

## LA REFORMA DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2002).

Por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ \*

I. Actualmente se vive un interesante e incesante proceso de reforma de la legislación de contratación administrativa. No hace mucho tiempo que se ha publicado el nuevo Reglamento de Contratos de las Administraciones públicas (en octubre de 2001), o la propia Ley de contratos en junio de 2000, y ya parecen aventurarse reformas necesarias en nuestro ordenamiento.

Dos frentes principales arrecian contra nuestra legislación administrativa. El primero, normativo, y el segundo jurisprudencial, al cual nos referiremos al final de este trabajo.

En el actual proceso de reforma destaca la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras<sup>1</sup>, así como las enmiendas que se introducen en la propuesta modificada de directiva<sup>2</sup>.

La reforma se justifica con distintos argumentos. En términos generales, sería preciso simplificar la regulación existente. Sería necesario refundir, en una sola directiva, las tres directivas clásicas de contratación de suministros, de servicios y de obras. Sería obligado suprimir ciertas incoherencias que se descubren entre las directivas, así como generalizar a

---

\* Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de León.

<sup>1</sup> DOCE C 029 E de 30 de enero de 2001.

<sup>2</sup> «Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras», de 6 de mayo de 2002, presentada por la Comisión con arreglo al art.250.2 del TCE [COM(2002)236 final, 2000/0115(COD)].

los distintos contratos los contenidos que actualmente se prevén sólo en alguna de ellas. Sería más que conveniente actualizar sus contenidos, en especial por lo que se refiere a su necesario ajuste a las nuevas tecnologías en la fase de publicación de los anuncios.

En todo caso, habría que profundizar en la aplicación de las directivas comunitarias de contratos públicos. En este sentido, la resolución, del Parlamento, sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la contratación pública en la Unión Europea pone de manifiesto que solo un 3% de todos los contratos públicos que se producen en la UE se adjudican a empresas de otros Estados miembros de la UE, alcanzando el 11% del producto interior bruto de la UE, es decir, unos 720.000 millones de *ecus*<sup>3</sup>.

II. Entrando en los temas centrales de la reforma, la propuesta de directiva *apuesta por los medios electrónicos* y se propone adaptar la legislación de contratos públicos a las nuevas posibilidades que aquéllos abren. La Comisión se propone que el 25% del total de los contratos adjudicados se realicen con soporte electrónico en 2003.

La vía electrónica tiene la ventaja de la reducción o ahorro de tiempos innecesarios con la consiguiente mayor celeridad.

Partamos, para verlo, del artículo 37 de la propuesta de directiva, donde se prevén los plazos mínimos *de recepción de las ofertas* (52 días a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación en los procedimientos abiertos, 40 días en los restringidos; 36 días como criterio general o 22 días mínimo si los poderes adjudicadores han publicado un anuncio de información previa). Por su parte, en los procedimientos restringidos y negociados el plazo de *recepción de las solicitudes de participación* será de 40 días a partir de la fecha de envío del anuncio de invitación.

Pues bien, cuando los anuncios se preparen y envíen por medios electrónicos se podrán reducir en 7 días los plazos de recepción de ofertas (en el procedimiento abierto) y los plazos de recepción de solicitudes en los procedimientos restringidos y negociados.

Y además, en los procedimientos restringidos y negociados, en el caso del procedimiento acelerado, si el anuncio se envía por fax o por medios electrónicos, el plazo de *recepción de las solicitudes de participación* se reducirá a 5 días respecto del plazo normal; es decir, pasamos de 15 a 10 días cuando el anuncio se envía por medios electrónicos.

El apoyo a las nuevas tecnologías, en materia de contratación admi-

---

<sup>3</sup> Reflexiones para el futuro (COM(96)0583 -C4-0009/97).

nistrativa, no es fruto de una casualidad. Más bien, existe un contexto general que propicia su empleo en el ámbito de la Administración pública. Lo prueban testimonios tales como por ejemplo el «plan de acción Europe 2002: Una sociedad de la información para todos», el dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «incidencia del comercio electrónico en el mercado interior (Observatorio del Mercado Único —OMU—)<sup>4</sup>, donde se apuesta por una mayor implantación del comercio electrónico dentro de la UE, etc.

En el Derecho español, es obligado citar en este contexto el reciente reglamento de la LCAP 2/2000 aprobado por el RD 1098/2001, de 12 de octubre, ya que uno de los motivos que lo justifican es, precisamente, la mayor atención por el empleo de medios electrónicos (disposición adicional décima, donde se concede al Ministerio de Hacienda la posibilidad de regular la utilización de los medios electrónicos; puede verse también la disposición adicional novena, párrafo tercero).

Aunque nos hemos referido a la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras, es preciso tener en cuenta también la propuesta de directiva del PE y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía y de los transportes, si bien básicamente en ambos casos los motivos de la reforma coinciden sobre este punto, es decir la necesaria introducción de los mecanismos de compra electrónica en el mundo de la contratación pública<sup>5</sup>.

III. Otro tema objeto de la reforma son *los acuerdos marco*. La propuesta de directiva prevé los acuerdos marco (en la línea de la directiva 93/38/CEE) como una solución en caso de compras repetitivas, evitando

<sup>4</sup> DOCE C 123 de 25 de abril de 2001.

<sup>5</sup> COM/2000/0276 final-COD 2000/0117, DO C 029 E, de 30 de enero de 2001. En general, también los motivos de la propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía y de los servicios postales, de los transportes, de 6 de mayo de 2002 (COM(2002)235 final) son básicamente coincidentes con los motivos de la propuesta de directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras: «integración de la política de medio ambiente en la de contratos públicos», «rechazo de las ofertas anormalmente bajas basadas en el incumplimiento de los requisitos mínimos de carácter social», «nueva regulación de las especificaciones técnicas» y de las «reglas de clasificación de los licitadores».

que tenga que repetirse el procedimiento de adjudicación por cada compra. Se persigue de esta forma que los compradores puedan beneficiarse de la evolución de los productos y de los precios.

No obstante, el acuerdo marco en sí mismo debe ser adjudicado de conformidad con la directiva siguiendo por tanto las reglas de publicación del anuncio, de aplicación de criterios de selección cualitativa y de adjudicación conforme a criterios objetivos y anunciados previamente (puede verse el artículo 1.7 de la propuesta de directiva y especialmente su artículo 32, donde se regulan estos acuerdos).

En el Derecho español el acuerdo marco aparece por primera vez en la LCAP 13/1995, de 18 de mayo (artículo 183.f), actualmente artículo 182.1 de la LCAP 2/2000, en el contexto igualmente de los procedimientos negociados sin publicidad. Se caracteriza como una forma de contratación próxima a los modelos privados, de carácter abierto en la definición de su objeto, de colaboración estable y de flexibilidad permanente.

IV. Las *especificaciones técnicas* son también objeto de reforma. Según la propuesta de directiva, las disposiciones aplicables actualmente en materia de especificaciones técnicas se caracterizan por constituir, en la medida de lo posible, especificaciones armonizadas a escala europea o internacional. De este modo, obligando a los compradores públicos a seguir estas pautas, para definir las especificaciones técnicas, quiere evitarse que un operador económico o la producción nacional de un país se vean favorecidos de cualquier forma que sea.

La propuesta de directiva pretendería perfeccionar el actual modelo. La aplicación de estas disposiciones de las directivas sobre las especificaciones habría llevado, en algunos casos, a una situación en que la norma se ha considerado un instrumento obligatorio *de facto*, ya que cabe interpretar que tales disposiciones limitan la elección del comprador a la compra únicamente de los productos conformes a la norma.

En este sentido, la propuesta de directiva pretendería la flexibilidad necesaria para abrir la posible aplicación de otras soluciones distintas de la solución aportada por la norma, en especial cuando estas otras puedan ser más acordes con las nuevas tecnologías y el estado actual de la técnica. Se razona que la rápida obsolescencia técnica que se produce en determinados sectores, combinada con la interpretación de que la norma es *de facto* obligatoria, es especialmente perjudicial cuando la norma está, por su propia naturaleza, atrasada respecto al avance técnico (caso de las tecnologías de la información).

Así, el considerando 25 (tras la propuesta modificada, antes 17) afirma que «debe ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas. Para lograrlo, por una parte debe ser posible establecer las especificaciones técnicas en términos de rendimiento y exigencias funcionales y, *por otra, en caso de referencia a la norma europea —o, en su defecto, a la nacional—, deben aceptarse otras soluciones equivalentes. Los licitadores deben poder utilizar cualquier medio de prueba para demostrar la equivalencia.* La referencia a especificaciones que prescriban un origen determinado debe ser excepcional»<sup>6</sup>.

En el Derecho español, esta cuestión se relaciona primeramente con el artículo 52 de la LCAP donde, en esencia, viene a establecerse una regla de primacía de las prescripciones técnicas definidas por referencia a normas nacionales *que transpongan normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos* o especificaciones técnicas comunes (...).

De ahí que la posibilidad de definir las especificaciones técnicas al margen de las normas europeas venga contemplándose como una excepción limitada a la concurrencia de ciertos presupuestos tasados<sup>7</sup>.

V. Otra cuestión, siempre compleja, con la que se enfrenta la propuesta de directiva, es la relativa a la necesidad de reducir la *discrecionalidad de los poderes adjudicadores a la hora de adjudicar el contrato*.

En las actuales disposiciones sobre criterios de adjudicación<sup>8</sup> se prevé que dichos criterios deben enumerarse en el anuncio de licitación o en el

<sup>6</sup> En consonancia, puede seleccionarse, de la extensa regulación sobre el particular de la propuesta modificada de directiva, el artículo 24.4 según el cual cuando los poderes adjudicadores aludan a las especificaciones formuladas por referencia a las normas nacionales o europeas, no podrán rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones a las que han hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos por la especificación técnica de referencia.

<sup>7</sup> Son los previstos en el artículo 14 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones; artículo 21 del Real Decreto 390/1991, de 1 de marzo, en el que se establecen algunas excepciones a la obligación general de definición de las especificaciones técnicas de acuerdo con las normas europeas, supuestos excepcionales que las Administraciones deberán indicar en los pliegos de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas particulares y en el anuncio del contrato.

<sup>8</sup> Apartado 2 del artículo 36 de la Directiva 92/50/CEE, apartado 2 del artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE y apartado 2 del artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE.

pliego de condiciones «en la medida de lo posible» en orden decreciente según la importancia que les atribuya el poder adjudicador.

A juicio de las instituciones comunitarias, en primer lugar, la mención al «orden de importancia decreciente» es poco precisa y necesita ser aclarada. En segundo lugar, incluso cuando se indica un orden de importancia decreciente de los criterios de adjudicación, los poderes adjudicadores siguen teniendo un margen discrecional considerable a la hora de adjudicar el contrato. En efecto, si sólo se indica un orden de importancia decreciente, el poder adjudicador mantiene la posibilidad de dar a los criterios, en el momento de la evaluación, un peso determinado y, por tanto, un valor relativo que no conocen los licitadores. La falta de transparencia puede tener como resultado que determinados poderes adjudicadores confieran una importancia inesperada o imprevisible a uno o varios criterios, incluso después de la apertura de las ofertas, de modo que den un trato privilegiado a una u otra de éstas.

De esta manera, ante dos criterios, el orden de preferencia puede llevar a conceder el 90 % o el 51 % del valor relativo al primer criterio. Además, al no existir una norma general que obligue a indicar la ponderación relativa de los criterios desde el inicio del procedimiento, es difícil controlar la elección definitiva del poder adjudicador.

Habría, pues, que reconocer que tal carencia desemboca, en la fase crucial de la adjudicación del contrato, en dejar sin efecto útil las normas que rigen las etapas anteriores del procedimiento de adjudicación. Todas estas normas persiguen el mismo objetivo de garantizar el respeto de los derechos de los licitadores y, especialmente, los principios de igualdad de trato y de transparencia.

*Por lo tanto, la directiva quiere prever la obligación de mencionar, ya en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, la ponderación relativa de cada criterio. Ésta puede adoptar distintas formas (principalmente, porcentajes o parte relativa en relación con otro criterio) y, para mantener cierta flexibilidad, se puede expresar en forma de una banda de valores dentro de la cual se situará el valor asignado a cada criterio.*

Esta regulación afecta directamente al artículo 86 de la LCAP 2/2000. En este precepto se afirma que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares han de constar los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación (art. 86.1 y 3). Además, «los criterios se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atri-

buya y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos».

La LCAP debería, pues, dejar clara la obligatoriedad de establecer expresamente en dicho pliego la ponderación exacta de cada criterio. En el propio Derecho comunitario podría profundizarse aún más de lo que lo hace la actual propuesta de directiva, en aras de conseguir el objetivo que se pretende. Habría que llegar a un control judicial que, cuando sea factible, indique a quién debe adjudicarse el contrato. «Cuando sea factible» significa o presupone la existencia de parámetros normativos claros donde consten los criterios que deben aplicarse por la Administración a la hora de adjudicar un contrato.

VI. Otro tema interesante, objeto de reforma, es el llamado «*diálogo competitivo*». Determinadas adjudicaciones pueden ser especialmente complejas, ya que los poderes adjudicadores no se encuentran objetivamente en situación de definir los medios —técnicos, jurídicos o financieros— que mejor podrían satisfacer sus necesidades. Por ejemplo, los contratos del sector de sanidad (equipos quirúrgicos, sistemas de diagnóstico por imagen).

La propuesta de directiva pretende introducir una mayor flexibilidad superando los problemas jurídicos, existentes actualmente, en aras de entablar un diálogo con los licitadores.

El presupuesto para su aplicación es que el poder adjudicador no se encuentre capacitado para valorar los medios técnicos que puedan satisfacer sus necesidades (...).

Haciendo un esquema de la regulación de este diálogo competitivo sus fases principales serían las siguientes:

1. Anuncio de licitación exponiendo las necesidades del poder adjudicador.
2. Diálogo entre el poder adjudicador y los candidatos seleccionados, a fin de definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades, respetando los principios de igualdad y confidencialidad.
3. Invitación, a los participantes, a que presenten su oferta final.
4. Adjudicación conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación y al criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

VII. Otra cuestión trascendental se refiere a *los umbrales*, ya que éstos expresan la barrera dentro de la cual se produce la repercusión de las directivas comunitarias de contratos públicos.

No puede por eso extrañar que desde las instituciones comunitarias se proponga estudiar la posibilidad de rebajar los umbrales, especialmente los relativos a las obras.

Esta medida permitiría así ampliar el número de contratos abiertos a escala europea a las pequeñas y medianas empresas, las cuales están (a su juicio) en condiciones de responder de manera muy competitiva, gracias a su flexibilidad, a contratos de media o pequeña importancia. No obstante, este asunto debe ser examinado en el marco internacional de la Organización Mundial del Comercio.

VIII. La propuesta de directiva se propone, asimismo, modificar las disposiciones de las directivas sobre el uso de distintas nomenclaturas (CPC, NACE y Nomenclatura Combinada), sustituyéndolas por una nomenclatura común (*el Vocabulario Común de Contratos Públicos: Common Procurement Vocabulary, CPV*).

Las instituciones comunitarias se muestran convencidas de que esta nomenclatura constituye una evolución y mejora de las nomenclaturas CPA y NACE, en el sentido de que se adecúa mejor al carácter específico del sector de la contratación pública.

IX. Otro motivo de la reforma es excluir, del ámbito de aplicación de las directivas, la contratación de los poderes públicos que ejercen una actividad en *el sector de las telecomunicaciones*.

La presente cuestión, interesante, es en parte fruto del proceso de liberalización de las telecomunicaciones y, en la otra parte, una cuestión de coherencia con la directiva 93/38/CEE de «sectores especiales».

A mi juicio, dicho proceso pone de manifiesto que, una vez se libera un determinado sector, dejan de existir motivos suficientes para tener que sujetar la contratación pública (de los poderes públicos que ejercen una actividad en el sector de telecomunicaciones) al régimen siempre estricto de las directivas comunitarias. Los agentes públicos pasan a ser operadores de mercado que, como los demás agentes, tienen fundamentalmente un móvil económico en un entorno de competencia. Si este régimen se consagra es claro que los agentes económicos públicos, si los hay, han de regirse por las mismas reglas que los privados. Por tanto, una vez liberalizado el sector, no aparecen razones suficientes que lleven a cargar (al Estado o con mayor probabilidad a sus organismos públicos) con la aplicación de los criterios de publicidad y de adjudicación previstos en la

directiva 93/38/CEE (directiva, en principio aplicable en estos casos, es decir la directiva de sectores especiales).

Actualmente dicha directiva 93/38/CEE está en proceso de reforma y uno de sus motivos es excluir, a los poderes públicos del sector de las telecomunicaciones, de su ámbito de aplicación. Entonces, si no se modificaran las directivas «clásicas», la consecuencia sería que los poderes públicos estarían de nuevo sometidos a las directivas «clásicas» en lo relativo a sus compras vinculadas a su actividad en el sector de las telecomunicaciones.

Y esto, obviamente, sería por su parte contrario a la lógica de las directivas relativas a la contratación pública. Sería concretamente ilógico que los poderes públicos, que, en el actual estado de cosas —incluso en ausencia de una competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones—, estaban sometidos a las disposiciones más flexibles de la directiva 93/38/CEE, pasaran a estar sometidos a las normas más estrictas de las directivas «clásicas».

X. Cambiando de tema, interesante es también el «nuevo» artículo 7 bis<sup>9</sup> relativo a «las *centrales de compra*». En esencia, se admite y fomenta la práctica, desarrollada en algunos Estados miembros, de centralización de adquisiciones: varios poderes adjudicadores se encargan, en estos casos, de efectuar las compras o de adjudicar contratos públicos para otros poderes adjudicadores. A juicio de las instituciones comunitarias, este sistema favorece la competencia mediante publicaciones de ámbito europeo según la importancia de los contratos, y a *ayudar* a las entidades locales. El límite jurídico consiste, obviamente, en que dichas centrales de compra hayan respetado las garantías de la directiva comunitaria. En tal caso, se entiende que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros o servicios recurriendo a una central de compra han observado dichas garantías.

En el Derecho español el artículo 183 de la LCAP 2/2000 regula la «contratación centralizada de bienes», ya que el Ministerio de Hacienda puede declarar de adquisición centralizada el mobiliario, material y equipamiento de oficina y otros bienes (...).

---

<sup>9</sup> Dicho artículo se introduce a través de una enmienda en la «propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras», de 6 de mayo de 2002, *cit.*

XI. Por su parte, *la otra propuesta de directiva del PE y del Consejo, es decir la relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía y de los transportes*<sup>10</sup>, y de los servicios postales, tras la propuesta modificada de 6 de mayo de 2002 [COM(2002) 235 final], afecta a la directiva 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones («directiva sectores especiales»).

La cuestión a mi juicio central de esta reforma es debatir hasta qué punto sigue estando justificada la sujeción, de las entidades contratantes, a la directiva de sectores especiales, en el actual marco de liberalización que ha afectado con mayor o menor medida a la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

Es claro que tan justificada está dicha sujeción en un contexto de protagonismo público de gestión como injustificada cuando el poder público pasa a ser un agente económico más que, junto a otros, compite en un sector o mercado donde los distintos agentes (y también los públicos) se mueven por un criterio de búsqueda de rentabilidad, sin perjuicio de las regulaciones públicas tendentes a procurar la realización de fines públicos.

Estas reflexiones parecen tener un especial sentido en el ámbito de las telecomunicaciones (y también aunque de forma no tan acusada en los sectores energéticos), donde la apertura de la competencia ha sido intensa.

De ahí que la presente propuesta excluya el sector de las telecomunicaciones del ámbito de aplicación de la directiva 93/38/CEE. Afianza esta exclusión el convencimiento de la Comisión en que la liberalización del sector será la tónica dominante durante los próximos años.

XII. *¿Y qué decir de los demás sectores?* En principio, la liberalización y apertura de la competencia no está tan avanzada y, por tanto, afirmar una exclusión del ámbito de aplicación de la directiva de sectores especiales sería arriesgada y simplista. A escala comunitaria, se ha iniciado la liberalización de determinados sectores distintos de las telecomunicaciones, especialmente en el sector de la energía. Sin embargo, dado que la liberalización no está tan avanzada como en el sector de las telecomunicaciones, la propuesta de directiva adopta una solución diferente en lo relativo a estos otros sectores. De hecho, en lugar de excluir ya tales sectores completamente del ámbito de aplicación de la directiva (lo que pre-

<sup>10</sup> COM/2000/0276 final-COD 2000/0117, DO C 029 E, de 30 de enero de 2001.

supondría que la competencia efectiva se daría ya en todos los Estados miembros) la presente propuesta ha considerado más apropiado introducir un mecanismo general que permita eximir las compras en dichos sectores *a medida que se constate que éstos están expuestos directamente a la competencia en mercados cuyo acceso ya no está limitado. Si se introdujera la competencia efectiva en un sector determinado, la Comisión se reserva el derecho de presentar una propuesta modificada para excluirlo del ámbito de aplicación.*

Así pues, la presente propuesta considera que aún existen motivos para mantener la sujeción, a los criterios de las directivas comunitarias de contratación pública, de las entidades contratantes (poderes públicos y organismos de Derecho público) cuya actividad se desarrolle en los sectores del agua, de la energía y de los transportes.

XIII. En este sentido, una novedad de la propuesta *modificada* de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, de 6 de mayo de 2002<sup>11</sup>, es la referida a la *original inclusión de los servicios postales* dentro del articulado de la nueva directiva de sectores especiales, ya que en la propuesta de directiva original no se regula esta cuestión<sup>12</sup>.

Podemos entender fácilmente, a estas alturas, los motivos de esta inclusión: considerando el actual proceso de liberalización del sector postal es lógico que los poderes adjudicadores del sector postal, actualmente sujeto a la directiva clásica, se sometan a las normas más flexibles de la directiva sobre sectores para poder tener en cuenta la liberalización en curso de este sector (sobre esto S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general*, Editorial Comares Granada 2001).

La inclusión del sector postal dentro de la directiva de sectores se justifica, asimismo, considerando que aquél puede ser ejercido tanto por entidades públicas como privadas. Y a través de una red. Características éstas presentes en los demás sectores (puede verse el nuevo considerando 2 de la propuesta y el artículo 5 bis).

En fin, confirmando las afirmaciones anteriores, la propuesta de directiva de sectores (así como la propuesta modificada, que reforma aquélla) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedi-

<sup>11</sup> COM(2002)235 final.

<sup>12</sup> COM/2000/0276 final-COD 2000/0117, DO C 029 E, de 30 de enero de 2001.

mientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, de 6 de mayo de 2002<sup>13</sup>, afirma la posibilidad de que las propias entidades contratantes puedan pedir la apertura de un mecanismo de exclusión.

Es decir, si una determinada actividad se ve sometida directivamente a un régimen de competencia de mercados cuyo acceso no está limitado, la presente directiva deja de aplicarse<sup>14</sup>.

A la exclusión antecede un procedimiento, de verificación de que el sector se ha liberalizado, cuya introducción corresponde a la empresa interesada en inaplicar la legislación administrativa de contratación o la propia Comisión.

XIV. Finalmente, las reformas tienen como finalidad *integrar adecuadamente los aspectos ambientales y sociales* en la contratación administrativa.

Por lo que respecta al medio ambiente, dicha integración afecta primeramente a la descripción del objeto del contrato. Por ejemplo, abierta estaría la posibilidad de requerir un determinado tipo de materiales básicos o materias primas, así marcos de madera para las ventanas de un edificio administrativo, etc., así como la posibilidad de exigir la utilización de un procedimiento concreto de producción, o la posibilidad de remisión a las etiquetas ecológicas.

En particular, en las especificaciones técnicas que deben utilizarse para definir las obras, los suministros y los servicios solicitados por el poder adjudicador, la propuesta modificada de directiva afirma expresamente que las especificaciones técnicas pueden formularse en términos de impacto del producto en el medio ambiente durante su ciclo de vida.

Asimismo, la repercusión del medio ambiente afectaría a la fase de selección de los candidatos, exigiendo una determinada capacidad técnica o que los contratistas actúen en el marco de un sistema de gestión ambiental.

Sobre este particular se plantea una cierta complejidad, ya que en principio la adjudicación ha de atender a criterios objetivos y económicos.

---

<sup>13</sup> COM(2002)235 final.

<sup>14</sup> Para determinar si una actividad está sometida directamente a la competencia, hay que basarse en criterios tales como las características de los bienes o servicios de que se trate, la existencia de bienes o servicios alternativos, los precios y la presencia, real o potencial, de más de un proveedor de los bienes o servicios de que se trate.

Según la sentencia del TJCE asunto C-513/99 el *quid* estaría en poder aplicar elementos medioambientales siempre que quedaran a salvo los principios de Derecho comunitario.

Por otra parte, la adjudicación del contrato, y en particular el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, podría hacerse considerando elementos medioambientales en aquellos casos en que suponga una ventaja económica para la entidad contratante que pueda atribuirse al producto o servicio objeto de la licitación.

Los poderes adjudicadores dispondrían de un amplio margen de maniobra para establecer cláusulas contractuales, relativas a la ejecución del contrato, que tengan por objeto la protección del medio ambiente (reutilización a cargo del contratista del material de envasado).

*Una reflexión, por tanto, puede hacerse: aunque la incidencia de las directivas de contratación se ha limitado hasta el momento a la fase de adjudicación en el contrato, observamos cierta intención de extender la influencia del Derecho comunitario a la fase de ejecución del contrato.*

En esta línea, la propuesta modificada de directiva se hace eco de las enmiendas a la propuesta de directiva que requerían a la Comisión que ésta «aclarase aún más que las condiciones de ejecución de un contrato no deben constituir una discriminación y que pueden ir encaminadas a lograr objetivos medioambientales específicos (...)».

En consecuencia, se introduce un artículo 26bis (conforme al nuevo considerando 29), titulado como «condiciones de ejecución del contrato» donde se admite claramente que «los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, particularmente, a consideraciones de tipo social y medioambiental» (puede verse el nuevo considerando 40 introducido en la propuesta modificada de directiva de 6 de mayo de 2002 y los artículos 48 y 49).

XV. Completando la reflexión que acabamos de hacer, la Comisión en su Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de *integrar los aspectos sociales en dichos contratos*<sup>15</sup> afirma que «es ante todo en la fase de ejecución, es

<sup>15</sup> 2001/C 333/08.

decir, una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del contrato que sean compatibles con el Derecho comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas en favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo.

Asimismo, la propuesta modificada de directiva (de 6 de mayo de 2002) añade (a la propuesta de directiva) un considerando 30 para decir que «las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como comunitarios, vigentes en materia social y de seguridad, se aplicarán *durante la ejecución de un contrato público*, siempre que dichas normas, así como su aplicación se ajusten al Derecho comunitario (...)»<sup>16</sup>.

Por su parte, en el momento de definir el objeto del contrato, según la Comisión, los poderes adjudicadores pueden tener en cuenta los aspectos sociales.

En cuanto a la fase de adjudicación, la propuesta modificada de directiva (de 6 de mayo de 2002) incide en que los «poderes adjudicadores pueden rechazar ofertas que sean anormalmente bajas debido al incumplimiento del derecho en materia social».

En particular, por lo que respecta a la fase de selección del contratista, es coherente con los objetivos sociales la exclusión de los licitadores por incumplimiento de la legislación social, pero la Comisión estudia además la posibilidad de profundizar en dichos objetivos apoyándose en el concepto de «responsabilidad o solvencia social» integrando cada vez más aspectos sociales o éticos en la política empresarial.

Pero nuevamente se plantea el problema de la posible incompatibilidad entre la aplicación de criterios sociales y los criterios generales de las directivas para la selección y adjudicación de los contratos. En la im-

<sup>16</sup> Un problema que puede plantearse es la determinación de qué entendemos por «aspectos sociales». Según la Comisión Europea pueden aquéllos remitir tanto a las medidas por las que se garantiza el respeto de los derechos fundamentales y de los principios de igualdad de trato y no discriminación, como a las legislaciones nacionales en materia social, así como a las directivas comunitarias sobre salud o seguridad en el trabajo. La expresión «aspectos sociales» abarca también las cláusulas preferentes (por ejemplo para la reinserción de las personas desfavorecidas o excluidas del mercado de trabajo) o las actuaciones o discriminaciones positivas de cara a la lucha contra el desempleo o la exclusión social. De todo esto cabría una traducción a la hora de prever las especificaciones técnicas.

portante sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Beentjes, el Tribunal precisó que de las directivas sobre contratos públicos se desprende que los poderes adjudicadores sólo pueden verificar la aptitud de los contratistas por criterios fundados en su capacidad económica, financiera y técnica (apartado 17).

En esta sentencia el Tribunal dictaminó que el requisito de contratar a desempleados de larga duración no guardaba relación alguna con la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica (puede verse la STJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/81).

De ahí que, a juicio de la Comisión, los criterios sociales podrán ser tenidos en cuenta cuando sean compatibles o contribuyan a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa a tenor de las directivas.

XVI. Resta, pues, hacer una referencia a la posible reforma del Derecho español como consecuencia de una más que futurible *sentencia del TJCE (asunto C-214/00)*. O mucho cambian las cosas, o aquélla tendrá como desenlace (si se confirman las conclusiones del Abogado General, lo que parece en este caso probable) una reforma de nuestra normativa de contratos administrativos y de nuestra legislación de tipo procesal. En esencia, según el Abogado General, nuestro concepto de poder adjudicador no se revela aún del todo conforme a las directivas, ya que en la Ley de contratos 2/2000 se exige la presencia de un organismo de *Derecho público*, mientras que las directivas se aplican también a organismos de Derecho privado. Lo esencial, para el Derecho comunitario, es la función que desarrolla la entidad y, si dicha función es la realización de un interés general, han de aplicarse las directivas, independientemente de la forma jurídica de la entidad. En cambio, la Ley de contratos exige primero identificar formalmente un organismo de *Derecho público*, para, acto seguido, observar si el ente cumple dicha función, a efectos de aplicar la ley de contratos.

Por otra parte, no existirían, según la Comisión y el Abogado General, medios procesales adecuados para la impugnación de actos de trámite (o, mejor, medios procesales para evitar perjuicios futuros) en fase de adjudicación del contrato, ni tampoco una posibilidad de solicitud (autónoma del recurso contencioso-administrativo) de las medidas cautelares contra la adjudicación del contrato.

