobiernos ya han dado su respaldo a las directivas.

³ La transposición de las nuevas directivas deberá acontecer, por tanto, antes de la primavera del año 2016, lo que supone una notable ampliación de los plazos originariamente previstos, que como se puso de manifiesto en el artículo del GCSP nº 42 estaba originariamente fijado para el 30 de junio de 2014.

Otro de los fines perseguidos es el de facultar a los órganos de contratación para conceder un **mayor peso a la calidad y a aspectos medioambientales, sociales y a la innovación**⁴ a la hora de adjudicar un contrato.

De entre las muchas novedades presentes a lo largo del articulado de las referidas directivas, destacan las siguientes:

I. Búsqueda de flexibilización y simplificación en la tramitación y adjudicación de los contratos.

- Se aprecia una tendencia a la flexibilización y simplificación de los aspectos relativos a la tramitación de los procedimientos:
 - En un plazo de 30 meses a partir del cumplimiento de los 24 meses de transposición, las comunicaciones entre la autoridad contratante y los licitadores deberán hacerse obligatoriamente a través de medios electrónicos.
 - Remisión de documentación: la documentación requerida se estandariza y se articula a través del Documento Único Europeo de Contratación, basado en declaraciones propias del licitador, de manera que sólo al adjudicatario se le exige acreditar la documentación declarada, reduciendo así la carga administrativa.
- Parte de las novedades se inspiran en la búsqueda de procedimientos más sencillos y eficaces. Así, se simplifican los procedimientos y se crea uno nuevo: la asociación para la innovación.
 - La asociación para la innovación tiene por objeto el desarrollo de productos, obras o servicios innovadores y su adquisición si el producto, obra o servicio cumple con los niveles exigidos y los costes máximos fijados por el órgano de contratación. La finalidad de este nuevo procedimiento es permitir que las autoridades públicas lancen concursos para resolver problemas específicos sin necesidad para ellas de anticipar la solución, y por lo tanto dejando espacio a la autoridad y al licitador para alcanzar una solución innovadora juntos.
 - Se sustituye el procedimiento negociado por el "procedimiento competitivo con negociación", al que podrá acudir cuando lo justifique la naturaleza o complejidad del servicio, obra o bien objeto del contrato, cuando así lo requiera la preparación legal o financiera de un determinado proyecto, o porque las necesidades de la autoridad no puedan ser satisfechas mediante una solución "en stock" o estándar⁵.

⁴ De hecho la innovación es uno de los conceptos más relevantes de las nuevas directivas. El artículo 2 de la nueva Directiva de Contratación Pública define la innovación "a efectos de la Directiva", se regula un nuevo procedimiento de compra - la asociación para la innovación - en el artículo 31, y se toma en consideración - la innovación - para la descripción funcional de especificaciones técnicas (artículo 42).

⁵ Las principales características del procedimiento son:

- i. las ofertas se presentan al inicio del procedimiento de licitación,
- ii. se someten a negociación y
- iii. se invita a los candidatos a presentar de nuevo las ofertas para concretar posiciones.

II. Promoción, protección y mayor participación para las pequeñas y medianas empresas (SMEs/PYMEs⁶).

- Las directivas introducen medidas concretas de promoción de las PYMES en el acceso a los mercados como la reducción o remoción de las trabas a la contratación consistentes en la fijación de límites u obstáculos para su selección.
- Se incluye una previsión relativa a la posibilidad de solicitar el pago directo por el poder adjudicador a la PYME subcontratista en los supuestos de subcontratación⁷.
- La nueva normativa incentiva la división de los contratos en lotes. Así, se fomenta que las autoridades adjudicatarias dividan aquellos contratos más voluminosos en lotes a través del principio "aplica o explica" (*apply or explain*). En aplicación de este principio, si la contratación podía haber sido dividida en diferentes lotes pero no se procedió de esta manera, la autoridad adjudicataria deberá explicar en el anuncio las razones por las que no se procedió a la división.

III. Capacidad para contratar

- La prueba de la capacidad económica de los licitadores, el requisito de volumen de negocios o facturación se limitará a dos veces el valor estimado del contrato. Si se exige un volumen superior, la autoridad adjudicataria deberá explicar los motivos.
- Se endurecen los criterios y las disposiciones en materia de subcontratación y en relación con las ofertas "anormalmente bajas". Se pretende con ello combatir el dumping social y garantizar el respeto efectivo de los derechos de los trabajadores. Se incluyen previsiones relativas a las consecuencias derivadas del incumplimiento de la legislación laboral comunitaria y cuyo alcance puede extenderse incluso a la exclusión de un contratista de la licitación.
- Las nuevas directivas permiten a las autoridades públicas la creación de lo que algunos autores han venido a llamar de "listas negras" que impidan a las empresas incluidas en ellas la presentación de ofertas en licitaciones públicas. Esto estaría justificado, por ejemplo, para aquellas empresas que hayan mostrado deficiencias persistentes o significativas a la hora de ejecutar contratos públicos con anterioridad, y cuando dichas deficiencias llevaron a la terminación anticipada del contrato, a mecanismos de compensación o a otras sanciones.

⁶ El informe *Opening public procurement to SMEs (small and medium-sized enterprises)* elaborado en septiembre de 2010, en el que se evalúa el acceso de las PYMES a los mercados públicos en la Unión Europea y se pone de manifiesto cómo la mejora de los instrumentos de contratación ha favorecido una mayor presencia de las mismas en los mercados de contratación pública, lo que favorece la competitividad en el mercado.

En este sentido, el GCSP ya ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones (artículos números 31 y 42) la relevancia que en el marco del Derecho Comunitario se está dando a la adecuada promoción de las PYMES en el acceso a los mercados públicos de contratación de bienes y servicios.

⁷ El apartado 2 del artículo 71 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.

IV. Adjudicación de los contratos

- Se introduce el concepto de oferta económicamente más ventajosa (MEAT) a los efectos de la selección de contratistas y con el fin de alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020 para el crecimiento sostenible:
 - Para lograr una contratación medioambiental, social e innovadora, las autoridades contratantes podrán determinar la oferta económicamente más ventajosa y al menor coste, teniendo en cuenta el ciclo vital de los costes asociados al bien, servicio u obra objeto del contrato.
 - El concepto MEAT permite a los entes del Sector Público dar prioridad a la calidad, consideraciones medioambientales o aspectos sociales⁸ sin postergar el esencial del precio ni los costes del ciclo de vida del objeto de la licitación.
- El concepto de ciclo vital de costes incluye todos los costes internos asociados al producto, el servicio o la obra, así como los derivados de externalidades medioambientales (el impacto del CO2 incluido).
- Las autoridades adjudicatarias también podrán requerir de la obra, suministro o servicio certificados sobre características medioambientales o sociales.
- También podrán tener en cuenta criterios relacionados con el proceso de producción de lo que se comprará, como la inclusión en el mismo de personal discapacitado o el uso de sustancias no tóxicas. En otras palabras, el precio deja de ser el factor determinante de adjudicación.

Tras la aprobación formal por parte del Consejo de estas nuevas directivas, entrarán en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Los Estados Miembros tendrán entonces un plazo de 24 meses para incorporarlas.

⁸ Así por ejemplo el Considerando 123 de la Directiva de Contratación Pública reconoce que a fin de aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece la contratación pública para alcanzar los objetivos fijados en la Estrategia Europa 2020, **la contratación en materia medioambiental, social y de innovación debe también desempeñar el papel que le corresponde**. Por ello, es importante obtener una visión de conjunto de los cambios que se produzcan en el ámbito de la contratación estratégica a fin de formarse una opinión fundada acerca de las tendencias generales a escala global en este ámbito.

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 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)

© 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.