

Novedades en el Debate Europeo sobre la Contratación Pública

Gracia Vara Arribas

Senior Lecturer*

Centro Europeo de las Regiones (EIPA-CER) Barcelona*

RESUMEN

La contratación pública europea ha sido objeto de una reforma y codificación legislativa de gran calado y fuerte impacto en la Europa de los 27, impacto que comienza a ser posible analizar a la luz de las diferentes normas de implementación aprobadas por la práctica totalidad de los Estados miembros¹. Esto nos permite situar a la contratación pública española que acaba de ser objeto de una reforma en profundidad, en el contexto del Derecho Europeo de la Contratación. La doctrina española ha comenzado a elaborar un análisis en profundidad del resultado legislativo de la implementación de las directivas comunitarias a través de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) que acaba de entrar en vigor². El objetivo de este artículo es analizar las Directi-

ABSTRACT

European Public procurement has been subject to a significant legislative reform and codification which have a strong impact in the Europe of the 27, and it is now possible to start analysing the said impact in the light of the various implementing texts adopted by almost all Member States. This allows us to benchmark Spanish public procurement practices, which have just been reformed in depth, in the context of European Public Procurement law. The Spanish doctrine started developing an in-depth analysis of the legislative result of the implementation of the Community directives through the «*Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)*» (Law on public sector contracts) which has come recently into force. The objective of this article is to analyse the European directives which

* Agradezco la colaboración prestada para la búsqueda de documentación y elaboración de este artículo a Elena Pinto Canellada, Student Assistant del Centro Europeo de las Regiones.

** En la fecha de redacción de este artículo (abril 2008) Luxemburgo es el único Estado que carece de norma nacional de implementación del nuevo paquete legislativo en materia de Contratos Públicos.

*** ORDOÑEZ SOLIS, David, *Las Nuevas Directivas en materia de Contratación Pública en la UE*. Revista Española de Derecho Europeo, abril-junio 2006, Thomson-Civitas; GIMENO FELIU, José María, *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, 2004 y Ponencia para el Seminario *Cumpliendo con Europa. La Contratación Pública de Hoy*. Instituto Europeo de Administración Pública, Barcelona 13 y 14 marzo 2008; TOLOSA TRIBIÑO, César. *Contratación Administrativa. Doctrina Jurisprudencia, Casos Prácticos, Formularios*. DAPP, 2008. ESCRIBUELA MORALES, Francisco Javier. *La Contratación del Sector Público. Especial Referencia a los Contratos de Suministro y de Servicios*. La Ley, diciembre 2007; SOSA WAGNER, FRANCISCO y FUENTES, Mercedes, *La Ley de Contratos del Sector Público y el Murciélagu*. Universidad de León, publicado en la pág. web del Gobierno de Aragón (<http://portal.aragob.es>); ARIAS RODRÍGUEZ, Antonio. *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Publicado también en la pág. web del Gobierno de Aragón; MENÉNDEZ GÓMEZ, Emilio. *El Perfil del Contratante*. Publicado en la pág. web del Gobierno de Aragón.

vas Europeas que la inspiran, así como los nuevos actos legislativos en preparación, estudiando el objetivo final perseguido por el legislador comunitario para todos los Estados europeos. Y ello con la finalidad de dar al lector las herramientas analíticas necesarias que le permitan sopesar, si a la luz de la norma comunitaria y la más reciente jurisprudencia del TJCE, el Estado español ha elegido con la nueva LCSP la forma y métodos adecuados que permitan la consecución de los fines europeos vinculantes a que, como Estado miembro de la Unión Europea, estamos sujetos.

Palabras clave: Contratación Pública – Mercado Común Interior – Unión Europea – Paquete legislativo – Criterios sociales – Criterios medioambientales – TICs – modernización – concienciación – Colaboración Público-Privada – mercado de Defensa – armonización.

Keywords: Public Procurement – Single European Market – European Union – legislative package – Social criteria – Ecological criteria – new Technologies – modernization – consciousness – Public Private Partnership – Defense markets – harmonization.

were a source of inspiration for the Spanish law, as well as the new legislative texts in the pipeline, whilst also studying the final objective pursued by the Community legislator for all European States. In doing so, we will provide the reader with the necessary analytical tools to enable her to see, based on the Community legislation and on the most recent case law of the ECJ, whether the Spanish State –in adopting the new LCSP– has chosen the appropriate form and methods that make it possible to reach the European binding goals to which we are submitted as Member State of the European Union.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
 2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA—2.a. *Legislar mediante Directivas*—2.b. *Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo*
 3. NUEVOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: LA CONCIENCIA SOCIAL Y MEDIOAMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
 4. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
 5. EL DEBATE EUROPEO SOBRE CONCESIONES Y COLABORACION PÚBLICO-PRIVADA CPP: LA CPPI
 6. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE DEFENSA Y DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD
 7. EL SISTEMA DE RECURSOS: LA NUEVA DIRECTIVA 66/2007
 8. CONCLUSIONES
-

1. INTRODUCCIÓN

La contratación pública de los Estados de la Unión Europea, constituye un elemento clave para el eficaz desarrollo de las posibilidades financieras públicas, integrando a través de éstas el desarrollo de las acciones sociales demandadas por el ciudadano. Se ha hecho urgente que Europa gane en competitividad. Como sostiene la Comisión¹ sólo una economía europea competitiva nos dará los medios para sustentar nuestro modelo social y asegurar un elevado nivel de protección de los consumidores, la salud y el medio ambiente, lo que nos permitirá disfrutar de una alta calidad de vida. De ahí que la contratación pública sea uno de los temas que ha alcanzado mayor relevancia a lo largo de la historia de las Comunidades Europeas.

Es pues un área de gran trascendencia, no sólo por motivos cuantitativos, por la cifra que representa con relación al PIB europeo, sino también por su repercusión en todo el sector público. La implementación del mercado interior único a nivel nacional afecta tanto a los poderes públicos como a la legislación y costumbres de los Estados Miembros; su impacto es transversal, pues incide en diferentes políticas nacionales, sociales, medioambientales, I+D, relaciones público privadas o la legislación en el ámbito de defensa.

La legislación comunitaria tiene como objetivo prioritario la apertura de la contratación pública entre los Estados Miembros así como el fomento de la competencia y la efectiva contratación transfronteriza. Los frutos del quehacer legislativo comunitario se han dejado notar de manera lenta pero progresiva: si los flujos transfronterizos en la materia no superaban el 10% de la contratación europea en los años 70, cuando se inició el corpus legislativo comunitario² se ha podido observar que³ el incremento en la transacción transfronteriza de las compras públicas alcanzan ya el 30% del mercado.

Si bien la legislación europea en materia de contratación parece adaptarse a las exigencias del mercado único europeo actual, hay aspectos que no ha satisfecho completamente. De este vacío legal se ha derivado un régimen dispar en la aplicación de las Directivas, pues se han utilizado de manera

¹ COM (2003) 704 final de 21.11.2003 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Algunas cuestiones claves de la competitividad en Europa: hacia un enfoque integrado...».

² Cifra obtenida en el Informe: A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU: benefits from the application of EU Directives and challenges for the future, 3.02.2004, pg. 9.

³ Datos aportados por el Documento de Trabajo de la Comisión de febrero de 2004, cifra que comporta la totalidad de las trasferencias, tanto directas como indirectas, considerando éstas últimas en la contratación con empresas de capital de otro Estado Miembro pero con sede en ese territorio donde se celebra el contrato.

generalizada medios de evasión de la aplicación de las Directivas de dudosa legalidad, lo cual ha dado lugar a un ingente corpus jurisprudencial para evitar la huida –a veces flagrante– del derecho comunitario por parte de los poderes adjudicadores de los Estados miembros⁴.

A lo largo de este artículo, se analizará especialmente la jurisprudencia del TJCE en materia de contratación pública y las novedades introducidas por el paquete legislativo de 2004, los aspectos no económicos de la contratación, la contratación pública de defensa, las Asociaciones Público-Privadas (PPP en sus siglas en inglés), y se realizará un breve repaso de la nueva Directiva en materia de Recursos.

2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La normativa europea de contratación pública constituye en la actualidad un auténtico corpus legislativo. Tiene por finalidad la regulación de un elemento fundamental para la consecución del mercado interior europeo, la actividad de provisión de bienes y servicios así como el encargo de obras por parte de las autoridades públicas. En cifras, en 2002 dichos contratos representaban ya un 16% del PIB lo que equivale a 1.500 billones de euros,⁵ una cantidad nada desdeñable y que explica la importancia que se ha dado desde las instituciones comunitarias a la legislación en esta materia, especialmente con la última ampliación a 27 Estados Miembros en 2007, pues permite crecientes oportunidades de colaboración transnacional entre los operadores económicos nacionales.

La contratación pública debe ser entendida como una potestad al servicio de los poderes públicos y debe ser utilizada para rentabilizar las políticas sociales, ambientales o de investigación⁶. Por ello, los poderes públicos han de ser los primeros en erradicar todo tipo de corruptela o secretismo en el manejo de los fondos públicos, en respeto a los principios de transparencia y de no discriminación que rigen en todo proceso de adjudicación, incidiendo en el rechazo a las adjudicaciones directas ilegales.

Aunque en un principio la inicial Comunidad Económica Europea no había regulado en materia de contratación pública a través de sus tratados constitutivos, el derecho derivado se ha ocupado de rellenar esa laguna en un desarrollo que iniciado en los años 70, cerró su primera etapa en los años 90 con las Directivas clásicas y que acaba de culminar en un proceso de

⁴ A lo largo el artículo utilizaremos indistintamente el término «poderes adjudicadores» recogido en la Directiva de Sectores Clásicos, y el término «entidades adjudicadoras» utilizado en la Directiva de sectores especiales.

⁵ Pág. web Comisión DG. Mercado Interior *The EU Single Market* http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_en.htm

⁶ GIMENO FELIU, José María. Ponencias para el Seminario *Cumpliendo con Europea. La Contratación Pública de Hoy*, pgs. 2-3. Instituto Europeo de Administración Pública, Barcelona 13 y 14 diciembre 2007 y 13 y 14 de marzo de 2008.

codificación y mejora a través del nuevo paquete legislativo⁷. De esta forma, se observa un ejemplo de intervención legislativa comunitaria por la teoría de los poderes implícitos para la consecución de un determinado fin (el mercado interior único)⁸ y que ha dejado ver sus resultados, de manera lenta pero progresiva, basada, como toda materia de competencia compartida, en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El Libro Verde *«La contratación Pública en la UE, Reflexiones Para el Futuro»*, de 27 noviembre de 1996⁹ fue seguido por la Comunicación *«La Contratación Pública en la Unión Europea»* de 11 de marzo de 1998¹⁰ iniciativas que plantean las perspectivas y actuaciones futuras a desarrollar con las leyes comunitarias vigentes en ese momento¹¹. Dos nuevas Directivas han entrado finalmente en vigor en abril de 2004¹² otorgando a los Estados Miembros un plazo máximo de transposición hasta el 31 de enero de 2006. Nacen con el objetivo de simplificar, modernizar y dar flexibilidad a los sistemas de contratación nacionales, a la vez que consolidar la jurisprudencia existente en la materia¹³. Se han elaborado dos Directivas para adaptarse de forma óptima a los diversos sectores. La Directiva 18/2004 (la llamada «clásica») regula los contratos públicos de obras, suministros y servicios¹⁴, mientras que la 17/2004 (denominada de los «sectores especiales») regula los contratos públicos en los sectores específicos del agua, la energía, los transportes y los servicios postales¹⁵. Estas dos nuevas disposiciones dotan a la Unión de un marco legislativo renovado y consolidado e inciden en el elemento de la transparencia y seguridad jurídica entre los operadores económicos, configurando como obligación de los poderes públicos el dar publicidad a sus ofertas en el Diario Oficial de la DOUE si éstas superan un determinado umbral cuantitativo¹⁶.

Al mismo tiempo, las nuevas disposiciones simplifican los procedimientos de adjudicación y aportan flexibilidad en el sentido de que permiten a los poderes públicos, según las características y materia del contrato, optar por

⁷ Directiva 2004/17 y Directiva 2004/18 del 30.04.04.

⁸ El artículo 308 del TUE consagra la teoría de los poderes implícitos.

⁹ COM (1996) 583, de 27 de noviembre.

¹⁰ COM (1998) 143 de 11 de marzo.

¹¹ Directiva 93/37/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, Directiva 93/36/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, Directiva 92/50/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, modificadas por la Directiva 97/52/CE.

¹² Directivas 17/2004 y 18/2004 de 31 de marzo.

¹³ Pg. web Comisión DG Mercado Interior. Contratación Pública.http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_en.htm

¹⁴ Sectores anteriormente regulados por diversas Directivas, la 93/36/CEE, la 93/37/CE y la 92/50/CEE, modificadas por la 97/52/CE.

¹⁵ Sustituye a las Directivas 90/531/CEE, 93/38/CEE y la 98/4/CE.

¹⁶ Artículo 16 de la Directiva 17/2004 y artículo 7 de la 18/2004 sobre umbrales cuantitativos.

un procedimiento abierto, restringido o negociado. Los dos primeros son de utilización generalizada mientras que el último debe interpretarse de manera restrictiva para supuestos imprevisibles y de extrema urgencia expresamente contemplados en las Directivas (con o sin publicación de anuncio). Se pretende evitar así un quebramiento de los principios de no discriminación, objetividad y transparencia requeridos, con las adjudicaciones directas que no cumplen estos requisitos¹⁷.

Novedad de la legislación comunitaria en esta materia es el procedimiento de diálogo competitivo, como procedimiento en el que la entidad adjudicadora invitará a los candidatos seleccionados (tres como mínimo) para establecer un período de diálogo con el fin de encontrar las soluciones más apropiadas para satisfacer sus necesidades. Este procedimiento está reservado a los contratos particularmente complejos en el caso de que el poder adjudicador no pueda definir los términos específicos ni los medios técnicos del proyecto¹⁸.

Otro objetivo de la nueva legislación es el cumplimiento efectivo de la publicidad europea¹⁹, el publicar los anuncios de licitación en el DOUE, «constituyendo la materialización de la apertura de la contratación pública»²⁰. Si bien, la nueva legislación establece los dos únicos criterios de adjudicación que son el del precio más bajo o el de la oferta económicamente más ventajosa, ésta aporta una visión más amplia de mercado y de concepto de oferta más ventajosa (más allá de oferta más económica), permitiendo que los poderes adjudicatarios opten por una oferta u otra bien en función del precio más bajo o bien aplicando otros criterios tales como la calidad, las consideraciones de tipo ambiental o social, el coste de utilización, etc.²¹.

El elemento de modernización introducido en los contratos públicos y sus procedimientos administrativos se refleja en el fomento de los sistemas electrónicos, detallados en las Directivas para su adopción de manera facultativa por los Estados Miembros. En pro de la modernización y simplificación del Mercado Interior, la promoción entre los Estados Miembros de las nuevas tecnologías de información y comunicación (Tic) en los procedimientos de adjudicación, posibilita la reducción de los plazos de los procesos de licitación y el ahorro de los costes administrativos. En las nuevas disposiciones se han introducido técnicas de compra electrónica y procedimientos de adop-

¹⁷ Al respecto, véanse las Sentencias del TJCE Comisión v. Italia de 18 de mayo de 1995, Comisión v. Alemania de 28 de marzo de 1996, sobre la interpretación restrictiva del recurso al procedimiento negociado, limitado a los casos establecidos en las Directivas 93/36 y 93/37.

¹⁸ Artículo 29 de la Directiva 18/2004.

¹⁹ Ante reiterados casos de incumplimiento, como en la Sentencia TJCE de 2 de junio de 2005 contra Grecia, en el que se interpretaba de manera extensiva la excepción a la no publicación del anuncio de contrato público.

²⁰ ORDOÑEZ SOLIS, David. *Las Nuevas Directivas sobre la Contratación Pública en la UE*.

²¹ Los criterios de adjudicación de contratos vienen establecidos en el artículo 55 de la Directiva 17/2004 y el artículo 53 de la 18/2004.

ción facultativa como la subasta electrónica²² o los sistemas dinámicos de adquisición²³. Como novedad, el sistema dinámico de adquisición es el «procedimiento enteramente electrónico, de adjudicación para compras de uso corriente, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y cuya oferta se sujete al pliego de condiciones»²⁴.

Sin lugar a dudas, la mayor problemática interpretativa y el hecho que despierta mayor confusión es el tema de los umbrales cuantitativos. En el momento en que un contrato público rebasa los umbrales comunitarios determinados en las Directivas queda sujeto a las mismas, mientras que si su importe es inferior a dichos umbrales, se le aplicará el derecho nacional. Otro elemento de incertidumbre es el hecho de que determinados contratos públicos con necesidades especiales de flexibilidad y seguridad son considerados competencia exclusiva de los Estados Miembros, independientemente de su importe. Éste es el caso, en particular, de los contratos públicos en el sector de Defensa y Seguridad²⁵ así como los contratos reservados por razones de política social²⁶. En el ámbito de los umbrales es de destacar que el legislador español ha establecido unas cuantías en la nueva LCSP que resultan ya obsoletas antes de la entrada en vigor de la Ley, dado que las cuantías las determina el legislador comunitario cada dos años mediante Reglamento. En efecto, el Reglamento CE núm. 1422/2007 de la Comisión de 4 de diciembre de 2007 establece los nuevos umbrales de aplicación en materia de adjudicación de contratos, derogando los que se establecen en la recientemente aprobada LCSP.

Asimismo, las nuevas Directivas señalan un claro ámbito subjetivo de aplicación, pretendiendo esclarecer la definición de poder adjudicador, tema de especial repercusión en la jurisprudencia española así como la consideración extensiva de determinados contratos como internos (o *in house*)²⁷, actuaciones que venían constituyendo una clara violación de la legislación comunitaria, pues al prescindir del debido proceso de licitación, constituían en la práctica contratos directos ilegales, donde los principios generales de transparencia, libre competencia, publicidad y no-discriminación eran abiertamente vulnerados²⁸.

²² Artículo 54 de la Dir. 18/2004.

²³ Artículo 33 Dir. 18/2004.

²⁴ Artículo 1.6 de la Directiva 18/2004 y 1.5 de la 17/2004.

²⁵ Materia que ha sido objeto de una propuesta de directiva de la Comisión de 5.12.2007. COM (2007)766.

²⁶ Arts. 19 y 28 de las Dir. 18 y 17/2004, reservas de ejecución de contratos en el marco de programas de talleres y empleo protegidos para los trabajadores con discapacidad, que no puedan ejercer sus profesiones en condiciones normales.

²⁷ Asunto Tragsa, Sentencia de 8 de mayo de 2003; STJCE 10 octubre 2005, contra Austria, por la no aplicación de los principios generales rectores del procedimiento administrativo y publicidad requeridos.

²⁸ Sólo podría ser excluida su aplicación (tanto de las directivas como del TCE) si la autoridad pública concedente ejerce sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (STJCE 10 octubre 2005 contra Austria).

2.a. Legislar mediante Directivas

Europa legisla en materia de contratación pública principalmente por medio de Directivas dirigidas a todos los Estados Miembros. De ahí que las nuevas directivas comunitarias son de aplicación a los 27 EM²⁹, a los países del Área Económica Europea (EEA-Islandia, Noruega y Liechtenstein) y a otros muchos países asociados a la Unión, por los Acuerdos Europeos con Turquía, Marruecos, y Túnez con el fin de desarrollar y promover el intercambio de buenas prácticas de contratación pública.

Los Estados miembros de la Unión Europea, lo son también de la Organización Mundial de Comercio (OMC), organización encargada de gestionar las normas globales de mercado entre las naciones y que ha incorporado el tema de la contratación pública a partir de sucesivas negociaciones iniciadas en el marco de la Ronda Uruguay en 1996, quedando consolidado en la Ronda de Doha³⁰. La consecuencia de la incorporación de este ámbito al marco OMC es la obligación de la observancia de los principios derivados de las reglas de la OMC también en esta área.

El hecho de que se regule a través de Directivas deja un amplio margen de flexibilidad a los Estados Miembros a la hora de elegir «la forma y los métodos» para su transposición. No podría ser de otra manera habida cuenta de la variedad de sistemas legales existentes en Europa y la diversa conceptualización política, administrativa y social en áreas tan sensibles como la de gestión de los fondos públicos. Ello no obstante las Directivas en general y las de contratación pública en particular, no pueden tacharse de normas vagas. Antes al contrario, los resultados a los que los Estados Miembros están obligados, se establecen en la Directiva de manera clara y concisa. A destacar, la efectiva coordinación de los procesos de contratación pública en los Estados Miembros, en la medida en que se establecen parámetros comunes sobre los criterios de adjudicación, normas de publicidad y obligación de publicar los anuncios de licitación y las decisiones de adjudicación de los contratos que superen los umbrales, la inclusión de las especificaciones técnicas dentro del contrato, así como la equiparación de los medios electrónicos con los tradicionales y la regulación de determinados procedimientos de adjudicación.

A menudo –y este es el caso que nos ocupa– la fuerza vinculante de las Directivas se ve aumentada por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que con sus Sentencias interpreta de manera expansiva algunos de los preceptos menos claros de la norma, o la finalidad de resultado que el legislador comunitario perseguía al redactarla.

²⁹ Mediante la Directiva 2006/97/CE del Consejo de 20 de noviembre de 2006, por la que se adaptan determinadas Directivas en el ámbito de la libre circulación de mercancías con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumania, quedan modificados los anexos de las Directivas de contratación tras la entrada de Rumania y Bulgaria. La Directiva está accesible en <http://www.boe.es/doue/2006/363/L00107-00128.pdf>.

³⁰ Obtenido de la pág web de la OMC http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact5_s.htm.

El efecto directo vertical de las Directivas se predica frente a los Estados Miembros, como ha sido reiterado en numerosas ocasiones por el TJCE³¹, en el momento en que las Directivas, como legislación derivada que obliga a los Estados Miembros a determinados resultados, confieren mediante precisas e incondicionales disposiciones derechos a los particulares. Éstos estarán legitimados para exigirlos, no pudiendo el Estado beneficiarse por el hecho de no haberla transpuesto a su ordenamiento interno en su debido tiempo y forma, incumpliendo una obligación que recae en los Estados a partir del art. 189.3 del TCE.

2.b. **Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo**

Tradicionalmente, uno de los aspectos más conflictivos en el cumplimiento de la normativa europea de contratación pública ha sido la delimitación del ámbito subjetivo. Prueba de la falta de definición en este ámbito es la ingente jurisprudencia comunitaria que el legislador compila ahora en las normas del nuevo paquete legislativo a fin de delimitar y aclarar con precisión el ámbito subjetivo de la contratación en Europa. El legislador define los contratos públicos como «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, suministro de productos o prestación de servicios»³². A continuación³³, ofrece una definición de poder adjudicador, en la que incluye al Estado, entes territoriales y organismos de Derecho Público, definición derivada de las sentencias en la materia³⁴ y describiendo los tres requisitos cumulativos herederos de las sentencias del Tribunal:

- a) cualquier organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil
- b) dotado de personalidad jurídica y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho Público³⁵, o cuya gestión se haya

³¹ STJCE Van Duyn de 4 de diciembre de 1974 sobre la incorrecta transposición del reino Unido de la Directiva 64/221/CEE; STJCE Becker de 19 de enero de 1982 por la no transposición en tiempo de Alemania de una Directiva en materia de regulación de impuestos; STJCE Francovitch y Bonifaci de 19 de noviembre de 1991, por la que se estipula una indemnización por la transposición incorrecta de una Directiva.

³² Artículo 1.2.a) de la Directiva 18/2004.

³³ Artículo 1.9 de la Directiva

³⁴ Sentencia 13 de enero de 2005 de condena a España, que excluye del ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado aunque puedan cumplir los requisitos de los organismos de derecho público según las Directivas anteriores: 15 de mayo y 16 de octubre 2003.

³⁵ Definición de «autoridad adjudicadora» de la Directiva 18/2004 del artículo 1.9 (o «entidad adjudicadora», de la Directiva 17/2004, artículo 2), que a su vez remite a la lista no exhaustiva del anexo III y define al ente regido por derecho público como:

a) Aquél establecido para satisfacer objetivos concretos de interés general (que no sean de carácter industrial o comercial).

sometida a control por parte de estos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia este compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por ellos.

Mediante esta definición se intenta, respetando los diversos conceptos nacionales, armonizar funcionalmente el concepto subjetivo de la contratación y delimitar las entidades sujetas al derecho comunitario de la contratación pública.

Atendiendo al ámbito objetivo de la contratación existen determinados contratos que quedan exentos en su totalidad, o parcialmente, de la aplicación de las Directivas sobre contratación pública, bien por motivos cuantitativos, los que no superan el umbral establecido en las Directivas o bien por razones de contenido, para determinados servicios (los que quedan excluidos del anexo II, referido al artículo 1.2.b de la directiva 2004/18/CE y los excluidos del anexo XVII B de la directiva 2004/17/CE en referencia a su artículo 32) así como las concesiones, tal como señala el artículo 17 de la Directiva 18/2004 y 18 de la Directiva 17/2004.

A este respecto, el TJCE ha reiterado a través de su jurisprudencia³⁶ que si bien los contratos (que están por debajo de los umbrales comunitarios) quedan excluidos de la aplicación del derecho derivado comunitario, deben serles de aplicación, en todo caso, los principios generales del Tratado, las disposiciones relativas al mercado interior, es decir, el principio de libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad y el reconocimiento mutuo. Y desde la entrada en vigor de las nuevas Directivas, el derecho comunitario de la contratación rige para toda la contratación pública no ya por imperativo jurisprudencial, sino por imperativo de las Directivas al haber recogido éstas en su articulado dicho mandato³⁷.

No se habla en las Directivas de contratos «incluidos» o «excluidos» de las mismas (armonizados o no armonizados, según la denominación elegida por el legislador español) sino que claramente en la exposición de motivos, se hace una descripción inclusiva de toda la contratación al decir: «la adjudicación de contratos celebrados en los estados miembros por cuenta de autoridades estatales regionales o locales y otros organismos de derecho público

- b) Que disponga de personalidad legal.
- c) Financiado en su mayor parte por el Estado, autoridades regionales o locales o entes gobernados por derecho público, o que esté controlado su funcionamiento por estos entes, o que éstos seleccionen a más de la mitad de sus miembros.

³⁶ Al respecto, la reciente sentencia del TJCE de 14 de junio de 2007 Asunto Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio, que a su vez hace remisión a las Sentencias de 7 de diciembre de 2000 (Asunto Teleaustria y Telefonadress); 21 de julio de 2005 (Asunto Coname); y 13 octubre 2005 (Parking Brixen).

³⁷ La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea de agosto del 2006 aclara muchas cuestiones sobre los contratos no sujetos a las Directivas.<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:179:0002:0007:EN:PDF>

está supeditada al acatamiento de los principios» del Tratado y en particular los principios que rigen las cuatro libertades comunitarias y los que de ellas se derivan³⁸. Y añade con un «no obstante» «para aquellos contratos de determinada cuantía superior a los umbrales marcados por la Unión, se elaboran procedimientos de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación». Este precepto es de suma importancia por cuanto la mayoría de los contratos celebrados en Europa, no superan los montos fijados por las Directivas (llegando a suponer en muchos Estados Miembros el 90% de su contratación), provocando una elevadísima inaplicación no ya de los procedimientos de coordinación que no les son aplicables, sino también de los principios generales de los Tratados que se entiende de facto, no obligatorios tampoco. De ahí el elevado índice en Europa de contratación pública sin publicidad, con una elevada falta de transparencia, abierta a fraudes y adjudicaciones directas. Supone esto una flagrante violación del objetivo de las Directivas, ya que los Estados Miembros vienen expresamente obligados a garantizar la aplicación de los principios generales de derecho primario, independientemente del importe del que se trate, a todo proceso de contratación pública, como ha venido reiterando la jurisprudencia comunitaria³⁹.

Los documentos publicados por la Comisión Europea hablan sobre la legislación comunitaria de contratos públicos, o en inglés, sobre el «derecho comunitario aplicable a la contratación pública»⁴⁰. En el presente artículo preferimos hablar, siguiendo al Profesor Gimeno Feliu⁴¹ de Derecho comunitario de la contratación pública por cuanto el derecho comunitario general, se adecua y transforma a la realidad de la contratación pública erigiéndose en un auténtico derecho de la contratación de ámbito europeo. Y como todo derecho europeo goza de la primacía que le otorgan los Tratados. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razones de nacionalidad constituyen una obligación de transparencia para los poderes públicos, que con arreglo a la jurisprudencia del TJCE y especialmente mediante el auto de 3 de diciembre de 2001 en el asunto Bent Moustén⁴²,

³⁸ Explicados más adelante.

³⁹ Asunto Bent Moustén; Teleaustria; Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio; Co-name; y Parking Brixen.

⁴⁰ Así por ejemplo la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos /* COM/2001/0566 final */ en cambio en inglés: Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement

⁴¹ Ponencia de GIMENO FELIU, José Maria, Pág. 2 donde se pregunta si las nuevas Directivas afirman la tendencia a la formación de un derecho común europeo en referencia al artículo de MORENO MOLINA, J. A. Reciente Evolución del Derecho Público en Ámbito de Contratación Pública. La Tendencia hacia la Formación de un Derecho Común. Revista Contratación Administrativa Práctica, La ley, núm. 34 del 2004, Pág. 28 a 53.

⁴² Se suscitan cuestiones sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de una cláusula que figura en las condiciones generales del pliego de condiciones de un contrato público de obras relativo a la construcción de 20 viviendas de protección oficial en una región de Dinamarca, en la que se prevé la utilización de una determinada marca de ventanas. «Se desprende del artículo 28 TCE que aunque una licitación referente a con-

«consiste en garantizar en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación».

La jurisprudencia del TJCE ha sido decisiva en esta interpretación y, en ocasiones, sus veredictos han ido más allá de las propias directivas comunitarias en la materia. En el caso *Teleaustria*⁴³ el TJCE definió «la obligación de transparencia que se impone a la autoridad contratante consistente en asegurar, en beneficio de cualquier licitador potencial, un grado de publicidad suficiente que permita la apertura del mercado de servicios y la imparcialidad de los procedimientos de contratación». Esta sentencia, y otras, han dado lugar a no pocas movilizaciones en las administraciones europeas. Numerosos casos han sido presentados por la Comisión ante el TJCE contra diferentes Estados Miembros por incumplimiento de los principios comunitarios que rigen la contratación, y muy especialmente el principio de publicidad, situando a la Comisión en una posición quasi beligerante⁴⁴.

Para aclarar el alcance de esta interpretación, el 1 de agosto de 2006 la Comisión Europea publicó una Comunicación Interpretativa sobre el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o sólo parcialmente, por las Directivas de contratación pública⁴⁵. En ella, la Comisión expone su interpretación de la jurisprudencia del TJCE y propone (de forma no vinculante) lo que considera mejores prácticas para ayudar a los Estados Miembros a obtener el máximo beneficio del mercado interior. La Comunicación establece en primer lugar los principios generales del TCE y a continuación reafirma los criterios básicos que deben tenerse en cuenta para la publicidad, la adjudicación de los contratos, así como los principios informadores de la protección judicial, para los contratos que han sido excluidos en su totalidad o parcialmente de la aplicación de las Directivas. Se invita a las entidades adjudicadoras a analizar caso por caso el potencial interés que un determinado contrato público puede tener para potenciales licitadores de otros Estados Miembros, dejando al criterio de los tribunales nacionales el análisis de las posibles violaciones de los principios

tratos públicos de obras no se rija por las directivas sobre contratos públicos por su escaso valor (inferior al umbral previsto por las directivas), deberá seleccionarse a los licitadores sobre la base de criterios objetivos y los contratos habrán de celebrarse de forma no discriminatoria. Estos contratos menores no quedan excluidos del derecho comunitario. Por lo tanto, se opone a que una entidad adjudicadora introduzca en el pliego de condiciones relativo a un contrato de obras que no sobrepasa el umbral previsto en la directiva, una cláusula que exija para la ejecución del referido contrato que se utilice un producto de una marca determinada, cuando esta cláusula no vaya acompañada de la mención o equivalente».

⁴³ Sent. TJCE de 7 diciembre de 2000.

⁴⁴ Reciente Asunto *Comisión v. República Italiana* de 13 septiembre de 2007, C-260/04 por «incumplimiento de la obligación de la publicidad adecuada y del respeto del principio de transparencia que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación por parte de las autoridades públicas (arts. 43 y 49 TCE)».

⁴⁵ 2006/C179/02 de 1 de agosto de 2006.

en los contratos de menor cuantía. La disposición vela de forma especial por los intereses y la libre competencia entre pequeñas y medianas empresas, que son las entidades que suelen operar en este sector de menor trascendencia económica, mediante el control de la imparcialidad de las adjudicaciones (si bien realizado por el mismo poder adjudicador), sacando el máximo beneficio del mercado interior.

3. NUEVOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: LA CONCIENCIA SOCIAL Y MEDIOAMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una de las novedades más sobresalientes del nuevo paquete legislativo es la incorporación en el texto de la norma de la potestad de los poderes públicos de incluir en los procedimientos de licitación las consideraciones sociales y medioambientales. Las autoridades adjudicatarias, conscientes de la importancia del gasto en contratación pública, deben hacer una buena elección de los productos y servicios que contratan, pues su impacto en un segmento importante del mercado fomentará en gran medida la adopción de políticas determinadas por parte de los agentes económicos de la industria y servicios. Con el nuevo paquete legislativo, los criterios de adjudicación no económicos, en especial los medioambientales y sociales, se han visto reforzados a la hora de su valoración para determinar la oferta más ventajosa. Lo que ha hecho el legislador, es codificar la jurisprudencia comunitaria en la materia, haciendo suyos al tiempo los criterios interpretativos fijados en las Comunicaciones de la Comisión del año 2001 y las tendencias políticas europeas de la estrategia de Lisboa de integrar las consideraciones ambientales y sociales en todas las políticas europeas. En la actualidad, no se valora únicamente al precio más bajo, sino que estas otras consideraciones que atienden a las políticas internas de la empresa (políticas sociales de contratación de personas con discapacidad entre su plantilla, políticas de fomento del empleo, de formación, materiales obtenidos a partir de energías renovables, del comercio justo, etc.) pueden ser tanto o más importantes para la valoración final y adjudicación del contrato a un licitador determinado, en búsqueda de una CP sostenible, donde los criterios económicos, sociales y medioambientales aparecen combinados⁴⁶.

El paquete legislativo europeo, a partir de jurisprudencia del TJCE, establece de forma expresa en el Preámbulo⁴⁷ la capacidad de las autoridades adjudicadoras para integrar las necesidades sociales y ambientales dentro de

⁴⁶ Los conceptos de contratación sostenible y ecológica difieren en el sentido de que el primero de ellos reúne los criterios de contratación económicos, sociales y medioambientales, mientras que el segundo, sólo observa los criterios ecológicos para la decisión de adjudicación. La contratación sostenible es más difícil de demostrar que la ecológica (ya que puede apreciarse de forma más subjetiva y sus elementos se pueden combinar en diferentes proporciones). Extraído de la página web de la Comisión sobre GPP: http://ec.europa.eu/environment/index_en.htm.

⁴⁷ Párrs. 1, 26, 33 y 46.

la contratación, siempre que estén relacionadas con el objeto del contrato y no resulten discriminatorias ni arbitrarias. Así en lo que respecta a los criterios medioambientales el Considerando (5) de la Directiva 18/2004 establece: «Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio».

El contexto político que fijó estos nuevos criterios de valoración se remonta a marzo de 2000, durante la Cumbre de Lisboa del Consejo Europeo, donde se declaró el ambicioso objetivo de convertir a la Unión Europea en «la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y mayor cohesión social para el año 2010», dentro de la denominada Estrategia de Lisboa. En mayo de 2001, durante la reunión del Consejo Europeo en Gotemburgo, se introdujo una tercera dimensión entre los objetivos de Lisboa, la medioambiental, a través de la Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible⁴⁸, informe centrado en ciertas preocupaciones que suponen amenazas graves e irreversibles para el bienestar futuro de la sociedad europea, como son el calentamiento global, seguridad alimentaria, pobreza, envejecimiento de la población, pérdida de biodiversidad y los desequilibrios regionales. Un año después, en julio de 2002 se elabora el Sexto Programa de acción comunitario en materia de Medio Ambiente⁴⁹, iniciativa que expone los objetivos y metas a alcanzar en un período de 10 años. Los objetivos responden a las prioridades medioambientales en materia de cambio climático; naturaleza y biodiversidad; salud y calidad de vida; y recursos naturales y residuos.

La contratación pública ecológica se menciona por primera vez a nivel internacional de forma explícita en el Declaración emitida durante la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo en 2002⁵⁰ que, reafirmando el compromiso de todas las naciones frente al desarrollo sostenible, «anima a las autoridades competentes a fomentar políticas de contratación pública que favorezcan el desarrollo y la difusión de mercancías y servicios favorables al medio ambiente». El marco jurídico comunitario actual sobre la incorporación de los criterios sociales y medioambientales en la contratación pública está constituido por las dos Comunicaciones In-

⁴⁸ COM (2001) 264, 15 de mayo de 2001.

⁴⁹ Mediante la Comunicación de la Comisión de 24 de enero de 2001, «Medioambiente 2010: el futuro está en nuestras manos» COM (2001) 31.

⁵⁰ Del 2 al 4 de septiembre 2002, en el marco de la ONU.

terpretativas de la Comisión de 2001⁵¹, además de lo establecido en las nuevas directivas sobre contratación en cuanto a los criterios de adjudicación⁵². Asimismo, la Jurisprudencia del TJCE ha sido una fuente de enorme trascendencia para la definición de los límites de la valoración de los criterios no económicos. A tal efecto, las sentencias del TJCE de 17 de septiembre de 2002 («Concordia»)⁵³ y de 4 de diciembre de 2003 («Wienstrom»)⁵⁴ clarificaron dichas posibilidades.

Con ocasión de la Sentencia *Concordia*⁵⁵ el TJCE reafirma los principios de igualdad de trato y de no discriminación⁵⁶ y posteriormente, con ocasión del pronunciamiento sobre el asunto *Wienstrom*⁵⁷, el TJCE fija los criterios para la adjudicación de contratos⁵⁸. Los criterios de adjudicación de los con-

⁵¹ Interpretación de la Comisión de 4 de julio de 2001, COM (2001) 274 sobre la posibilidad de la integración de criterios medioambientales y Comunicación de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 sobre criterios sociales.

⁵² Mencionado en los considerandos y disposiciones, artículo 53 de la Directiva 18/2004 y artículo 55 de la 17/2004.

⁵³ Asunto C-513/99.

⁵⁴ Asunto C-448/01.

⁵⁵ La ciudad de Helsinki solicitó ofertas para la gestión de la red de autobuses urbanos. Según dicho anuncio la adjudicataria sería la empresa que hiciera la oferta más favorable para el Ayuntamiento desde el punto de vista económico global, teniendo en cuenta 3 criterios: El precio global solicitado para la explotación, la calidad de los autobuses y la gestión por el empresario en materia de medioambiente. Al final se adjudicó el contrato a la empresa que aseguraba menores niveles de emisiones de óxidos de nitrógeno y de ruido. Concordia, licitador que quedó en segunda posición, interpuso un recurso alegando que la asignación de puntos adicionales por la menor emisión de óxidos y de ruido no es equitativa y resulta discriminatoria, pues son criterios que sólo el autobús de esa empresa puede reunir.

⁵⁶ Pronunciándose de la siguiente forma:

- *Se puede determinar la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios ecológicos, siempre que estén relacionados con el objeto del contrato y hayan sido mencionados en el pliego de condiciones o anuncio de licitación, respetando los principios fundamentales del derecho comunitario, como el principio de no discriminación.*
- *El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios ecológicos por el mero hecho de que la empresa adjudicadora sea una de las pocas que puede cumplir con esos requisitos.*

⁵⁷ El land de Carintia (Austria) convocó una licitación mediante procedimiento abierto para un contrato de suministro de electricidad, estableciendo como criterios de adjudicación un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables.

⁵⁸ Una entidad adjudicadora puede establecer, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, en la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el uso de fuentes de energía renovables. El órgano jurisdiccional nacional deberá comprobar si el criterio de adjudicación ha sido formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia y de relación con el objeto del contrato: No es compatible con la normativa comunitaria el exigir la capacidad de suministrar una mayor cantidad de electricidad por encima de la fijada en la licitación, pues dicho criterio no va acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas. Los criterios de adjudicación no pueden ser objeto de modificación a

tratos deben incorporarse, por consiguiente, dentro de los pliegos de condiciones⁵⁹, bien sea en el objeto del contrato, en las prescripciones técnicas (indicando el tipo de material o el proceso de ejecución), en la selección del proveedor (dentro de los criterios de exclusión), en la adjudicación del contrato (criterios de solvencia técnica) o bien en la ejecución del contrato. Tras la reactivación de la Estrategia de Lisboa de 2005 y ante la persistencia de prácticas de mercado insostenibles, junto con los cambios a nivel internacional e intraeuropeo derivados de la ampliación, se hizo necesaria una renovación en 2006 de la Estrategia de la UE para un Desarrollo Sostenible de Gotemburgo de 2001⁶⁰, marcando como objetivo operativo «aspirar a alcanzar para el 2010 en toda la UE un nivel medio de contratación pública ecológica igual al que han alcanzado hasta ahora los Estados Miembros más sobresalientes y reforzando el intercambio de buenas prácticas entre las administraciones europeas».

En materia de criterios medioambientales, la Comisión ha editado recientemente, un Manual sobre la contratación pública ecológica («Compras ecológicas»)⁶¹ que determina las bases para una contratación más acorde a los criterios ecológicos, estableciendo la mejor forma de tener en consideración estos criterios en cada fase, mediante ejemplos y recomendaciones prácticas, siendo las primeras fases del procedimiento de contratación el momento donde hay mayores posibilidades de integrar estos aspectos. El manual también aborda los aspectos de la normativa técnica ambiental (elaborada a nivel europeo por el CEN, Comité Europeo de Normalización⁶²) y el uso de las etiquetas ecológicas, mecanismo a través del cual se incorpora la información sobre las referencias medioambientales de un producto o servicio de forma normalizada, con vistas a fomentar que empresas y consumidores elijan productos más ecológicos. No obstante, no se podrá exigir a los licitadores que estén registrados en un determinado sistema de etiquetado ecológico o que posean una determinada etiqueta ecológica⁶³. Asimismo, el

lo largo del procedimiento de adjudicación. En caso de observarse la ilegalidad de la adjudicación, la normativa comunitaria prescribe la cancelación de la licitación y la anulación de la decisión administrativa.

⁵⁹ Artículo 27 de la Directiva 18/2004.

⁶⁰ «Estrategia adoptada por el Consejo Europeo reunido en junio de 2006 basada en la Plataforma de Acción de la Comisión de diciembre de 2005 y diversas aportaciones del Parlamento Europeo, Consejo y Comité Económico y Social, destinada a una UE ampliada en el contexto de la solidaridad mundial necesaria, a partir de los principios rectores de desarrollo sostenible aprobados por el Consejo de Europa de junio de 2005».

⁶¹ Accesible en http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf.

⁶² *Comité Européen de Normalisation* encargado de la provisión de estándares técnicos a nivel europeo junto con los miembros del EFTA para favorecer la libre competencia, la seguridad de los trabajadores y consumidores, la interoperabilidad, protección del medio ambiente, el desarrollo de programas de investigación y la contratación pública.

⁶³ Son muchas las etiquetas ecológicas existentes: la de criterios múltiples más reconocida es la etiqueta europea (la flor), así como la etiqueta escandinava (el cisne nórdico) o las nacionales (como el ángel azul alemán).

manual establece que a la hora de valorar la oferta económicamente más ventajosa, es necesario relacionar los criterios de adjudicación con las especificaciones técnicas⁶⁴.

Por consiguiente se podrán aplicar criterios de adjudicación medioambientales siempre que estén relacionados con el objeto del contrato (principio de proporcionalidad), no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y se atengan a los principios fundamentales del derecho comunitario⁶⁵ de objetividad, publicidad y de no distorsión de la libre competencia⁶⁶ permitiendo un sistema de valoración suficientemente específico y mensurable.

Un estudio encargado por la Comisión⁶⁷ en 2006 sobre compra pública verde (*Green Public Procurement* en inglés), establece determinadas pautas para la incorporación de criterios medioambientales a la contratación y sirve de guía para la elaboración de los planes nacionales. Se definen 7 países –Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Holanda, Suecia y Reino Unido– como los más avanzados en el desarrollo de estos criterios dentro de sus contrataciones. Además, la ventaja con la introducción de criterios ecológicos en la contratación es doble. Por una parte, se está fomentando el desarrollo de las industrias que utilizan tecnologías ecológicas, se disminuyen las emisiones de CO₂ en Europa y se reducen los gases de efecto invernadero. Por otra parte, las consideraciones ecológicas no encarecen las ofertas de los proveedores, pues éstas se hacen cada vez más competitivas (además el ahorro energético que suponen se refleja en los costes finales que pueden llegar a cubrir un posible mayor desembolso inicial). Este doble buen resultado, consecución de ofertas económicas y ecológicas, viene reflejado en la teoría *win/win-double good*. Los principios generales para la contratación quedan salvaguardados, respetando el desarrollo sostenible⁶⁸, la libertad de importar, suministrar servicios y bienes⁶⁹ y la libre competencia⁷⁰.

⁶⁴ Por ejemplo se puede recompensar a los equipos de limpieza con eficiencia energética, «el poder adjudicador ha fijado en las especificaciones técnicas que los equipos de limpieza no deberán tener un consumo eléctrico superior a 3 Kw/h». El poder adjudicador podrá recompensar a los equipos con mayor rendimiento estableciendo en los criterios de adjudicación que al evaluar las ofertas se concederán puntos adicionales a los equipos que consuman menos Kw/h que la cantidad mínima fijada.

⁶⁵ Artículo 31 Directiva 18/2004.

⁶⁶ Artículo 44 Directiva 18/2004 establece la obligación de no-discriminación entre licitadores.

⁶⁷ GPP, Estudio publicado en agosto 2006, dirigido por diversas consultoras ecológicas por encargo de la Comisión, con el objetivo de valorar el nivel de contratación pública ecológica en Europa y establecer ejemplos dentro de 7 países europeos sobre los instrumentos tecnológicos más adecuados para la contratación ecológica.

⁶⁸ Artículos 2 y 6 TCE. Consagra el principio de integración de la protección medioambiental en la definición e implementación de las políticas comunitarias, en vistas a la promoción de un desarrollo sostenible.

⁶⁹ Artículo 3 TCE (a) y (b).

⁷⁰ Artículo 4 TCE y 2 de la Directiva 18/2004.

En el caso español, la Ley 30/2007 sobre Contratos del Sector Público se adapta a los nuevos criterios de las Directivas y establece en su artículo 134 los criterios de valoración de las ofertas, destacando entre ellos, los medioambientales o los que satisfacen exigencias sociales que respondan a las necesidades de la población. Si bien en la práctica, estos criterios quedan muy limitados, pues deben guardar directa relación con el objeto del contrato y en el caso de la toma en consideración de las consideraciones sociales, éstas serán tenidas en cuenta en la medida en que sean necesidades sociales definidas en las especificaciones del contrato y que afecten a sectores de población que sean los futuros beneficiarios o usuarios de los servicios que se pretende contratar.

4. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los contratos públicos son un ámbito donde puede resultar especialmente ventajosa la utilización de las Tecnologías de la información y comunicación (TIC). Las operaciones tradicionales de contratación pública son largas y dilatadas, y consumen muchos recursos. Por eso, desde Europa se ha venido defendiendo desde hace ya años que la utilización de las TIC en la contratación pública puede mejorar la eficacia, calidad y relación coste beneficios de estos contratos.

Se ha demostrado que su uso adecuado contribuye a reducir costes, mejorar la eficacia y destruir barreras que finalmente resultarían en un ahorro para el contribuyente, pudiendo suponer –según estudios de diversas consultoras– entre el 2 y el 5% de disminución en el precio de las ofertas y entre el 40 y el 60% de mejoras en los recursos y tiempos empleados en la gestión. Además permitiría una mejor política presupuestaria ya que el ahorro de entre el 2 y el 5% del presupuesto incrementaría el gasto útil de la propia administración, y además se podría utilizar entre el 40 y el 60% de los recursos destinados actualmente a una gestión demasiado burocratizada (se ha demostrado que en septiembre, la mayor parte de los órganos de contratación suele haber ejecutado solamente el 20% del presupuesto anual). Además, realizar la contratación pública por medio de comercio electrónico produciría una difusión de éste entre el tejido productivo (empresas proveedoras de la administración) que permitiría avanzar de forma ordenada pero rápida hacia el comercio electrónico entre empresas (B2B) sobre todo entre las pymes.

Si con estos números iniciales se hace una extrapolación al presupuesto de contratación manejado por las administraciones públicas, los números son espectaculares. Pero como todo proceso de cambio, éste no es inmediato y los beneficios, como siempre, tienen un coste y un esfuerzo previo. La ausencia de una normativa comunitaria clara hasta hace poco, ha constituido un obstáculo para el desarrollo de la contratación pública electrónica en Europa. La adopción del nuevo paquete legislativo sobre contratación pública, que incluye normas específicas relativas a su tramitación electrónica,

ha supuesto un hito para la difusión de la contratación pública electrónica en Europa, ya que la dotan de un marco legal que aspira a potenciar el desarrollo y buen uso de la econtratación.

Desde las instituciones europeas, y más en concreto desde la Comisión, se ha empujado a los Estados Miembros para que se adentren en la apuesta por la administración electrónica, de la que la contratación es una de sus manifestaciones. Ya desde el año 95 los programas de la Comisión IDA e IDA II ahora sucedidos por el programa IDABC adoptado el 8 de noviembre de 2005 para el período 2005-2009 han contribuido de manera notoria al fomento de la administración electrónica y la interoperabilidad. Este programa IDABC (presentado para el año 2005/09)⁷¹ tiene la finalidad de crear redes para el intercambio de experiencias de las administraciones públicas, promoviendo la colaboración transfronteriza de sectores públicos, empresas y ciudadanos a través de las nuevas tecnologías al mismo tiempo que la eficiencia de estas colaboraciones.

Durante el período 2005-2009 se habrán invertido un total de 150 millones de euros en proyectos de administración electrónica. La finalización con éxito de este programa de trabajo supondrá un paso más hacia la oferta de servicios electrónicos por parte de los gobiernos para las administraciones, empresas y ciudadanos. Asimismo, en junio de 2007 la Comisión lanzó la Plataforma *ePractice.eu*, portal a través del cual se facilita información y se promueve el intercambio de prácticas entre los diferentes agentes de los Estados Miembros. Estos informes son revisados y actualizados cada seis meses.

La Directiva 2004/18/CE⁷² define el término de medio electrónico como el «Medio que utiliza equipos electrónicos de tratamiento (incluida la comprensión digital) y almacenamiento de datos y que sirva de la difusión, el envío y la recepción alámbricos, por radio, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos».

La introducción de medios electrónicos en la contratación pública lanza una serie de cuestiones legales. Ello no obstante, pocas de ellas son causadas por el uso de medios electrónicos: la mayoría se refieren a como organizar electrónicamente procedimientos que están diseñados originariamente para papel. La contratación esta fuertemente anclada en un marco legal regulador de los procedimientos de selección y adjudicación de licitaciones. El principio básico rector es que en ausencia de requisitos específicos, el uso de medios electrónicos no debe cambiar ninguna de las fases de los procedimientos de contratación existentes. El fundamento del nuevo paquete legislativo en la materia, es que todo operador económico de la Unión debe poder participar con un equipo simple y básico en un procedimiento de contratación que se realice parcial o totalmente por medios electrónicos.

⁷¹ Decisión 2004/387/EC del Parlamento y Consejo de 21 de abril de 2004 y revisado por cuarta vez en junio de 2007.

⁷² Art. 1.13 Directiva 18/2004.

También hay que hacer una precisión sobre las posibles acepciones de la contratación electrónica, ya que puede ser entendida como el uso de medios electrónicos y/o la implantación de procesos de contratación electrónicos. Además es importante tomar en consideración el importante papel de los medios electrónicos para la aplicación integral de los principios comunitarios en materia de contratación pública. A este fin se hace necesario tomar en consideración lo expuesto por la Comisión en su Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), a la que ya hicimos referencia en el apartado anterior.

Una de las más destacables ventajas de la incorporación de medios electrónicos en fase de licitación es la celeridad en la publicación de los anuncios por los poderes adjudicadores y la reducción en definitiva de los plazos procedimentales (recepción de ofertas y solicitudes de participación). Asimismo, se disponen de forma potestativa, nuevos procedimientos electrónicos de contratación dejando a elección de los Estados la decisión de introducirlos. Estos sistemas son el sistema dinámico de adquisición y la subasta electrónica. El primero de ellos, el sistema dinámico de adquisición consiste⁷³ en «el proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado, satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo (la duración no podrá exceder los 4 años, salvo excepciones) y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones».

Por su parte, la subasta electrónica es el proceso reiterado basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, y que permite proceder a su clasificación mediante un tratamiento automático. Esta subasta puede basarse bien, únicamente en los precios, cuando el contrato se adjudique al precio más bajo (la actual subasta), o bien en los precios y/o en valores de los elementos de las ofertas indicados en el pliego de condiciones, adjudicándose a la oferta económicamente más ventajosa (el actual concurso)⁷⁴.

El plan de acción de la Comisión i2010

En diciembre del 2004, la Comisión publicó el Plan de Acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica, a saber, las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, en las cuales se proporciona un marco coherente para efectuar la contratación por medios electrónicos de manera abierta, transparente y no discriminatoria. Se establecen normas

⁷³ Según definición del artículo 1.6 de la Directiva 2004/18.

⁷⁴ Artículo 1.7, directiva 2004/18.

para la licitación por vía electrónica y se estipulan las condiciones relativas a las técnicas de adquisición modernas basadas en los medios de comunicación electrónicos.⁷⁵

El Comisario para el Mercado Interior, Charlie McCreevy dijo en el año 2005 con ocasión de la presentación del Plan de Acción: «La contratación electrónica comporta importantes ahorros para los compradores, proveedores, y más importante, los sujetos fiscales quienes son los que en definitiva financian las compras públicas. Existe el marco legal adecuado pero necesitamos aplicarlo de manera correcta si queremos evitar crear barreras nuevas. El plan de acción marca la hoja de ruta para hacer que la contratación electrónica funcione en la práctica y para obtener los máximos beneficios del Mercado Interior ampliado».

Un Plan de Acción sobre administración electrónica que incluye como objetivos lograr hasta el 2010 que el 100% de la contratación pública pueda realizarse a través de Internet, así como la generalización de la facturación electrónica. Ello permitiría, según los datos de Bruselas, un ahorro de 300.000 millones de euros al año. «La administración electrónica ha dejado de ser un simple juguete político. Se ha convertido en una herramienta de Gobierno esencial en Europa», dijo la Comisaria de Sociedad de la Información, Viviane Reding, que insistió sobre la importancia de hacer compatibles los diferentes sistemas que utilizan los países de la UE. Otra prioridad consiste en garantizar que ningún ciudadano quede excluido de los beneficios de la administración electrónica por razones de edad, nacionalidad, sexo, ingresos o estado de salud. El Plan presta también especial atención a la cuestión de la eficacia y prevé un sistema que permita comparar el funcionamiento de la administración electrónica en los diferentes Estados. Resumiendo, el plan recomienda trabajar en tres áreas: asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior en el desarrollo de la contratación pública, una mayor eficacia en la contratación mejorando la gobernanza, y por último, un esfuerzo hacia el establecimiento de un auténtico marco internacional para la contratación pública electrónica. Para ello, el Plan identifica las acciones posibles a realizar por la Comisión y los Estados miembros en el período 2005-2007 con el objetivo de asegurar una generalización de la contratación pública electrónica en Europa antes de 2010.

Desde Bruselas se han venido promocionando una serie de sistemas de información publicidad y clasificación como son SIMAP, TED y *enotices*. El SIMAP es el sistema de información sobre contratos públicos que viene a optimizar la utilización de las nuevas tecnologías de la información en el ámbito de la contratación pública, a través de la mejora de la calidad y fiabilidad de la información existente y el fomento del desarrollo de nuevos procedimientos de adjudicación electrónicos para ofrecer a las administraciones públicas una mejor relación calidad/precio y consiguiente reducción

⁷⁵ Comunicación de la Comisión sobre el Plan de Acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica, COM (2004) 841 de 29 de diciembre de 2004.

de los costes, redundando en beneficio de los ciudadanos. El proyecto SIMAP ha desarrollado el concepto de perfil de compradores que permite a los entes adjudicadores facilitar, por vía electrónica, las especificaciones técnicas y otros documentos necesarios para la preparación de las ofertas. Estos perfiles suministran información complementaria sobre los procedimientos de compra de las entidades, los responsables de las compras, las licitaciones en curso y sus pliegos de condiciones correspondientes. La Comisión se encarga de suministrar a los poderes adjudicadores un programa informático para la elaboración de dichos perfiles. Por su parte, la base de datos TED (*tender electronic daily*) de consulta gratuita pone a disposición de los posibles proveedores las licitaciones lanzadas por las entidades adjudicadoras, acelerando de esta forma la transmisión de la información. Un nuevo sistema de clasificación, el Vocabulario Común en Contratación (CPV) ha sido creado⁷⁶ para fomentar la homogenización de las nomenclaturas en la definición del objeto del contrato y ampliar su utilización en bases de datos nacionales o internacionales, dotando de mayor transparencia a los anuncios, compatibilidad técnica entre diferentes fuentes de contratación y accesibilidad en todas las lenguas de la Unión.

La Comisión ha publicado también, guías sobre la normativa aplicable a los procedimientos de adjudicación destinadas a todos aquellos que desarrollan actividades inscritas en este ámbito, haciéndoles más conscientes de sus derechos y obligaciones e informando sobre los principios del Tratado y de las Directivas. Por otra parte, la Comisión ha aprobado en mayo de 2005⁷⁷, un documento sobre los requisitos del uso de medios electrónicos en la contratación pública, de acuerdo con las Directivas 2004/18/EC y 2004/17/EC con el objetivo de reproducir y recopilar las normas de contratación electrónica bajo las previsiones de las Directivas comunitarias vigentes. Visto que estas Directivas no incluyen las normas de detalle de los procedimientos electrónicos, este documento aborda la aplicación práctica de los principios generales de accesibilidad, disponibilidad, no discriminación e interoperatividad en las diferentes fases y en los diferentes tipos de procedimientos.

En el ámbito político, la Conferencia Ministerial de Manchester sobre e-gobierno, dio lugar a la Declaración Ministerial de 24 de noviembre de 2005 enmarcada dentro de la estrategia i2010⁷⁸ y su posterior Plan de Acción i2010 sobre e-gobierno⁷⁹. El objetivo principal era entonces el impulso de la modernización administrativa entre los Estados Miembros, fijando como fines prioritarios la contratación pública online, la mayor accesibilidad, efi-

⁷⁶ A través del Reglamento 2195/2002 del Parlamento y Consejo de 5 de noviembre de 2002, modificado por el Reglamento EC núm. 213/ 2008 de 28 de noviembre de 2007, que igualmente modifica las Directivas 17 y 18/2004 en el ámbito de CPV.

⁷⁷ Disponible desde julio de 2005 en *e-government News* dentro del portal <http://euro.pa.eu.int/idabc>.

⁷⁸ Comunicación de la Comisión de 1 de junio de 2005, COM (2005) 229.

⁷⁹ Plan de Acción sobre administración electrónica: acelerar la administración electrónica en Europa a beneficio de todos, mediante Comunicación de la Comisión de 25 de abril de 2006 COM (2006) 173.

ciencia y transparencia. Desde aquella Declaración Ministerial hasta nuestros días el contexto político y jurídico ha ido evolucionando y han sido importantes las inversiones realizadas para la consecución de los objetivos perseguidos tanto desde la Comisión Europea como desde los Estados Miembros. Un área de destacada importancia es el uso de la firma electrónica. El Informe de la Comisión sobre la Aplicación de la Directiva de la Firma Electrónica⁸⁰ como marco jurídico europeo en este campo ha perseguido contribuir a la utilización y reconocimiento entre los Estados Miembros de la firma electrónica, en desarrollo de la Directiva 1999/93/CE. Por su parte, el Consejo Económico y Social se pronunció a través de un Dictamen⁸¹ sobre la concepción y la adjudicación de los nuevos aplicativos y proyectos informáticos para la e-contratación.

Otra área que se ha abordado con interés desde las instituciones comunitarias es el uso de medios electrónicos en los contratos menores. La Comunicación Interpretativa de la Comisión publicada el 1 de agosto de 2006 sobre la aplicación del Derecho Comunitario a los contratos excluidos de la aplicación de las Directivas⁸² establece que los contratos que no superen los umbrales cuantitativos estimados, deben en todo caso y respetando el principio de transparencia exigido por el derecho primario comunitario, ser objeto de publicación. La forma de publicidad elegida será determinada por los poderes adjudicadores en cuestión, dependiendo de la importancia del contrato para el mercado interior, debiéndose procurar una mayor difusión cuanto más importancia tenga para potenciales licitadores de otros Estados Miembros. Las formas de publicidad sugeridas en la disposición son Internet, medio especialmente adecuado para la licitación por PYMES o empresas de otro Estado por su flexibilidad y bajos costes; Boletines oficiales nacionales; publicaciones locales (para contratos de muy escasa cuantía) y el DOUE/ TED (Diario Electrónico de Licitaciones), opción no obligatoria aunque recomendable para contratos de elevada cuantía.

Y por último, conviene mencionar la Decisión de la Comisión de 31 de octubre de 2007, por la que se crea un Grupo de Expertos en facturación electrónica (e-facturación). DOUE L-289/38, de 7.11.2007.

Todas estas medidas no han podido evitar que en recientes evaluaciones de impacto del Plan de Acción (diciembre 2004), se vean que todavía existen en Europa numerosas carencias que requieren atención en el área de la e-contratación: la falta de una adecuada interoperabilidad en diferentes áreas como la firma electrónica, los catálogos electrónicos y la factura electrónica crean evidentes obstáculos a la libertad de movimiento en el mercado interior. Desde Europa se debería promover más la interoperabilidad siendo necesaria la estandarización a un nivel internacional promocionando su uso en todas las áreas posibles.

⁸⁰ Informe de la Comisión de 15 de marzo de 2006, COM (2006) 120.

⁸¹ Dictamen del CESE sobre las comunicaciones de la Comisión en materia de accesibilidad electrónica (DOUE de 9 de mayo de 2006).

⁸² 2006/ C179/ 02. Punto 2/2/1 relativo a las formas de publicidad de estos contratos.

También la seguridad continuara siendo un área necesitada de mejora. No existe sistema TIC 100% seguro, y es de esperar que con el aumento de las transacciones digitales ocurran más ataques informáticos. Esto puede crear desconfianza en la e-contratación. Los desarrollos en esta área son constantes por lo que habrá que hacer un seguimiento adecuado de los nuevos desarrollos tecnológicos para evitar la aparición de actitudes de recelo que puedan frenar el creciente desarrollo de la contratación electrónica en Europa.

5. EL DEBATE EUROPEO SOBRE CONCESIONES Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA CPP: LA CPPI

En el transcurso de la última década, el fenómeno de la Colaboración público-privada CPP se ha desarrollado en un gran número de ámbitos del sector público. Teniendo en cuenta las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados Miembros, este fenómeno responde a la necesidad que tiene el sector público de recibir financiación privada. Por otra parte la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador, unido a la necesidad de aprovechar convenientemente el know-how del sector privado, conforman un catálogo de razones que justifican el enorme desarrollo de las CCP en Europa.

La colaboración público-privada (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a⁸³ las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Congregan una serie de elementos que las caracterizan, a saber, la duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar; el modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes⁸⁴. El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos; el reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso

⁸³ Libro verde sobre colaboración Público privada y el derecho comunitario de los contratos públicos y concesiones, COM (2004) 327 de 30 de abril de 2004.

⁸⁴ No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

Se recurre a las CPP principalmente para proyectos de infraestructura, en particular en los sectores del transporte, la sanidad pública, la educación y la seguridad pública. En el ámbito europeo, se ha reconocido que las operaciones de CPP pueden contribuir a la creación de redes transeuropeas de transportes, ámbito en el que existe un enorme retraso debido, entre otras cosas, a la escasez de inversiones⁸⁵. Las autoridades públicas también recurren a operaciones de colaboración con el sector privado para garantizar la gestión de servicios públicos, sobre todo en el ámbito local. Así pues, cada vez es más frecuente que servicios públicos relativos a la gestión de residuos o la distribución de agua o energía se confíen a empresas, tanto públicas como privadas o mixtas. En este sentido, en el Libro Verde sobre los servicios de interés general se recuerda que, cuando una autoridad pública decide confiar la prestación de un servicio a un tercero, está obligada a respetar la normativa en materia de contratación pública y concesiones, aunque se trate de un servicio considerado de interés general⁸⁶.

En el Derecho comunitario no se prevé ningún régimen específico que englobe el fenómeno de la CPP, únicamente se establece que, tanto si es contractual como unilateral, todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero debe ser examinado en función de los principios y normas del Tratado, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (artículos 43 y 49 del Tratado CE).

La Comisión comenzó a trabajar en torno al fenómeno de las CPP en el ámbito del Derecho de contratación pública ya en el año 2000 delimitando la noción de concesión en Derecho comunitario, así como las obligaciones que han de cumplir las autoridades públicas a la hora de seleccionar a los operadores económicos adjudicatarios de concesiones. Con el nuevo paquete legislativo estableció un procedimiento de adjudicación innovador, especialmente pensado para responder a las particularidades de la adjudicación de «contratos especialmente complejos» y, por consiguiente, de determinadas formas de CPP. Este nuevo procedimiento, llamado «diálogo competitivo», permite a las autoridades públicas establecer un diálogo con las empresas candidatas para identificar las soluciones que pueden responder a sus necesidades.

No obstante, los ámbitos interesados consideraron que las normas comunitarias aplicables en el marco de una CPP, no eran lo suficientemente claras

⁸⁵ Comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2003 «Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras-Interoperabilidad del tele peaje», COM (2003) 132 y el Informe del grupo de alto nivel sobre la red transeuropea de transporte de 27 de junio de 2003.

⁸⁶ COM (2003) 270 final. Se puede consultar el texto del Libro Verde y los comentarios al respecto en: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest.

y el Parlamento Europeo incluso insto a la Comisión a examinar la posibilidad de adoptar una propuesta de Directiva destinada a regular de manera homogénea el sector de las concesiones y otras formas de CPP⁸⁷. En este contexto, la Comisión, Público un Libro Verde sobre las operaciones de CPP y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, distinguiendo entre operaciones de CPP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales (detectándose entre ellos el contrato de concesión), y operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente. Esta distinción se basa en la constatación de que las diversas prácticas de CPP que están en marcha en los Estados miembros se pueden vincular a estos dos grandes modelos⁸⁸, centrándonos en el presente artículo en el análisis del segundo tipo dado su más reciente desarrollo.

a) CPPI o colaboración público privada institucionalizada.

En los últimos años, la CPP disfruta en toda Europa de popularidad creciente y se viene desarrollando en diferentes sectores. La clave de este tipo de colaboración –de larga duración– es el papel que juega el socio privado, que se implica en las diferentes fases de un proyecto (planificación, ejecución y seguimiento) quien corre con el riesgo que tradicionalmente venía siendo asumido por el sector público y que contribuye financieramente al proyecto.

De conformidad con el Derecho comunitario en Europa las autoridades públicas gozan de libertad a la hora de decidir asignar determinados servicios públicos a socios privados o desarrollarlo dentro del sector público. Ahora bien, si implica en el proyecto a socios privados, bien mediante un contrato público o una concesión, las normas que regulan este tipo de relación deben ser respetadas.

La seguridad jurídica en el ámbito de la colaboración público-privada se ha hecho esencial en Europa. A nivel comunitario no existen normas específicas reguladoras de la constitución de entidades de colaboración Público-privada institucionalizada (CPPI). Ello no obstante los principios generales de la contratación de aplicación a este tipo de colaboración. La constitución de estas empresas no puede servir de argucia para escapar del Derecho comunitario. De hecho el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas en la Sentencia Stadt Halle⁸⁹ sostuvo que la participación minoritaria de una empresa privada en el capital de una empresa pública de la que la entidad

⁸⁷ Dictamen del Parlamento Europeo en primera lectura sobre la propuesta de la Comisión COM (2000) 275 de 10.5.2002.

⁸⁸ Esta distinción no tiene en cuenta las calificaciones jurídicas del Derecho nacional y en ningún caso preestablece la calificación en Derecho comunitario de estos tipos de fórmulas o contratos. El único objetivo del análisis distinguir entre sí las fórmulas habitualmente consideradas CPP, a fin de contribuir, a determinar las normas del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones que conviene aplicar.

⁸⁹ Asunto C-26/03, Stadt Halle, ECR 2005, I-1 párrafo 49.

contratante es también socio, la excluye de la posibilidad de denominarse como empresa propia (*in house providing*).

La Comisión europea acaba de publicar una Comunicación Interpretativa sobre «La aplicación del Derecho comunitario de la contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)⁹⁰. Dicha comunicación no es sino el resultado de una consulta pública llevada a cabo por la Comisión⁹¹, en la que se detectó la necesidad de una urgente clarificación por parte de los servicios competentes comunitarios de cómo el Derecho comunitario de contratos públicos y concesiones se aplica a los supuestos de constitución de un ente público-privado, o sociedad de economía mixta según la traducción francesa⁹² (CPPI = colaboración público-privada institucionalizada):

El capital privado para las empresas públicas y la transferencia de know-how del sector privado al público son los motores que empujan al sector Público a fundar CPPI. Nuevas oportunidades de negocio en áreas habitualmente reservadas al sector público suponen un beneficio clave para el sector privado. Este tipo de CPPI son especialmente necesarios en los tiempos actuales donde hacen falta fuertes inversiones en infraestructuras públicas y servicios de interés general. Pero para que sean verdaderamente eficaces es necesario que la elección del socio privado se haga de manera clara y transparente, que no sitúe al socio privado elegido, de manera fraudulenta, en una posición de ventaja sobre otros potenciales socios privados.

La Comunicación explica las normas europeas que son de aplicación cuando se eligen socios privados en una CPPI. La constitución de una CPPI se puede hacer de dos maneras:

1.–Fundando una nueva compañía con capital mixto y adjudicando un contrato Público o una concesión a esa nueva entidad PPP. O

2.–mediante la participación de un socio privado en una empresa pública ya existente que ha obtenido contratos públicos o concesiones *in house* en el pasado.

Pero con independencia del cómo se constituya la CPPI, el Derecho comunitario exige a la entidad contratante el respeto de las normas existentes en la materia. La Comunicación contiene los requisitos y normas que hay que cumplir en los casos de elección de socios privados para una CPP institucionalizada. Dependiendo del tipo de tarea asignado (contrato público o concesión) a la CPPI, se aplicarán o bien las Directivas de CP o los principios

⁹⁰ C(2007)6661 de 5 de febrero de 2008.

⁹¹ Libro Verde sobre colaboración público-privada y el derecho comunitario de los contratos públicos y concesiones, COM (2004) 327 de 30 de abril de 2004.

⁹² En el momento de redacción de este artículo la comunicación aparece publicada en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_en.pdf solo en idiomas inglés francés y alemán, y cita que en la primera mitad del 2008 se publicará en el resto de las lenguas oficiales de la Unión.

generales del Tratado al procedimiento de selección del socio privado. La Comunicación aclara que en el caso de una CPPI un procedimiento de licitación es suficiente; es decir no hay que hacer una licitación para la elección del socio y otra para la adjudicación del contrato.

Asimismo se establece que la CPPI tiene que permanecer dentro de su objeto inicial y no puede ser beneficiario directo de otras adjudicaciones. Ello no obstante se admite que una CCPI se hace para la provisión de servicios durante un cierto período de tiempo, y por lo tanto debe ser posible efectuar los ajustes necesarios de manera flexible a lo largo del tiempo; la comunicación explica como se pueden tomar en consideración estos cambios.

En cuanto al Derecho aplicable la Comisión lo establece de forma nítida: Si la encomienda a la entidad público-privada esta cubierta por las Directivas, el procedimiento de selección del socio privado viene determinado en dichas normas. Si la encomienda es una concesión de obra o un contrato público solo cubierto de manera parcial por las Directivas, los principios fundamentales que se derivan del Tratado se aplican como complemento a las prescripciones aplicables de las directivas. Y por último, si es una concesión de servicios o un contrato público no cubierto por la Directiva, la selección del socio privado tiene que respetar los principios del Tratado.

6. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE DEFENSA Y DEL AMBITO DE LA SEGURIDAD

La apertura del Mercado Interior intracomunitario para la contratación pública se ha hecho necesaria también en materia de defensa y seguridad, para reforzar y modernizar los débiles y anticuados mercados nacionales de defensa europeos de finales de la Guerra Fría. A pesar de que son los Estados Miembros los titulares de la competencia en materia de defensa, la Comisión ha avanzado hacia la unificación de los mercados de contratación en esta materia, pues es la encargada de controlar el cumplimiento efectivo de los principios del Tratado en pro de un mercado interior competitivo y abierto. La regulación en este campo empezó con la Comunicación de la Comisión «Hacia una Política de la Unión Europea en materia de Equipos de Defensa»⁹³ de 2003 y posteriormente, como muestra del objetivo de armonizar este mercado, se creó en el 2004 la Agencia Europea de Defensa, encargada de promover el desarrollo de las capacidades militares necesarias para el avance de la política europea en materia de defensa y seguridad.

El nuevo paquete legislativo de 2004⁹⁴ conteniendo numerosos avances en el área de las nuevas técnicas electrónicas y simplificación de los procedimientos, no ha abordado suficientemente los contratos de adquisición de equipamiento militar o de seguridad, materia que requiere procedimientos flexibles garantes de una especial privacidad y seguridad y donde su regula-

⁹³ COM (2003) 113 final de 11 de marzo.

⁹⁴ Directivas 17/2004/EC y 18/2004/EC de 31 de marzo.

ción ha resultado ineficaz al no ofrecer las garantías requeridas. En el mismo año de la elaboración de las Directivas, la Comisión publicó un Libro Verde⁹⁵ sobre Contratos Públicos de Defensa, donde proponía soluciones a las deficiencias en materia de compra de equipamiento militar y de seguridad.

Los Estados Miembros han venido aplicando sus medidas nacionales (legislativas o no) de forma descoordinada, con prácticas diferentes en materia de publicación del anuncio, de su adjudicación y hasta en la forma y frecuencia de aquélla, así como en los criterios de adjudicación. Se ha hecho un uso abusivo de las cláusulas de excepción del artículo 296 (1) (a) del TCE, que contempla como causa de exclusión de las obligaciones de publicidad, los motivos de seguridad nacional, así como del artículo 14 de la Directiva 18/2004, referido a los contratos que requieran medidas especiales de seguridad. Sin embargo, reiterada jurisprudencia del TJCE⁹⁶ ha estimado que el recurso a estas exclusiones debe ser excepcional y que por su naturaleza limitativa, no puede dar lugar a una amplia interpretación, lo que no se ajusta con la práctica de los Estados de la Unión.

Esta desvinculación en la práctica de los Estados Miembros de la normativa comunitaria está originando una profunda brecha en el Mercado Único y en sus principios rectores de transparencia y seguridad jurídica, falta de apertura que perjudica a los proveedores de otros Estados Miembros, mediante criterios de selección que discriminan directa o indirectamente sus empresas frente a las nacionales⁹⁷. La consecuencia de estas divergencias es una falta de apertura comercial intracomunitaria ante la que la Comisión, como vigilante del cumplimiento de las disposiciones del Tratado por los Estados Miembros, no ha tardado en reaccionar, elaborando, en primer lugar, una Comunicación Interpretativa de la aplicación de la exclusión prevista en el artículo 296 del TCE⁹⁸, reduciéndola a casos excepcionales, y en segundo lugar, una propuesta de Directiva de contratación pública en materia de Defensa⁹⁹, aprobada el 5 de diciembre de 2007 y presentada ante Consejo y Parlamento Europeo.

La propuesta de Directiva incluyó solamente la defensa, aunque se plantea

⁹⁵ COM (2004) 608 final de 23 de septiembre.

⁹⁶ Sentencia 16 de septiembre 1999, Asunto C.414/97 par. 21. Comisión v. Reino de España: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0414:ES:HTML>.

⁹⁷ Como muestra del uso extensivo de la excepción prevista en el artículo 296 TCE, puede observarse el bajo porcentaje de publicación de los anuncios de licitación en materia de defensa en el DOUE, no superando el 13% del valor total de todos los contratos celebrados en materia de defensa en la UE en el período 2000-2004. También puede comprobarse que los Estados han hecho uso de esta publicación para materiales menos sensibles (autobuses o camiones), siendo mínima la publicación de adquisiciones de armas o material de guerra. Los datos son extraídos del anexo 14 del informe de impacto COD (2007) 208 que acompaña la propuesta de Directiva.

⁹⁸ Comunicación Interpretativa adoptada en diciembre de 2006.

⁹⁹ COM, 766 final, de 5 de diciembre de 2007.

en ella si los contratos públicos sensibles en el ámbito de la seguridad, es decir, no sólo la defensa *strictu sensu* (armas, municiones, material de guerra destinados a las fuerzas armadas) sino el material de características similares la militar destinado a fuerzas de seguridad no militares, debe serle también de aplicación.

Se ha optado por la elaboración de una propuesta Directiva, un texto legislativo, para procurar una mayor observancia y seguridad jurídica. Esta propuesta reúne los requisitos de seguridad, privacidad y flexibilidad necesarios en este tipo de contratos públicos para su mejor adaptación a las necesidades nacionales y también adecuadas a los casos de extrema urgencia que puedan sobrevenir. Concretamente, se contemplan mecanismos que permiten la seguridad en el momento del suministro de bienes y en la información durante el proceso del concurso, simplificando el trámite actual de provisión desde un Estado Miembro a otro, que requiere una autorización expresa individualizada del Gobierno donde el proveedor reside, proceso no apto para las demandas urgentes, tan habituales en este ámbito.

La propuesta de Directiva establece la garantía de imposibilidad de acceso a información privada, bien durante la fase de publicación del contrato, no difundiendo públicamente la información técnica sobre el tipo de producto o servicio requerido, o bien durante el período de ejecución del contrato (seguridad industrial).

En términos de flexibilidad, la propuesta establece mecanismos que posibilitan la negociación del contrato a lo largo del proceso de licitación, pues debido a la misma naturaleza del objeto de compra, circunstancias sobrevenidas pueden modificar el precio o las condiciones. En la práctica, es frecuente que el poder adjudicador requiera nuevas prestaciones o características técnicas distintas a las previamente acordadas en el pliego, resultando más óptimo el poder negociar con los proveedores a lo largo del proceso de adjudicación en atención a satisfacer en mayor medida las necesidades emergentes. Asimismo, la larga duración de este equipamiento militar o de seguridad implica necesidades de mantenimiento y actualización, por lo que es necesario que la negociación del contrato se prolongue más allá de la adjudicación para asegurar el cumplimiento efectivo. El diálogo competitivo, novedad del paquete legislativo en materia de contratación, tampoco responde en todos los casos a estas exigencias de flexibilidad, pues aparece aún como un procedimiento demasiado rígido y excepcional.

Asimismo, en relación al objeto del contrato, aparece ampliado, planteando el debate sobre si debe regular únicamente la compra de material de defensa militar, o también de equipamiento de seguridad (no militar), pues hoy en día la frontera resulta un poco difusa, si bien las fuerzas de seguridad se asemejan cada vez más a las militares e incluso cooperan en determinadas misiones. Asimismo, las demandas de los agentes de seguridad son más complejas debido a que son cuerpos de naturaleza más heterogénea y además porque implica competencia también a nivel local y regional (mientras que la militar es competencia únicamente estatal). A medio-largo plazo, la trans-

parencia de esta nueva regulación reducirá costes administrativos para las empresas, así como conseguirá optimizar la competencia, abaratando el precio de los productos. El objetivo final de la Comisión es establecer un Mercado Europeo de equipamiento de defensa abierto y competitivo, dentro del marco de la Política de Seguridad y Defensa de la UE, para material tanto militar como material sensible no militar, permitiendo el comercio transfronterizo sin restricción alguna, en promoción de una competencia abierta y justa entre los Estados Miembros.

Con respecto a la contratación internacional en materia de defensa, se seguirán aplicando la normativa de la OMC, quedando a disposición de los Estados Miembros la elección de abrir o no sus mercados a estados no Europeos.

Sin embargo, esta propuesta de Directiva y los intentos por regular en mayor medida el mercado de la defensa resultan conflictivos, pues no todos los Estados Miembros están dispuestos a renunciar al control de este ámbito tan delicado. Como ejemplo, las primeras objeciones vienen del gobierno francés¹⁰⁰, pues considera incompatible la nueva propuesta con su legislación nacional ya que limitaría su exportación y en definitiva, bloquearía el mercado europeo de defensa. Paralelamente, la Agencia Europea de Defensa ha desarrollado una iniciativa entre los Estados Miembros para la creación de un sistema intergubernamental en materia de contratación sobre la base de un Código de Conducta aprobado por los Ministros de Defensa el 21 de noviembre de 2005, aplicable a los contratos que haciendo uso de la excepción del artículo 296 TCE, no quedan sujetos a las Directivas de contratación. El «*Electronic Bulletin Board-Government Contracts*» es otra iniciativa lanzada el 1 de julio de 2006 con el fin de facilitar el intercambio comercial transfronterizo entre los Estados Miembros que lo han suscrito. Asimismo, el Código de Buenas Prácticas en la provisión de equipo de 15 de mayo de 2005 y su instrumento electrónico, lanzado el 29 de marzo de 2007 extiende los efectos de una mayor competitividad. Sin embargo, todas estas iniciativas son voluntarias, no hay disposiciones vinculantes al respecto para acercar las políticas nacionales, quedando su cumplimiento supeditado a la voluntad de los Estados.

7. EL SISTEMA DE RECURSOS: LA NUEVA DIRECTIVA 66/2007

El 11 de diciembre de 2007, se aprobó la Directiva 2007/66 del Parlamento Europeo (PE) y del Consejo¹⁰¹, sobre la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. La Directiva se aprobó siguiendo el procedimiento de codecisión en un período relativamente rápido (seis meses), ya que Parlamento y Consejo alcanzaron un acuerdo sobre el articulado de la misma en Primera Lectura. El PE

¹⁰⁰ French «non» to open defence markets, *European Voice*, 28 febrero al 5 de marzo de 2008, pg. 31.

¹⁰¹ COD (2006) 66 de 11 de diciembre de 2007, publicada en el DOUE Serie L 335.

era consciente de que era necesario reforzar las garantías de transparencia y no discriminación para asegurar que la Unión en su conjunto pudiera beneficiarse plenamente de los efectos positivos de la modernización y la simplificación de las reglas de adjudicación de contratos públicos, logradas por las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE. Por consiguiente, convinieron en introducir en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE las precisiones indispensables para obtener los resultados buscados por el legislador comunitario¹⁰².

La revisión de las Directivas de Recursos, ha estado precedida de una amplia consulta a las partes afectadas, y de una evaluación de impacto de la reforma, persiguiendo reforzar el sistema de revisión de las decisiones de adjudicación de los poderes públicos, ya que la rectificación real de las conductas erróneas o fraudulentas harán que las empresas y los ciudadanos ganen confianza en los procedimientos públicos de contratación.

Reconoce el texto de la Directiva, en sus considerandos, que la jurisprudencia del TJCE¹⁰³ ha consolidado la obligación de los Estados Miembros de garantizar la existencia de medios de recurso eficaces y rápidos contra decisiones adoptadas por poderes adjudicadores y entidades contratantes para los contratos que correspondan al ámbito de aplicación personal y material de las Directivas 18/2004 y 17/2004¹⁰⁴, advirtiendo del hecho de que las adjudicaciones directas ilegales constituyen la vulneración más grande de Derecho Comunitario en materia de contratos públicos¹⁰⁵.

Los Instituciones Comunitarias detectaron una serie de puntos débiles en las Directivas existentes hasta la fecha, destacando en particular la ausencia de un plazo, entre la decisión de adjudicación del contrato correspondiente y la celebración de éste, que permitiera entablar un recurso eficaz. Ello ha conducido a menudo a una firma muy acelerada del contrato por parte de los órganos de contratación y de las entidades adjudicadoras, persiguiendo así la consolidación de las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida y precipitar la firma del contrato. A fin de poner remedio a esta deficiencia se acordó establecer un plazo mínimo suspensivo («*standstill*»)¹⁰⁶ período durante el cual se suspende la celebración del contrato en cuestión independientemente de que ésta tenga lugar o no en el momento de la firma del contrato. El período suspensivo del tipo «*standstill*» debería dar a los licitadores interesados tiempo suficiente para estudiar la decisión

¹⁰² Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor, Informe del Parlamento Europeo, ponente Jean Claude Fruteau.

¹⁰³ Asunto Stadt Halle, Sentencia TJCE de 11 de enero de 2005.

¹⁰⁴ Considerando 2 de la Dir 2007/66.

¹⁰⁵ Considerando 13 de la Dir 2007/66.

¹⁰⁶ Plazo de 10 días civiles a partir del día siguiente a aquél en que la decisión se comunica por fax o medio electrónico, o si se han utilizado otros medios de comunicación de al menos 15 días civiles a partir del día siguiente al envío de 10 desde el acuse de recibo (art. 2 quater de la Directiva).

de adjudicación de contrato y determinar si resulta conveniente incoar un procedimiento de recurso¹⁰⁷.

Se establece que la duración de dicho plazo mínimo suspensivo debe tener en cuenta los diversos medios de comunicación de manera que si se utilizan medios de comunicación rápidos, es posible contemplar un plazo más corto que el que se aplicaría de utilizarse otros medios de comunicación. Dado que la Directiva sólo prevé plazos suspensivos mínimos, los Estados miembros tienen la facultad de establecer o de mantener plazos superiores a dichos plazos mínimos. El plazo suspensivo contará desde la decisión de adjudicación, que debe ser comunicada a todos los licitadores, hasta la perfección del contrato, posibilitando la interposición de un proceso de revisión de la decisión de adjudicación tomada por la autoridad pública, declarándola nula si reúne las condiciones de ilegalidad.

En caso de no respetar este período suspensivo, la Comisión establece como regla general la declaración de nulidad del contrato y la posterior necesidad de repetir el procedimiento de licitación de manera que se cumplan las disposiciones Comunitarias. Asimismo, también es aplicable para el caso en que el poder adjudicador no haya publicado, facilitado información (razones contempladas en Directivas 17 y 18/2004) sobre la denegación de las solicitudes de los candidatos, siendo informados del plazo con que cuentan para entablar un recurso, vulnerando los principios de transparencia. Se pretende así evitar la práctica de la adjudicación directa ilegal, pudiendo ser todo contrato derivado de aquélla considerado nulo por el órgano de recurso independiente.

Hay, no obstante, excepciones (facultativas para los Estados Miembros) al período de suspensión, que pueden venir motivadas bien por casos de extrema urgencia¹⁰⁸, desapareciendo el período suspensivo, casos de urgencia, acortándose el período a siete días, o bien para los casos en los que se celebra un contrato dentro de un acuerdo marco donde todos sus términos están contemplados¹⁰⁹. Así, las únicas excepciones que permiten la adjudicación directa vienen especificadas y recogidas en el articulado del nuevo paquete legislativo, no pudiéndose extender a otros supuestos¹¹⁰.

Otra excepción controvertida, que puede ser interpretada de manera exten-

¹⁰⁷ Comunicado de Prensa, Sesión número 2829, del Consejo Educación Juventud y Cultura, Bruselas, 15 de noviembre 2007.

¹⁰⁸ Determinados en la Directivas 17 y 17/2004, artículos 40 y 31, respectivamente, para los casos exentos de la exigencia de publicación previa del anuncio de licitación en el DOUE.

¹⁰⁹ En estos casos, la Directiva prevé la sustitución del plazo suspensivo por recursos efectivos posteriores a la celebración del contrato.

¹¹⁰ Son las excepciones contempladas en los artículos 10 al 18 de la Directiva 18/2004, la aplicación de los artículos 31, 61 ó 68 de la misma o la adjudicación de un contrato conforme con el artículo 21 o adjudicación legal de un contrato interno. Para la Directiva 17/2004 operan como excepciones de adjudicación directa el artículo 5, del 18 al 26, el 29 y 30 y el 62, 40 ó 32.

siva y arbitraria por los Estados Miembros, es el caso de incumplimiento del plazo suspensivo por razones de interés general, si ponderando los intereses, las autoridades adjudicadoras consideran que el cumplimiento de la cláusula de suspensión puede acarrear más perjuicios que beneficios. Esta excepción está permitida por la Directiva, siendo en un momento posterior el órgano independiente de recurso el que puede decidir que los contratos así celebrados queden en vigor, imponiendo sanciones alternativas que sean proporcionadas, efectivas y disuasorias (como la imposición de multas o la reducción de la duración del contrato). Sin embargo, la obtención de indemnización por daños es infrecuente al resultar difícil probar la relación causal de los daños sufridos por los otros licitadores con la decisión de adjudicación.

La introducción de un período suspensivo (*standstill*) se analizó en detalle en la evaluación de impacto que llevaron a cabo los servicios de la Comisión Europea en mayo del 2006¹¹¹. En dicho documento se explica que la introducción de este período suspensivo se deriva de la sentencia Alcatel, y que a pesar de que se reconoce que hay un consenso bastante generalizado entre los Estados Miembros sobre la necesidad de acatar las consecuencias de este veredicto, se expresa la excepcionalidad del Estado Español que queda excluido de dicho consenso general¹¹². Y es que el régimen de recursos en la legislación española debería de haber sido transformado por la nueva normativa comunitaria, de donde surge la obligación de establecer un sistema rápido y eficaz de recursos para todo tipo de contratos, independientemente de la persona pública o privada que contrata, no pudiendo descansar únicamente en el mismo órgano de contratación pues vulneraría la doctrina y legislación comunitaria. A pesar de ello la LCSP no ha cumplido con la nueva Directiva de recursos, dejando en manos de la misma autoridad administrativa contratante que dictó el acto, la resolución del recurso presentado. Este procedimiento no confiere las garantías prescritas por la citada Directiva¹¹³, limitando de forma injustificada el recurso a los contratos armonizados¹¹⁴, y que además proceden de la Administración Pública (contrariamente a la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 que aconseja la existencia de recursos eficaces independientemente de su importe y se extiende a otros entes de Derecho Público).

8. CONCLUSIONES

Para una implementación efectiva y óptima de las Directivas deben cum-

¹¹¹ SEC(2006)557, Documento de Trabajo de la Comisión: informe de evaluación de impacto sobre recursos en el área de la contratación pública (sólo disponible en inglés).

¹¹² Op. cit. 113, página 24.

¹¹³ Ponencia del Prof. GIMENO FELIU José María, para el Seminario Seminario *Cumpliendo con Europa. La Contratación Pública de Hoy*, pgs. 176 y ss. Instituto Europeo de Administración Pública, Barcelona 13 y 14 marzo 2008.

¹¹⁴ A este respecto, se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, afirmando que esta disparidad de regulación puede provocar un elevado nivel de inseguridad jurídica y aconseja que se aplique la regulación a todos los contratos.

plirse sus preceptos pero también respetar los principios generales del TCE en materia de contratación pública, así como atender a los pronunciamientos de la Comisión a través de Comunicaciones Interpretativas y del TJCE a través de su jurisprudencia. Sólo la armonización de los criterios de contratación entre los Estados Miembros a través de un gradual proceso de europeización podrá configurar un verdadero Mercado Interior común, donde la no discriminación y transparencia sean principios rectores. Las normas nacionales que transponen las Directivas deberían evitar introducir factores de mayor complejidad que puedan tener un efecto disuasorio para las administraciones públicas sobre su correcta ejecución, y que finalmente las aleje del objetivo final perseguido con la norma comunitaria, que no es otro sino lograr una contratación pública abierta, transparente y eficaz, que rompa las barreras intracomunitarias, y aumente la competitividad de los mercados europeos.

Barcelona 15 de abril del 2008.