

Las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública: claves para una primera lectura

José Miguel Carbonero Gallardo

*Jefe del Servicio de Contratación Administrativa Diputación de Granada
Profesor del Máster de Contratación Pública (UCLM)
Miembro del Observatorio de Contratación Pública*

El Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 28 de marzo pasado ha publicado las tres nuevas Directivas del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública, que se erigen ya en la nueva generación de derecho comunitario sobre la materia: la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Tales Directivas entrarán en vigor a los veinte días de su publicación, y establecen un periodo general de trasposición que finaliza el 18 de abril de 2016. Se trata de un nuevo paquete normativo que continúa la progresiva regulación con la que el derecho comunitario ha ido permeando todos los aspectos de la contratación pública. Es decir, si en las primeras décadas de las Comunidades Europeas no se dictó derecho alguno sobre la materia, a partir de la década de los ochenta del pasado siglo comenzaron a aprobarse Directivas (1989); hubo una nueva remesa de ellas en la primera década de esta centuria (2004); y diez años y muchos más documentos de trabajo después, ven la luz estas prebautizadas como Directivas de tercera generación. La lectura de sus textos, complementada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, muestran cómo el derecho comunitario ha tenido un creciente interés por regular la contratación, pasando de la nada inicial, a una siguiente regulación al por mayor, e imponiendo ya una normación detallista, pormenorizada, que apenas descuida ninguna fase de la contratación pública (preparación, procedimientos de contratación en cuanto a sus aspectos materiales y formales, ejecución del contrato, subcontratación...). De alguna manera podría incluso discutirse si el actual grado de detalle es propio, precisamente, de Directivas comunitarias; y desde luego, y analizando la realidad de la contratación pública europea sería también interesantísimo debatir si esa especie de frenesí legislativo sobre la contratación que impulsa la propia Unión está siendo eficaz (dándole por ahora, por supuesto, tiempo a estas nuevas Directivas para demostrar sus bondades). Pero no es esta la ocasión en la que hacer esos análisis y debates, por más que no deban ser olvidados «*sine die*». Lo que toca en esta ocasión es dar noticia de la importante novedad normativa y apenas, en pocas líneas y páginas, resumir las claves de las nuevas Directivas.

Pueden considerarse las claves o líneas fundamentales de las tres nuevas Directivas, muy claramente dibujadas sobre todo en la Directiva sobre contratación pública, la que tiene un carácter más general por su amplio ámbito de aplicación (tanto objetivo como subjetivo).

Como es natural, los tres nuevos textos requieren un análisis y estudio más detenido y pormenorizado, pues son documentos extensos y complejos jurídicamente. Y habrá que estar a la trasposición concreta que efectúe el legislador español, esperando que esta vez esté más presto y acertado que en ocasiones anteriores.

1

MEJORAR LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN

Uno de los objetivos principales de las nuevas Directivas es mejorar la transparencia en la contratación; no en vano ésta es una potente forma de adjudicación e inversión de dinero público y su correcto gasto (con una honrada selección previa de los empresarios) no debe sernos indiferente a los ciudadanos. Por eso, Marc Tarabella, ponente del Parlamento Europeo sobre contratación, destacó que «las nuevas normas son una señal fuerte para los ciudadanos, que tienen derecho a saber que el dinero de la contratación pública se utiliza de manera eficaz».

La transparencia es enunciada por la Directiva, recordando que es uno de los principios derivados de los fundamentales recogidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Y, a partir de ahí, **la transparencia está presente en múltiples aspectos de la regulación que la Directiva hace de la contratación pública**. Por ejemplo, en los procedimientos de licitación en general (y particularmente en el negociado) al tratar de su publicidad, de la necesidad de documentar sus fases y la constancia escrita de las ofertas en los procedimientos negociados, en el acceso a los expedientes, en la toma de decisiones, e incluso en la cadena de subcontrataciones.

2

MAYOR CALIDAD DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Otra de las claves de esta nueva etapa es la promoción de criterios de adjudicación distintos del económico, buscando una mayor calidad de los contratos públicos, de su resultado final. Puede decirse, en lenguaje común, que pretende lograrse a partir de ahora una «mejor relación calidad-precio» en los contratos públicos, como concepto más avanzado y global que el de la «oferta económicamente más ventajosa» que hasta ahora habíamos manejado procedente de las Directivas de 2004.

A medida que la contratación pública ha evolucionado, el precio ha ido cediendo parte de su protagonismo a otros parámetros de selección. No es que el precio no sea relevante; desde luego que lo es. Pero en la selección de prestaciones cada vez más complejas (pensemos en prestaciones basadas en tecnología, por ejemplo), la determinación de la mejor oferta no puede venir dada por el precio, o fundamentalmente por él. Esta ha sido también la evolución en las últimas décadas. Recordemos cómo las Directivas de 2004 abrieron paso a la consideración de que la contratación pública no puede ser sólo un instrumento para adquirir unas prestaciones al mejor precio, sino que ha de servir al sector público para promover aquellas políticas o intereses generales para los que los ciudadanos hemos elegido a nuestros gobernantes.

Por eso, la contratación pública debe cumplir también con objetivos sociales, ambientales, laborales, etc. Y, cómo no, esta línea conceptual ha estado muy presente en los autores de las Directivas ahora publicadas. En particular, **las nuevas Directivas fomentan el uso de criterios de interés ambiental, social, y de innovación**. Por todo ello, el propio Tarabella expresó también que «los nuevos criterios pondrán fin a la dictadura del mejor postor y, una vez más, harán de la calidad una cuestión fundamental».

3

REDUCIR LA ENORME CARGA BUROCRÁTICA

La nueva contratación debe reducir la enorme carga burocrática que soportan sus procedimientos administrativos. Carga que padecen tanto los empresarios como la Administración (aunque, opino yo, la preocupación más generalizada parece estar centrada sólo en el padecimiento de los primeros). A ambos actores (operadores económicos y poderes adjudicadores, respectivamente, conforme a la terminología comunitaria) les deben beneficiar dos grandes líneas de mejora que incorporan las Directivas.

Reducción de la documentación que han de aportar los empresarios en los procedimientos de adjudicación: se crea un **documento europeo único de contratación, de formato exclusivamente electrónico**, consistente en una declaración del empresario en el sentido de no incurrir en motivos de exclusión, de cumplir todos los requisitos para ser adjudicatario, y de estar en condiciones de acreditar toda la documentación correspondiente tan pronto sea requerido por el órgano de contratación.

4

POTENCIAR LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Se pretende potenciar la contratación electrónica definitivamente, bajo la evidente consideración de que los medios de información y comunicación electrónicos pueden **simplificar enormemente la publicación de los contratos y la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación**.

Con ciertos matices y excepciones, para el legislador comunitario, los medios electrónicos «deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior. Para ello, debe hacerse obligatoria la transmisión de anuncios en formato electrónico, la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de la contratación y —tras un periodo transitorio de 30 meses— una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas. Los Estados miembros y los poderes adjudicadores deben seguir teniendo libertad para ir más lejos si así lo desean» (Cdo. 52 D. 2014/24). En este capítulo, se introducen nuevos elementos como los **catálogos electrónicos**, o la **plena contratación electrónica para las centrales de compra**.

5

ACCESO DE LAS PYME A LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Las anteriores son medidas que, como he dicho, benefician a los empresarios en general. Pero las nuevas Directivas tienen el propósito particular de facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos. A ellas les ayuda especialmente la reducción de la burocracia para contratar, la contratación electrónica para acceder a licitaciones convocadas en cualquier lugar de Europa sin disponer de una gran estructura empresarial.

También con miras a las PYME, es importantísimo el tratamiento que se le da a la **división de los contratos en lotes**.

Es más, y esto es una novedad importante respecto de lo que veníamos conociendo y aplicando, desde la Directiva 2004/24/UE se anima ahora a «dividir grandes contratos en lotes; división que podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados de las PYME». Es más, y también según los considerandos de la propia Directiva, «los Estados miembros deber seguir gozando de libertad para prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, exigiendo a los poderes adjudicadores que aporten una justificación de la decisión de no dividir los contratos en lotes o haciendo obligatoria la división en lotes bajo ciertas condiciones... Cuando los contratos estén divididos en lotes, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, por ejemplo con el fin de preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro. También deben estar autorizados a limitar también el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador...» (Cdo. 78 D. 2014/24).

Es decir, respecto de la división en lotes del objeto de los contratos, se anuncia ahora casi un cambio de paradigma.

6

MAYOR FLEXIBILIDAD EN EL USO DE LA NEGOCIACIÓN

Se considera que los procedimientos que permiten la negociación con publicidad previa han demostrado su eficacia para celebrar contratos con empresas u ofertas transfronterizas. En cambio, dados sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de anuncio de licitación, deben utilizarse únicamente en circunstancias excepcionales. En cualquier caso, **el procedimiento de licitación con negociación debe ir acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia**.

En particular, los poderes adjudicadores deben indicar con antelación los requisitos mínimos que caracterizan la naturaleza del procedimiento, los cuales no deben ser alterados en las negociaciones. Los criterios de adjudicación y su ponderación deben permanecer estables a lo largo de todo el procedimiento y no deben ser objeto de negociación, con vistas a garantizar la igualdad de trato para todos los operadores económicos (Cdos. 42, 45 y 50 D. 24/2014).

7

ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

En el ámbito de los procedimientos de contratación, destaca también la novedad de la asociación para la innovación, como fórmula a utilizar «cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes».

En tal caso, la asociación para la innovación supone un procedimiento de contratación específico que **permite a los poderes adjudicadores establecer dicha asociación a largo plazo** con el objetivo de desarrollar la solución innovadora y la posterior adquisición de los nuevos productos, servicios u obras resultantes, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes, sin necesidad de acudir a un nuevo procedimiento de contratación para la adquisición.

8

COLABORACIÓN ENTRE PODERES ADJUDICADORES

Se profundiza en las posibilidades de colaboración entre poderes adjudicadores, ya iniciada con la técnica de la contratación centralizada (centrales de compra), y cada vez más utilizadas en los Estados miembros. Ahora **se contemplan la contratación conjunta esporádica y la contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.**

9

SUBCONTRATACIÓN

Y un último aspecto a destacar, pero no menos importante, es la preocupación del derecho comunitario por la subcontratación; por la protección de los derechos del subcontratista pero también por el cumplimiento de las obligaciones legales por parte de estos.

La Directiva 2014/24/UE pretende un **mayor control y transparencia de la cadena de subcontratas** bajo la consideración de que a la Administración no puede serle indiferente quién esté trabajando realmente en un contrato público (por ejemplo en una obra pública, escuela, o edificios administrativos). Por eso, se ordena a los Estados que establezcan normas específicas para asegurar que los subcontratistas cumplan con el derecho medioambiental, social o laboral. Pero a favor de estos, los Estados también podrán establecer la **posibilidad del pago directo a la subcontrata** en caso de deudas por servicios prestados, suministros entregados u obras realizadas para la empresa contratista principal (posibilidad que habrá de incluirse en los pliegos y previendo también la posibilidad de oposición del adjudicatario).

10

ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN: RIESGO OPERACIONAL Y PUBLICIDAD

No quiero terminar este repaso de urgencia que me pide LA LEY sin hacer un comentario especial respecto de la Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión. La Unión Europea entra con ella en otro ámbito de la contratación y de los servicios en los que parecía no haber incidido hasta ahora. Pero era cuestión de tiempo, pues no es lógico que los contratos de concesión sean irrelevantes para el derecho comunitario cuando mueven unas cifras económicas enormes y además tienen por objeto unos trabajos esenciales para los ciudadanos.

Como en otras ocasiones (otra buena muestra en esta saga normativa de 2014 es el régimen de las modificaciones contractuales), la Directiva bebe también de la jurisprudencia del TJUE. Y habrá que encajar muy bien el **riesgo operacional** (pieza

principal, si no piedra angular, del contrato de concesión de servicios tal como lo concibe la Directiva 2014/23/UE) en nuestra cultura jurídica, en la que se acostumbra a invocar el clásico riesgo y ventura como formulismo sin mayores análisis económicos.

Según esta recién publicada Directiva, y tal como venía interpretando el TJUE en los últimos años, la transferencia al contratista de verdadero riesgo operacional en la explotación determinará que el contrato tenga la consideración de concesión de servicios, o no; y una u otra calificación conlleva importantes consecuencias respecto de su régimen jurídico como contratos de concesión o de servicios (que tampoco podemos desarrollar aquí).

Por lo demás, los principios generales de esta Directiva son los comunes a la Directiva de contratación pública (2014/24/UE, la de carácter general). Tampoco cabía esperar otra cosa y sería absurdo pretender escudarse en las categorías del servicio público para obviar lo que en esencia impone esta novedosa Directiva: la **publicidad comunitaria**. El resto, en cuanto a procedimientos de adjudicación, es lo que también en esencia debíamos ya cumplir por sometimiento al TRLCSP.