

Paquete en materia de contratación pública

Grupo de Contratos del Sector Público de GA_P

El Comité Europeo de las Regiones ha emitido, el pasado mes de octubre, un dictamen¹ relativo a la situación actual de la contratación pública en el marco de la Unión Europea, que pone de relieve las dificultades que sigue enfrentando esta materia en la práctica. La extraordinaria producción normativa de los Estados miembros (derivada a su vez de la actividad legislativa de las instituciones europeas), la subsistencia de diferencias entre ellas y la ausencia de documentos normalizados, entre otras causas, siguen dificultando la creación del mercado único de la contratación.

El dictamen, basado entre otros documentos – que cita – en la Comunicación sobre “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”, la Comunicación sobre “Apoyar la inversión mediante una evaluación voluntaria previa de los aspectos de contratación de los grandes proyectos de infraestructura” y la “Recomendación de la Comisión sobre la profesionalización de la contratación pública”, pide a la Comisión una “evaluación exhaustiva” acerca de la manera de transposición y la forma de aplicación de las directivas de 2014².

¹ <https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwi0yfqxk9TeAhVHKuwKHbgqAykQFjABegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Feur-lex.europa.eu%2Flegal-content%2FES%2FTXT%2FPDF%2F%3Furi%3DCELEX%3A52017IR5425%26from%3DEN&usg=AOvVaw3jwxR9Thak2HleQCSdy0mH>

² Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Solicita que ésta determine en qué medida las nuevas normas han simplificado o complicado la regulación en la materia incorporando o no de forma adecuada las Directivas, mejorado el acceso de las pequeñas y medianas empresas a las licitaciones, reducido las trabas burocráticas e incrementado la tasa de recurso a la contratación pública estratégica. Solicita que además se evalúe si han contribuido y con qué intensidad al incremento de la eficiencia del gasto público y a la mejora del empleo.

Constata que varios Estados miembros han tardado mucho tiempo en transponer las directivas y que todavía hoy siguen tratando de adaptarse a ellas, recurriendo a servicios de formación y consultoría; y considera que la “contratación pública estratégica³” ha añadido un **“alto grado de complejidad a los procedimientos de licitación⁴”**. Lamenta que las normas sobre ayudas estatales⁵ y las normas europeas de contabilidad⁵ ejercen una presión de hecho para recurrir a la contratación pública como una manera “más sencilla” de atenerse a las normas de la Unión Europea en materia de competencia y de evitar los riesgos conexos de “sobrecompensación”, que limita la libertad de los Estados miembros en cuanto a la organización de los servicios públicos⁷.

Por otro lado, manifiesta su preocupación por que la Comisión⁸ sugiera que las administraciones públicas están prácticamente obligadas a participar en licitaciones estratégicas para obtener mejores resultados en el ámbito social, incluso en materia de desarrollo sostenible e innovación, y que para ellas interactuar con los contratistas constituye un imperativo fundamental de naturaleza pública. Añade al respecto que la toma en consideración de los criterios ecológicos, sociales y relacionados con la innovación previstos en la reforma de 2014 debería dejarse a la apreciación de las autoridades públicas competentes, conforme al principio de autonomía local en la organización de los servicios públicos y atendiendo a criterios de oportunidad y a un análisis equilibrado de su impacto por lo que respecta a los costes y los resultados de la inversión.

³ Concepto introducido en la reforma de 2014.

⁴ Por ejemplo, en la incertidumbre relativa al carácter legal de la adición de criterios complementarios para promover objetivos relacionados con la innovación o consideraciones de tipo social o medioambiental.

⁵ En el contexto de las ayudas estatales, señala que no existe equivalente alguno a la «excepción interna», prevista en las normas sobre contratación pública, y que por lo tanto esta situación genera presiones adicionales, incertidumbre y distorsiones en la gestión y, a la postre, una peor ejecución presupuestaria

⁶ Tales como la norma SEC 2010.

⁷ En particular en el ámbito social.

⁸ En su documento titulado Toolbox 2017 edition-Quality of Public administration (Conjunto de instrumentos, edición 2017 — Calidad de las administraciones públicas)

Destaca que, cuando los poderes públicos europeos hacen uso de su poder adquisitivo para elegir productos, servicios y obras respetuosos con el medio ambiente, pueden contribuir de manera considerable al consumo y la producción sostenibles, a una economía más eficiente en el uso de los recursos y, por lo tanto, a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) a través del instrumento voluntario de la contratación pública ecológica; y pide por ello a la Comisión que ultime rápidamente las orientaciones sobre contratación pública en materia de innovación y la guía sobre una contratación pública socialmente responsable.

1.- Respecto de la Comunicación **“Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”**, comparte la idea de que una gobernanza eficaz en materia de mercados públicos, en tanto que parte integrante de la calidad de la administración pública en el conjunto de la Unión Europea - función administrativa transversa- se incluya en el programa «Legislar mejor» de la Unión Europea.

Advierte sobre las consecuencias de la introducción de nuevas normas de contratación pública relativas al uso de herramientas digitales; sobre la insistencia en la transparencia y su uso estratégico, aspecto que *“puede llegar a socavar la eficacia de los procedimientos”*⁹; y sobre el aumento de costes administrativos derivados de la falta de documentos normalizados y el incremento de procedimientos complejos. En relación con esto recuerda que la incorporación de las directivas no debería aumentar la complejidad de la regulación, circunstancia que sin embargo sí tiene lugar. No comparte la afirmación relativa a que el 55 % de las licitaciones se basa todavía en el criterio del precio más bajo, pues considera que no ha habido tiempo para evaluar el impacto de la transposición de las directivas al respecto, además de que la adjudicación de un contrato basándose en el criterio del precio más bajo no significa necesariamente que en una licitación determinada no se hayan tenido en cuenta los objetivos sociales o medioambientales.

Pone de relieve que a consecuencia de la flexibilidad de que disponen los Estados miembros en cuanto a la manera de transponer las directivas, existen objetivos en los que no se avanza. Así ocurre con el acceso de las pymes a los contratos públicos y con las compras transfronterizas. En cuanto a las pymes y aunque su promoción fue considerada uno de los cinco ejes principales de la reforma acometida, se ha evidenciado que la simplificación de procedimientos no ha alcanzado un calado suficiente.

⁹ Señala que, por este motivo, concretamente los entes locales y regionales más pequeños se ven desbordados por la cuestión relativa a la transparencia, ya que temen cometer errores de procedimiento o se muestran reticentes a renunciar a los sistemas de licitación convencionales o a desarrollar procedimientos innovadores en el ámbito de la contratación pública; por tanto,

¹⁰ La Comunicación de la Comisión titulada «Impulsar el crecimiento y la cohesión en las regiones fronterizas de la UE» pone de relieve que a menudo, las normas previstas por el Derecho de la Unión se aplican con rigor variable según los Estados miembros. Por ello, la aplicación de dos regímenes diferentes a ambos lados de una frontera interior puede generar situaciones complejas y, en ocasiones, una inseguridad jurídica que genera costes adicionales de las administraciones públicas)

2.- En cuanto a la **“Recomendación de la Comisión sobre la profesionalización de la contratación pública”** acoge con satisfacción el texto en el que se preconiza que las administraciones públicas mejoren la eficacia y accesibilidad de las licitaciones y las aprovechen para impulsar la innovación y la digitalización. Comparte la necesidad de que los Estados miembros se esfuercen en favor de una rápida transformación digital de los procedimientos y la introducción de procesos electrónicos para la totalidad de las etapas principales¹¹.

Considera que determinadas iniciativas de la Comisión Europea¹² son fundamentales para lograr una aplicación satisfactoria del marco normativo sobre contratación pública, pero considera necesario evaluar su eficacia, añadiendo que “las nuevas acciones deben estar plenamente justificadas, si se quiere evitar imponer cargas administrativas no necesarias a los entes locales y regionales, y lamenta que no insista en la necesidad de un proceso de profesionalización de la contratación pública que sin embargo considera indisoluble de la buena gobernanza.

Valora de forma positiva la Propuesta de Reglamento por el que se establece el programa sobre el mercado único¹³, en la que se prevé la posibilidad de apoyar medidas para avanzar en la contratación pública estratégica, la profesionalización de los compradores del sector público, la mejora del acceso de las pymes a los mercados de contratación pública, la mayor transparencia, integridad y mejora de los datos, el impulso de la transformación digital de la contratación pública y el fomento de la contratación pública conjunta¹⁴, pero considera necesario ofrecer más orientación sobre los formularios electrónicos y los procedimientos de contratación pública electrónica para evitar que los planteamientos nacionales entren en conflicto con el planteamiento de la Unión Europea y que los entes locales y regionales carezcan de certeza sobre cuándo y cómo utilizar los distintos formularios y procedimientos.

¹¹ Desde la notificación, el acceso a los documentos de la licitación y la presentación hasta la evaluación, la adjudicación, el pedido, la facturación y el pago.

¹² Se refiere en especial al documento de trabajo de los servicios de la Comisión titulado “The Value Added of Ex ante Conditionalities in the European Structural and Investment Funds” (El valor añadido de las condiciones ex ante en los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos), publicado el 31 de marzo de 2017, en el que la Comisión afirma que las condiciones ex ante han contribuido a transponer y aplicar la legislación de la UE correspondiente, eliminando los obstáculos a la inversión dentro de la UE, y a alcanzar los objetivos estratégicos de la UE, y han suscitado reformas políticas y la elaboración de recomendaciones específicas por país.

¹³ Propuesta de Reglamento publicada por la Comisión el 7 de junio de 2018

¹⁴ Mediante el fortalecimiento de un enfoque de colaboración con los Estados miembros, la mejora de la recogida y el análisis de datos (por ejemplo, a través del desarrollo de herramientas informáticas especializadas), el apoyo al intercambio de experiencias y buenas prácticas, la impartición de orientaciones, la celebración de acuerdos comerciales ventajosos, el refuerzo de la cooperación entre autoridades nacionales y la puesta en marcha de proyectos piloto. En esta línea apoya además la posición de Housing Europe, que considera que un factor clave de la profesionalización y la innovación en el ámbito de la adjudicación de contratos públicos consiste en elaborar un repertorio europeo de soluciones, plasmadas en documentos normalizados, que recojan propuestas que abarquen desde soluciones técnicas para cumplir los criterios de carácter climático y energético hasta ideas innovadoras para afrontar los retos sociales. Este repertorio paneuropeo, establecido bajo los auspicios de la Dirección General de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y Pymes de la Comisión Europea (DG GROW), deberá basarse en la experiencia y las prácticas atesoradas por las federaciones europeas, permitirá una eventual normalización de los procedimientos y reducirá el número de recursos judiciales

3.- En lo concerniente al documento **“Apoyar la inversión mediante una evaluación voluntaria previa de los aspectos de contratación de los grandes proyectos de infraestructura”**, el informe se congratula por el carácter voluntario del mecanismo *ex ante*¹⁵ y se muestra convencido de que desempeñará un papel decisivo para reducir el riesgo de retrasos y rebasamientos presupuestarios como consecuencia de las dificultades surgidas en el marco de los procedimientos de licitación relativos a proyectos transfronterizos de gran envergadura.

Pide a la Comisión que, en el momento de la publicación de información en la página web dedicada al mecanismo *ex ante* o de la divulgación de datos a través del mecanismo de notificación y del mecanismo de intercambio de información, garantice la protección de la información comercial confidencial y haga respetar la confidencialidad de los datos que podrían utilizar los proveedores para distorsionar la competencia. Solicita de aquélla, por lo demás, que especifique cómo podría el mecanismo *ex ante* tratar determinados problemas generados por el incremento en el número de demandas interpuestas en virtud de la Directiva sobre procedimientos de recurso.

En definitiva, el dictamen evidencia que a pesar de las muchas novedades incorporadas por las nuevas directivas, siguen existiendo dificultades notables para la consecución del mercado único en materia de contratación pública, así como que en ocasiones, tanta producción normativa dificulta, en lugar de facilitar, la comprensión y aplicación del derecho que disciplina un sector complejo y cambiante como éste.

¹⁵ Considera que será especialmente importante para las concesiones, que por primera vez están plenamente sujetas a un régimen armonizado de la UE.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

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