

# LA REFORMA EUROPEA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

**Pedro Costa Gonçalves**

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra  
Miembro del Grupo de Contratación Pública do Cedipre  
Universidad de Coimbra

Recepción: 30 de junio de 2015

Aprobado por el Consejo de redacción: 1 de octubre de 2015

**RESUMEN:** Las nuevas Directivas de contratos y concesiones públicas de 2014 introducen diversas novedades: el establecimiento de un régimen jurídico autónomo para las concesiones públicas, la introducción de una nueva regulación de los procedimientos y criterios de adjudicación de los contratos públicos y, por primera vez, la regulación de la ejecución de contratos y concesiones, en especial respecto de la modificación y rescisión.

**PALABRAS CLAVE:** contratos públicos; concesiones públicas; Directivas europeas.

**ABSTRACT:** New directives on public procurement and concessions 2014 introduce several innovations: the establishment of an autonomous legal framework for public concessions, the introduction of a new regulation of criteria and procedures for the award of public contracts and, for the first time, the regulation of the execution of contracts and concessions, especially regarding its modification and termination.

**KEYWORDS:** public procurement; public concessions; european Directives.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. NUEVA SISTEMÁTICA. III. CONTINUIDAD DE LAS DICOTOMÍAS CONTRATOS PÚBLICOS/CONCESIONES Y SECTOR PÚBLICO/SECTORES ESPECIALES. IV. PRINCIPIOS APLICABLES A LA ADJUDICACIÓN DE CONCESIONES Y DE CONTRATOS PÚBLICOS. V. EN PARTICULAR, LAS INNOVACIONES DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE. 1. Reglamentación de los contratos entre entidades del sector público. 2. Contratación pública electrónica. 3. Utilización estratégica de la contratación pública. 4. Nuevo régimen de los motivos de exclusión. 5. Nuevos procedimientos de adjudicación. 6. Mayor apertura a procedimientos con fases de negociación. 7. Régimen simplificado de adjudicación. 8. Soluciones favorables para las pequeñas y medianas empresas. 9. Regulación de aspectos de la ejecución del contrato. 10. Gobernanza o regulación de la contratación pública.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

La historia del derecho europeo de la contratación pública se inició a fines de la década de los 60 del siglo pasado, marcada por el propósito de servir a la libertad de circulación y de prestación de servicios y el principio de no discriminación de los operadores económicos por razón de la nacionalidad. Ya tempranamente se intuyó que la contratación pública, al presuponer la actuación de la Administración Pública en el mercado como cliente en la compra de bienes y servicios, puede constituir una herramienta esencial en la construcción de un mercado europeo único y en la interpenetración de las economías nacionales.

En una fase inicial, el derecho europeo se ocupó, prácticamente en exclusiva, de la reglamentación de los procedimientos de adjudicación de contratos: varias generaciones de directivas habrían de ser publicadas sobre esta materia<sup>1</sup>, constituyendo la reforma de 2014, que aquí se analiza en términos generales, la última etapa de ese proceso.

Posteriormente, a partir de 1989, el derecho europeo pasa a establecer reglas sobre los medios procedimentales de garantía del sistema construido por las directivas sustantivas: surgen, así, las directivas–recursos.

Por fin, primero por vía jurisprudencial y, con la reforma de 2014, a través de la legislación, el derecho europeo penetra en la reglamentación de aspectos fundamentales de la ejecución de los contratos.

La reforma de 2014 está constituida por un paquete de tres directivas, relativas a tanto a los procedimientos de adjudicación como a aspectos sustantivos, relacionados con la ejecución de los contratos afectados.

La Directiva 2014/23/UE, se aplica a las "concesiones", es decir, a las concesiones de obras públicas y a las concesiones de servicios públicos; la Directiva 2014/24/UE se aplica a los "contratos públicos", o sea, a los contratos de obras públicas, contratos de suministro y contratos públicos de servicios adjudicados en el ámbito del sector público por los "poderes adjudicadores"; la Directiva 2014/25/UE se aplica a esos mismos contratos públicos celebrados en el ámbito de los denominados sectores especiales por las "entidades adjudicadoras"<sup>2</sup>.

---

1 Sobre las sucesivas generaciones de directivas comunitarias en materia de contratación pública, cf. Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos (para uma Contratação Pública Sustentável)*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 72 y sigs.

2 Para una visión genérica y panorámica de las directivas de 2014, cf. Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities*

Las directivas se aplican cuando el valor estimado de los contratos se sitúe en los respectivos *umbrales de aplicación*. Estos umbrales varían en función de múltiples factores (y son, por lo general, modificados anualmente a través de Reglamentos comunitarios). Actualmente, están sujetos a las reglas de las directivas: las concesiones y los contratos de obras públicas de valor igual o superior a 5.186 millones de euros; los contratos de suministro de productos y de servicios de valor igual o superior a 207 mil euros, con excepción de los casos previstos en el artículo 4.º, apartados *b)* y *d)*, de la Directiva 2014/24/UE y artículo 15.º, apartados *a)* y *c)*, de la 2014/25/UE.

## II. NUEVA SISTEMÁTICA

Antes de entrar en el análisis de las nuevas soluciones, llama la atención la nueva sistematización del derecho de la UE de los contratos públicos. El modelo dualista de 2004 (una directiva para los contratos públicos del sector público clásico y otra para los contratos públicos de los sectores especiales), surge ahora transformada o, mejor dicho, complementada por un tercer pilar, constituido por la directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión (concesión de obras y concesión de servicios). A este nuevo modelo ternario se asocia la novedad consistente en la entrada del derecho de la UE en la reglamentación de las concesiones de servicios, es decir, de las concesiones relativas a la *prestación* y a la *gestión* de servicios públicos o servicios bajo la reponsabilidad originaria de un poder adjudicador o de una entidad adjudicadora – aclárese, en este sentido, que las concesiones de servicios no constituían un tipo contractual ajeno a la incidencia del derecho de la UE: en realidad, es relativamente larga la lista de decisiones del Tribunal de Justicia que aplican los principios del derecho comunitario a los contratos de concesión de servicios.

---

*procurement*, cit., p. 197 y sigs.; F. Lichère/R. Caranta/S. Treumer, *Modernising public procurement: the new directive*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2014; AAVV, n.º 3 e 4 del año de 2014 de la PPLR; W. Jaeger, "Die neue Basisvergabe richtlinie der EU vom 26.2.2014 – ein Überblick", *NZBau*, 2014, n.º 5, p. 257 y sigs.; H.J. Prieß/R.M. Stein, "Die neue EU-Sektorenrichtlinie", *NZBau*, 2014, n.º 6, p. 321 y sigs.; J. Gröning, "Die neue Richtlinie für die öffentliche Auftragsvergabe – ein Überblick", *Vergaberecht*, 2014, n.º 3, p. 339 y sigs.; G. Clamour, "Nouvelle directive marchés, premier panorama", *Contrats et Marchés Publics*, 2014, n.º 3, p. 19 y sigs.; dossiers "Les nouvelles directives «marchés»", *Contrats Publics*, 2014, n.º 143 y n.º 144; dossier "Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni", *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, n.º 12, p. 1135 y sigs. Específicamente sobre el nuevo régimen de las concesiones, cf. C.H. Bovis, "Highlights of the EU procurement reforms: the new Directive on Concessions", *EPPPL*, 2014, n.º 1, p. 1; M. Burnett, "The New European Directive on the Award of Concession Contracts – Promoting Value for Money in PPP Contracts?", *EPPPL*, 2014, n.º 2, p. 86 y sigs.; M. Knauff/E. Badenhausen, "Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe", *NZBau*, 2014, n.º 7, pp. 395 y ss.; V. Wagner/B. Q. Pfohl "Die neue Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe: Anwendungsbereich, Ausnahmenvorschriften und materielle Regelungen", *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht*, 2014, n.º 8, p. 745 y ss.; dossier "La nouvelle directive «concession»" *Contrats Publics*, 2014, n.º 141; R. Caranta, "The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works", *Common Market Law Review*, vol. 52 (2015), n.º 2, p. 391 y sigs. Identificando una cierta aproximación al nuevo derecho europeo de los contratos públicos al modelo norteamericano (subrayando, en todo caso, la continuidad de ciertas diferencias), cf. C. Yukins, "Public procurement law: key international developments in 2014 – Part I: an American perspective on the new European public procurement directive", *GW Law School Public Law and Legal Theory No. 2015-3* [<http://ssrn.com/abstract=2571402>].

### III. CONTINUIDAD DE LAS DICOTOMÍAS CONTRATOS PÚBLICOS/ CONCESIONES Y SECTOR PÚBLICO/SECTORES ESPECIALES

Aún en un plano general, y como resultado de lo que se acaba de indicar, se señala la (continuación de la) distinción entre "contratos de concesión" y "contratos públicos" y la definición de estos últimos como contratos que tengan por objeto la *ejecución de obras*, el *suministro de productos* o la *prestación de servicios*.

La dicotomía esencial entre reglamentación de las concesiones y la reglamentación de los contratos públicos (sector público) reside fundamentalmente en la menor densidad de la reglamentación de los procedimientos de adjudicación de las primeras: se instituye, en este ámbito, un *principio de libertad de organización del procedimiento de adjudicación* (artículo 30.º de la Directiva 2014/23/UE); por el contrario, la reglamentación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos incluye la tipología de los procedimientos disponibles (concurso abierto, concurso restringido, procedimiento negociado, diálogo competitivo, asociaciones para la innovación y procedimiento negociado sin publicidad) e indica, de forma tendencialmente imperativa, los criterios de selección del procedimiento (artículo 26.º de la Directiva 2014/24/UE).

Como ya vimos, el sistema ternario (tres directivas) tampoco cuestiona la dicotomía regulatoria entre concesiones y contratos públicos en el *sector público* y concesiones y contratos públicos en los denominados *sectores especiales* (agua, energía, transportes y servicios postales).

### IV. PRINCIPIOS APLICABLES A LA ADJUDICACIÓN DE CONCESIONES Y DE CONTRATOS PÚBLICOS

Es común a las tres directivas la identificación de principios jurídicos esenciales en materia de contratación pública y adjudicación de contratos: *igualdad de trato*, *no-discriminación*, *transparencia* y *proporcionalidad*: respecto a la relación con la reglamentación de 2004, se añade ahora el deber (de los poderes y entidades adjudicadoras) de actuación de "forma proporcionada", consagrando de este modo el principio de proporcionalidad: artículos 3.º, n.º 1, de la Directiva 2014/23/UE, 18.º, n.º 1, de la Directiva 2014/24/UE y 36.º, n.º 1, de la Directiva 2014/25/UE.

El principio de concurrencia, a pesar de no formularse de forma expresa junto a los anteriores, se deriva claramente del enunciado, recogido en las tres Directivas, según el cual los procedimientos de adjudicación no deben ser concebidos con la intención de huir del ámbito de aplicación de la directiva o de reducir artificialmente la concurrencia. Se considera que la concurrencia ha sido artificialmente reducida cuando la licitación haya sido organizada con el propósito de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos

### V. EN PARTICULAR, LAS INNOVACIONES DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE

En términos más específicos, algunas de las innovaciones de mayor significado se encuentran en la Directiva 2014/24/EU, relativa a los contratos públicos.

En una lectura breve, dirigida sólo a captar lo esencial de la norma, pueden señalarse, apartado por apartado, las principales innovaciones de la nueva regulación legal –subráyese que se pretende identificar los rasgos innovadores de la regulamentación europea en cuanto que regulación “legal”, incluida en las directivas; se debe observar que, en mucho supuestos, la disciplina que ahora recogen las directivas ya integraba el derecho de los contratos públicos de la UE, bien por derivar directamente de los principios generales, bien por hallarse enunciada en documentos de *soft law* tales como comunicaciones de la Comissão Europeia, o bien, en especial, por deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

## 1. Reglamentación de los contratos entre entidades del sector público

De acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se regula la denominada contratación interna o *in house* así como la contratación de cooperación (artículo 12.º), con el fin de excluir esas formas de contratación del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>3</sup>.

En lo que afecta a la contratación *in house*, la Directiva mantiene los dos requisitos establecidos por la jurisprudencia (control análogo y destino de la actividad), si bien con las siguientes innovaciones: especificación del control análogo, mediante la definición del concepto (“influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada”), la admisibilidad, aunque sea con carácter excepcional, de la participación directa de capital privado, así como también la definición de las condiciones del control análogo conjunto; en cuanto al destino esencial de la actividad, la Directiva introduce un factor de cuantificación: el 80% de las actividades de la persona

3 Es conocida la “historia” de la contratación *in house*, iniciada con la sentencia *Teckal* (Sentencia del TJ de 18/11/1999, Proc. C-107/98 – cf. Maria Rangel Mesquita, “In house: desenvolvimentos recentes da jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias”, *Homenagem da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles: 90 anos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 903 y sigs.; Cláudia Viana: “Contratos públicos «in house» – en especial, las relaciones contractuales entre municipios y empresas municipales e intermunicipales”, *Direito Regional e Local*, n. 00, 2007, p. 37 y sigs.; Diogo Duarte Campos, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, a adjudicação in-house em particular*, Colección PLMJ, vol. 1, Coimbra Editora, 2010; Durval Tiago Ferreira, *Contratación in house*, Coimbra, Almedina, 2013; Alexandra Leitão, *Lições de Direito dos Contratos Públicos (Parte Geral)*, Lisboa, AAFDL, 2014, p. 53 y sigs. En general, para una visión de la evolución del tema, en especial a partir de la jurisprudencia del TJ, cf. M. T. Karayigit, “A new type of exemption from the EU rules on public procurement established: «in the neighbour’s house» provision of public interest tasks”, *PPLR*, 2010, n.º 6, p. 183 y sigs.; J. Wigger, “Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in house doctrine under EU procurement law”, *PPLR* 2011, n.º 5, p. 151 y sigs.; M. Burgi/F. Koch, “In-house procurement and horizontal cooperation between public authorities”, *EPPPL*, 2012, p. 86 y sigs.; D. Casalini, “Beyond EU law: the new “public house”, in G. S. Ølykke/C. R. Hansen/C. D. Tvarnø, *EU Procurement Directives – modernisations growth & innovation*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2012, p. 151 e sigs.; R. Williams, “Public cooperation – Teckal in practice”, *PPLR* 2012, n.º 1, NA 1, y sigs.; D. McGowan, “EU clarification of permissible cooperation and pecuniary interest: Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce (C-159/11)”, *PPLR* 2013, n.º 3, NA 61 y sigs.; *idem*, D McGowan, “Further clarification of permissible public cooperation: Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co.KG v Kreis Duren”, *PPLR*, 2013, 6, NA 158; K. Pedersen/E. Olsson, “Azienda – the creation of an exemption from public procurement law”, *PPLR*, 2013, n.º 6, p. 225; J. Falle, “Hamburg again: shared services and public sector cooperation in the case of Technische Universität Hamburg–Hamburg v Datenlotsen Informationssysteme GmbH”, *PPLR*, 2014, n.º 5, NA 123 y sigs.; M. Comba/S. Treumer (eds.), *The in-house providing in European law*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2010; I. Rizzo, *L’affidamento in house (un istituto a cavallo tra il pubblico e il privato)*, Roma, Dike, 2009.

jurídica controlada deben corresponderse con actividades a ella confiadas por el poder adjudicador<sup>4</sup>.

Por lo que se refiere a la contratación de cooperación, se trata de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos entre poderes adjudicadores celebrados con el fin de regular una relación de cooperación que asegure el desempeño conjunto de tareas públicas de competencia de ambas entidades.

## 2. Contratación pública electrónica

La Directiva contiene un capítulo (II) sobre técnicas e instrumentos para la contratación pública electrónica (y agregada); se trata de un capítulo que regula figuras e instrumentos de contratación ya conocidos y regulados en la Directiva 2004/18: los sistemas de adquisición dinámicos y las subastas electrónicas. Existe, sin embargo, una diferencia entre la nueva reglamentación y la anterior: en esta se indicaba que los Estados miembros podrían "prever la posibilidad de" que los poderes adjudicadores recurriesen a sistemas de adquisición dinámicos o a subastas electrónicas; ahora, en 2014, la Directiva adopta una formulación diferente y establece, directamente, que los poderes adjudicadores pueden utilizar todas esas posibilidades<sup>5</sup>.

Pero, sin duda, lo más relevante en materia de contratación pública electrónica (o, mejor dicho, de procedimientos electrónicos de contratación), es lo dispuesto en el prolijo artículo 22.º (y, en relación con éste, en el artículo 36.º) sobre "reglas aplicables a la comunicación" y a la utilización de medios electrónicos. Dede señalarse que se trata de norma imperativa dirigida a los Estados miembros, que abarca todas las comunicaciones e intercambios de información; en efecto, de acuerdo con el n.º 1 del artículo 22.º, "los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de informaciones en virtud de la presente directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo". Se impone, pues, la adopción de procedimientos de adjudicación electrónicos y de, como regla general, abolir el soporte de papel y la comunicación oral, así como, en ciertos casos, diligencias y actos que reclamen la presencia física de los interesados. Teniendo presente la dificultad de implementar una medida de este alcance, la Directiva concede un plazo suplementario a los Estados para aplicarla –18 de octubre de 2018–, de conformidad con el artículo 90.º, n.º 2.

La Directiva procura prevenir eventuales efectos indeseables derivados del uso de la electrónica en este sector, estableciendo, además, que los instrumentos y dispositivos a utilizar para la comunicación por vía electrónica, así como sus especificaciones técnicas, no pueden ser discriminatorios, deben estar generalmente disponibles y ser compatibles con los productos de uso corriente en el ámbito de las tecnologías de la información y

4 Apoyamos la solución de cuantificar qué se entiende por "actividad significativa" en el trabajo "Acórdão Carbotermo (contratación in-house)", *Jurisprudência Cunha Rodrigues – Comentários*, Lisboa, AAFDL, 2013, pp. 185-194.

5 Cf. A. Minescaut, "Techniques et instruments pour les marchés électroniques, quoi de neuf?", *Contrats Publics*, n.º 143, Maio 2015, p. 59 y sigs.

de la comunicación, no pudiendo limitarse el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación.

### 3. Utilización estratégica de la contratación pública

No supone una novedad la apertura del derecho de la Unión Europea a la denominada utilización estratégica de la contratación pública: se trata de encarar el potencial regulatorio de los contratos públicos y de concebir la adjudicación de contratos públicos como una herramienta para la realización de objetivos públicos que van más allá de la compra; la idea es que la realización de compras públicas se traduzca en una participación en el mercado "but regulating it *at the same time*"<sup>6</sup>. El camino en este sentido se inició con las referencias doctrinales a *objetivos secundarios* y a *políticas horizontales* de la contratación pública<sup>7</sup> y con algunas decisiones emblemáticas del Tribunal de Justicia; continuó con la consagración expresa en las directivas de 2004 de la apertura a la posibilidad de considerar factores ambientales y sociales, por ejemplo, en la delineación de los criterios de adjudicación e en la definición de las condiciones de ejecución de los contratos. Ahora, con la reforma de 2014, la tendencia se acentúa; véase, en este sentido, la siguiente referencia, en los considerandos de la Directiva 2014/24/UE: "es de capital importancia aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece la contratación pública para alcanzar los objetivos de Estrategia Europa 2020" (cf. considerando 95). La nueva regulación apuesta, pues, por una *utilización estratégica de la contratación pública*<sup>8</sup> y, en concreto, por la utilización de la contratación para la realización

6 Cf., nuestro trabajo *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, CEDIPRE Coimbra Editora, 2013, p. 133; Nuno Cunha Rodrigues, *A contratação pública como instrumento de política económica*, Coimbra, Almedina, 2013. En el derecho norteamericano de la contratación pública, desde hace mucho tiempo, se encuentra generalizado el uso del "procurement for political goals"; véase, como curiosidad histórica, el estudio sobre la utilización de la contratación pública como factor de igualdad y de estabilidad social y de combate a las discriminaciones raciales: cf. C. R. Noon, "The use of racial preferences in public procurement for social stability", *PCLJ*, vol. 38, n.º 3, 2009, p. 601 y sigs. También sobre este tema, y, en particular, sobre la interrelación entre contratación pública y derechos humanos, cf. A. Georgopoulos, "The EU accession to the ECHR: na attempt to explore possible implications in the área of public procurement", in V. Kosta/N. Skoutaris/V.P. Tzevelekos, *The EU accession to the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 271.

7 Cf. Diogo Duarte de Campos, "A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideración de factores ambientais e sociais", in *Estudos de Direito Público*, Colección PLMJ, n.º 4, Coimbra Editora, 2011, p. 127 y ss.; Ch. McCrudden, *Buying social justice – equality, government procurement & legal change*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Sue Arrowsmith/P. Kunzlik (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; R. Caranta/M. Trybus, *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2010; P. Trepte, "The contracting authority as purchaser and regulator: should the procurement rules regulate what we buy?", in G. S. Ølykke/C. R. Hansen/C. D. Tvarnø, *EU Procurement Directives – modernisations growth & innovation*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2012, p. 85 y ss.

8 Cf. J. J. Pernas García (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Pamplona, Aranzadi, 2013.

de los ya tradicionales objetivos sociales y ambientales (sostenibilidad<sup>9</sup>), pero también para finalidades ligadas a la innovación y el desarrollo<sup>10</sup>.

En términos prácticos, esa tendencia se concreta en la nueva figura de la asociación para la innovación (artículo 31.º), y, en particular, en el nuevo régimen de los criterios de adjudicación (que pasa a permitir criterios que incluyan aspectos ambientales y/o sociales ligados al objeto del contrato a celebrar) y, sobre todo, en la consideración de los costes del ciclo de vida del producto, servicio u obra (artículos 67.º y 68.º) o en la fijación de las condiciones de ejecución de los contratos (artículo 70.º)<sup>11</sup>.

Los poderes adjudicadores quedan, de este modo, autorizadas a tener en cuenta (v.g., para la adjudicación o para la ejecución del contrato) factores relacionados con la eficiencia energética de los productos a adquirir, con la emisión de gases nocivos, con las políticas de apoyo al empleo, con el comercio justo o equitativo, etc. En otro sentido, mas aún dentro de la consideración de factores "no económicos", deben citarse las reglas sobre contratos reservados (artículos 20.º y 77.º), que permiten limitar la participación en procedimientos de contratación a determinadas entidades u operadores económicos.

#### 4. Nuevo régimen de los motivos de exclusión

La Directiva mantiene el anterior modelo dualista, asentado en la distinción entre "motivos de exclusión obligatoria" (la ley nacional de transposición no puede dejar de imponer la exclusión y el poder adjudicador está obligado a excluir), asociados a la condena por la comisión de delitos graves, y "motivos de exclusión facultativa": en este caso, la ley nacional

9 Sobre contratación pública y sostenibilidad cf. E. Fisher, *"The power of purchase: addressing sustainability through public procurement"*, EPPPL 2013, n.º 1, p. 2 y ss.; D.C. Dragos/B. Neamtu, "Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects", in Lichère/Caranta/Treumer, *Modernising public procurement*, cit., p. 301 y ss. Sobre la contratación pública sostenible en Portugal, cf. Manuel da Silva Gomes, *"Sustainable public procurement in Portugal – state of the art and future prospects"*, EPPPL 2013, n.º 1, p. 60 y ss.; obsérvese, en este ámbito, el subtítulo del *Curso de Direito dos Contratos Públicos* de la Prof.ª Maria João Estorninho –"por uma contratação pública sustentável"– que identifica abiertamente la sostenibilidad como uno de los objetivos principales de la regulación de los contratos públicos. El tópico de la sostenibilidad implica una referencia a tres puntos críticos: medio ambiente, economía y sociedad.

10 Sobre la vertiente de innovación en la contratación pública y los tópicos de la "compra pública para la innovación" (directa y catalizadora), de la compra pre-comercial, de desarrollo de la innovación y adaptativa, cf. L. Butler, "Innovation in public procurement: towards the «Innovation Union»", Lichère/Caranta/Treumer, *Modernising public procurement*, cit., p. 337 y ss.; L. Hommen/M. Rolfstamm, "Public procurement and innovation: towards a taxonomy", *Journal of public procurement*, vol. 9, 2009, n.º 1, p. 17 y ss.; M. Steinicke, "The public procurement rules and innovation", in G. S. Ølykke/C. R. Hansen/C. D. Tvarnø, *EU Procurement Directives – modernisations growth & innovation*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2012, p. 259 y ss.; Martin Burgi, "Can secondary considerations in procurement contracts be a tool for increasing innovative solutions", in G. S. Ølykke/C. R. Hansen/C. D. Tvarnø, *EU Procurement Directives – modernisations growth & innovation*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2012, p. 275 y ss.; M. A. Bernal Blay, *"The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation"*, EPPPL 2014, n.º 1, p. 3 y ss.; V. Lember/R. Kattel/T. Kalvet, *Public procurement, innovation and policy (international perspectives)*, Berlin, Springer, 2014; C. Edquist/N. S. Vonortas/J.M. Zabala-Iturriagoitia/J. Adler, *Public procurement for innovation*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2015.

11 Sobre la consideración de factores ambientales, cf. Purificación López Toledo, *"La protección del medio ambiente en el derecho comunitario de contratos públicos: perspectiva y situación actual"*, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 7, 2014, p. 1 y ss. (<http://revista.jacobe.edu.mx/>).



puede optar entre *imponer* o *permitir* al poder adjudicador la exclusión, pero también podrá conferir a esta autoridad el poder de decidir si excluye o no.

Con todo, en esta materia, hay varias innovaciones dignas de ser destacadas: *a)* a título excepcional, la posibilidad de que la legislación nacional prevea derogaciones a la exclusión obligatoria "por razones imperiosas de interés público, como la salud pública o la protección del medio ambiente"; *b)* la posibilidad de excepciones en el ámbito de la exclusión por incumplimiento de obligaciones de pago de impuestos o cotizaciones sociales, "cuando tal exclusión resulte claramente desproporcionada, en particular cuando las cantidades adeudadas en concepto de impuestos o cotizaciones a la seguridad social sean reducidas"<sup>12</sup>; *c)* tratándose del incumplimiento de obligaciones de pago de impuestos o cotizaciones sociales, debe distinguirse entre los casos en que ese incumplimiento dio lugar a una decisión judicial o administrativa de exclusión de la participación (exclusión obligatoria) y aquellos otros en que el incumplimiento debe ser demostrado por el poder adjudicador (exclusión facultativa); *d)* la previsión de la posibilidad de exclusión en el supuesto de que el poder adjudicador demuestre que el operador económico se concertó con otros operadores económicos con el objetivo de distorsionar la competencia; *e)* la previsión de la posibilidad de exclusión en el caso de conflicto de intereses que no pueda ser corregido a través de otras medidas, menos invasivas<sup>13</sup>; *f)* previsión de la posibilidad de exclusión, en el caso de que exista una distorsión de la competencia derivada de la participación del operador económico en la preparación del procedimiento de contratación, si la situación no pudiese ser corregida por medio de otras medidas menos invasivas<sup>14</sup>; *g)* previsión de la posibilidad de exclusión por el incumplimiento de contratos anteriores; *h)* indicación de que la exclusión puede ser determinada "en cualquier momento del procedimiento" y de que el contrato "puede ser" objeto de rescisión si el contratante se hallase, en el momento de la adjudicación, incurso en causa de exclusión obligatoria; *viii)* implementación de medidas de *self-cleaning*, en el sentido de permitir la rehabilitación del operador económico impedido de participar; *i)* imposición a los Estados miembros de la duración máxima de vigencia de la exclusión, que, en los casos de condena

12 Cf. Sentencia *Libor*, del TJUE de 10 de julio de 2014, Proc. C-358/12, en el sentido de que los artículos 49.º TFUE y 56.º TFUE, así como el principio de proporcionalidad deben ser interpretados en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que obliga a los poderes adjudicadores a excluir del procedimiento de adjudicación de un contrato de obras públicas a un ofertante responsable de una infracción en materia de cotizaciones sociales, si la diferencia entre los importes debidos y el montante del pago satisfecho fuese superior, simultáneamente, a 100 euros y al 5% de los montantes debidos.

13 Sobre los conflictos de intereses, cf. artículo 24.º, norma de concreción (poco densa) del principio de imparcialidad del decisor público y que trata de impedir que el procedimiento sea dirigido por personal del poder adjudicador que tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico u otro interés personal susceptible de comprometer su imparcialidad e independencia en el procedimiento de adjudicación.

14 Sobre la participación previa de candidatos u ofertantes, cf. artículo 41.º, que prevé, además, que el candidato u oferente sólo pueda ser excluido cuando no existan otras formas de garantizar el cumplimiento del deber de observancia del principio de igualdad de trato. se não existirem outras formas de garantir o cumprimento do dever de observância do princípio da igualdade de tratamento.

Ya en este caso, ya en el de la exclusión debido a la existencia de conflictos de intereses, parece clara la opción de considerar la exclusión como una medida excepcional, de *ultima ratio*. Se trata de una aplicación específica del principio de proporcionalidad en materia de contratación pública.

penal y si no fuese establecida por la sentencia, no podrá ser superior a 5 años a contar desde la firmeza de la condena y, en los demás casos, no podrá superar los 3 años contados desde la fecha del hecho causante.

## 5. Nuevos procedimientos de adjudicación

En 2004 surgió, como gran novedad, el diálogo competitivo<sup>15</sup>. Ahora, en 2014, le toca a la *asociación para la innovación*<sup>16</sup> –cf. artículo 31.º de la Directiva 2014/24/UE. Sin cuestionar la importante innovación jurídica que representa esta figura, sus posibilidades de aplicación práctica (generalizada o no) sí plantean, sin embargo, alguna duda. Sea como fuere, debe reconocerse que puede constituir una palanca para una “mejor utilización estratégica de la contratación pública para fomentar la innovación”, toda vez que la “adquisición de productos, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y de la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad” (considerando 47 de la Directiva).

## 6. Mayor apertura a procedimientos con fases de negociación

“Es realmente necesario que los poderes adjudicadores gocen de mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones”, afirma el considerando 42 de la Directiva 2014/24/UE. La nueva reglamentación parece, de este modo, querer superar la tradicional desconfianza hacia la existencia de negociaciones entre los poderes adjudicadores y los oferentes en el desarrollo de los procedimientos de adjudicación<sup>17</sup>. Aunque los recelos sena comprensibles (riesgo para la transparencia y para la igualdad de trato de los concurrentes), la verdad es que la limitación de la posibilidad de negociación constituye un elemento antinatural en el proceso de formación de un negocio y carece de las más mínima correspondencia en las relaciones contractuales entre particulares. Un examen sumario del nuevo régimen revela que, a pesar de apreciarse alguna evolución y apertura, la utilización de procedimientos con fases de negociación permanece en gran medida condicionada (en relación con los contratos públicos en el sector público; tal limitación no existe en el ámbito de la adjudicación de concesiones). Véase, confirmando esta idea, los restrictivos términos en que se autoriza a los poderes adjudicadores a utilizar el procedimiento de diálogo competitivo o el de licitación con negociación: artículo 26.º, n.º 4<sup>18</sup>.

15 En Portugal, la utilización del procedimiento de diálogo competitivo ha sido poco menos que insignificante. Véanse, en este sentido, los Relatórios da Contratação Pública em Portugal, en los años de 2010, 2011 y 2012 – cf. [www.base.gov.pt](http://www.base.gov.pt).

16 Sobre este procedimiento, cf. Pedro Cerqueira Gomes, “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directive”, *PPRL*, 2014, n.º 4, p. 211 y ss.

17 Sobre la mayor libertad para la negociación (“more freedom to negotiate”) como una alteración significativa de la reforma de 2014, cf. Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, *cit.*, p. 205

18 La negociación sigue siendo posible en los procedimientos negociados sin publicación previa de anuncio, en los términos del artículo 32.º. El ámbito de la utilización de estos procedimientos no sufre alteraciones de importancia, a pesar de algunos retoques y de nuevas soluciones [por ejemplo, la consideración de las obras o servicios complementarios, que eran adjudicadas anteriormente a través de ese procedimiento y que ahora se subsumen dentro del ámbito de la figura de la modificación contractual: artículo 72.º, n.º 1, apartado c)].

## 7. Régimen simplificado de adjudicación

La palabra simplificación aparece muchas veces en la Directiva 2014/24/UE, por ño general asociada a una apuesta por la facilitación del acceso de los operadores económicos a la participación en procedimientos de adjudicación<sup>19</sup>; en todo caso, en el caso que nos ocupa, se trata de la organización de un régimen simplificado de contratación para servicios sociales y otros servicios específicos incluidos en el Anexo XIV (servicios en el ámbito de la salud, de la hostelería y la restauración, servicios jurídicos, servicios de investigación y seguridad, servicios postales, etc.) cuando el valor del contrato sea igual o superior a 750 mil euros. Y esta es la primera diferencia, por cuanto el umbral de aplicación de la Directiva se incrementa más de tres veces en relación con los servicios no incluidos en este régimen. Pero, al margen de esta diferencia, el referido régimen simplificado (el concepto aparece exclusivamente en los considerandos, no en las disposiciones normativas) se traduce, en líneas generales, en exigir la publicitación de la apertura de los procedimientos y en respetar los principios generales de adjudicación de contratos (transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos). Observadas estos condicionantes, los Estados miembros disponen de libertad para organizar los procedimientos de adjudicación<sup>20</sup>. La justificación de este régimen más blando (*light*) se encuentra en la naturaleza específica de los servicios afectados, que son, en general, "servicios a la persona", prestados "en un contexto particular que varía mucho entre los diferentes Estados miembros debido a las diferentes tradiciones culturales" y que presentan una dimensión transfronteriza limitada (cf. considerando 114)<sup>21</sup>.

## 8. Soluciones favorables para las pequeñas y medianas empresas

Otro gran objetivo de la reforma consistió en facilitar a las PYME el acceso al "mercado de los contratos públicos". La Directiva 2014/24/UE reconoce expresamente "el potencial de las PYME para la creación de empleo, el crecimiento y la innovación", asumiendo que puede ser "importante fomentar su participación en la contratación pública, tanto a través de disposiciones pertinentes de la presente directiva y de iniciativas a escala nacional" (cf. o considerando 124). Se llega incluso a afirmar que "los contratos públicos deberán adaptarse a las necesidades de las PYME", añadiendo que "se incentivará la aplicación por los poderes adjudicadores del código de buenas prácticas recogido en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado *Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos*, que suministra directrices sobre la aplicación

19 Con una interpretación crítica sobre la (fallida) simplificación, cf. S. Treumer, "Evolution of the EU public procurement regime: the new public procurement directive", in Lichère/Caranta/Treumer, *Modernising public procurement*, cit., p. 10.

20 Cf. S. Smith, "Articles 74 to 76 of the 2014 Public Procurement Directive: the new "light regime" for social, health and other services and a new category of reserved contracts for certain social, health and cultural services contracts", *PPRL*, 2014, n.º 4, p. 159 y ss.

21 Esta idea de servicios a la persona también aparece, aunque con otro sentido diferente, en el derecho norteamericano, en el marco de la dicotomía entre *hard services* y *soft services*, siendo los últimos los servicios centrados en las personas, también denominados servicios humanos complejos ("in which *people* are the service focus"); cf. W.N. Epstein, "Contract theory and failures of public private contracting", *Cardozo Law Review*, vol. 34, 2013, p. 2211 y ss.

del encuadramiento de los contratos públicos de una forma que facilita la participación de las PYME" (cf. o considerando 78). Esta preocupación por promover la participación de las PYME se manifiesta, por ejemplo, (i) en la intención de disminuir la "carga administrativa" asociada a la presentación de diversos documentos relacionados con criterios de exclusión y selección, habiéndose creado a tal fin el llamado *documento único europeo de contratación pública*, (ii) en el fomento de la división del objeto de los contratos en lotes (imponiendo un deber específico de motivación de la decisión de no división), a fin de hacer que los contratos sean más accesibles a empresas de esta dimensión o (iii) en la autorización concedida a los Estados miembros para prever mecanismos de pago directo a los subcontratistas<sup>22</sup>.

## 9. Regulación de aspectos de la ejecución del contrato

Uno de los items más innovadores, al punto de suponer una ruptura con la anterior regulación europea de la contratación pública, se concreta en el tratamiento de la ejecución de los contratos, que afecta, en especial, a los temas de la subcontratación, la modificación y la resolución de los contratos. En esta materia, se presta especial atención al régimen de la modificación de los contratos durante su período de vigencia (artículo 72.º) y para la definición de condiciones en las cuales, a partir de ahora, pasa a ser posible modificar los contratos incluidos en el ámbito de la Directiva. La justificación del nuevo régimen se encuentra en el principio de concurrencia y en el propósito de no permitir la conversión de un contrato adjudicado de forma pública, transparentes y competitiva en un objeto privado, disponible y manipulable por las partes. En este sentido, el nuevo régimen se inscribe en la protección de los valores y de los principios jurídicos que inspiran la regulación del proceso de formación de los contratos públicos y, en especial, el de protección de la concurrencia. En materia de subcontratación, la solución de la Directiva va en el sentido, por ejemplo, de permitir el pago directo de los poderes adjudicadores a los subcontratistas; por lo demás, la posibilidad de establecer una relación directa entre la parte pública y los subcontratistas conduce a que se considere al adjudicatario como *contratista principal* – la versión portuguesa de la Directiva alude, de una forma ciertamente incomprensible, al "adjudicatário principal" en el n.º 3 del artículo 71.º, para, a continuación, referirse correctamente al "contratista principal".

## 10. Gobernanza o regulación de la contratación pública

Otros aspecto innovador se relaciona con la perspectiva de autonomización de una función de gobernanza de la contratación pública o, en la letra de la Directiva, función de

---

22 Sobre este tema, véase Pedro Matias Pereira, "A promoção das PME na contratação pública. As novas diretivas", *Boletim de Ciências Económicas* [en prensa]; Pedro Melo/Diogo Duarte de Campos/Carla Machado, "The New Public Procurement Directives and the PPC: Practical Implications of EU Law on the Portuguese Public Procurement Code", *EPPL*, 2012, n.º 2, p. 105 y ss.; dossier, "L'accès des PME à la comande publique", *Contrats Publics*, n.º 148, 2014, p. 22 y ss.; M. Trybus, "The promotion of small and médium sized enterprises in public procurement: a strategic objective of the new public sector directive?", in Lichère/Caranta/Treumer, *Modernising public procurement*, cit., p. 255 y ss.; P. Davis, "Public procurement and SMEs – an approach to increased participation", in G. Piga/S. Treumer, (eds.), *The applied law and economics of public procurement*, London, Routledge, 2013, p. 231 y ss.; M. Fana/G. Piga, "SMEs and public contracts: an EU based perspective", *ibidem*, p. 279 y ss.

"acompañamiento de la aplicación de las reglas de contratación pública" (artículo 83.º, n.º 1). Los Estados miembros deben indicar una o más autoridades, organismos o estructuras a quienes esa misión de acompañamiento les esté confiada. Al margen de las tareas específicas (v.g., elaboración de información y fijación de orientaciones sobre la interpretación y aplicación de las reglas de la contratación pública, para auxiliar a los agentes implicados en el sector; disponibilización de apoyo a los poderes adjudicadores en lo relativo a la planificación y ejecución de los procedimientos de adjudicación de contratos; identificación de violaciones específicas o de problemas sistémicos en la aplicación de las reglas de la contratación pública; elaboración de informes sobre la aplicación práctica de las políticas nacionales de contratación pública), una de esas estructuras u organismos deberá funcionar como punto de contacto para la cooperación con la Comisión<sup>23</sup>.

A mayores del elenco de modificaciones regulatorias que acaba de exponer, no parece importante señalar una reforma de calado que supone, si no un cambio radical sí, al menos, un elemento decisivo para la comprensión del sentido del derecho europeo de los contratos públicos. De acuerdo con Laurent Richer, consideramos que las nuevas directivas relativizan, en cierto modo, el principio de concurrencia y la finalidad de la máxima apertura de los procedimientos a ésta, sea porque prestan atención a la buena utilización de los recursos públicos, sea porque incentivan la utilización estratégica de los contratos públicos o, incluso, porque evidencian un respeto por las diferentes tradiciones culturales; por consiguiente, el principio de concurrencia debe ahora ponderarse con otros principios fundamentales de los contratos públicos<sup>24</sup>.

23 En Portugal, de forma aún muy embrionaria, la legislación ya acoge el concepto de "regulación de la contratación pública", tarea atribuida a un instituto público, el InCl. I.P. – este instituto público desarrolla su misión bajo la tutela del Ministério da Economia; en la ley orgánica de este Ministério, se prevé la modificación de la denominación del organismo, que pasará a llamarse Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção – la inclusión de los "Mercados Públicos" tiene que ver con la ampliación de las competencias del organismo a la materia de contratación pública.

De acuerdo con su ley orgánica, el InCl interviene en el ámbito de la contratación pública, desarrollando las siguientes atribuciones: presentación al Gobierno de proyectos legislativos y reglamentarios relacionados con los contratos públicos y elaboración de informes sobre cualesquiera otros proyectos legislativos que, en este ámbito, le sean sometidos; elaboración de informes sobre proyectos de transposición de directivas europeas relativas a contratos públicos, así como el desarrollo y participación en la elaboración de proyectos legislativos de adaptación de la legislación nacional a los principios europeos; asegura la representación nacional, en materia de contratos públicos, ante las instancias europeas e internacionales relevantes; incoar procedimientos de infracción e impone sanciones por contravención del Código de Contratos Públicos (CCP), cuando el objeto del contrato contenga prestaciones típicas de los contratos de obras públicas o de concesiones de obras públicas; gestión del portal de los contratos públicos; gestión del Observatório das Obras Públicas; elaboración y envío a la Comisión Europea de informes estadísticos relativos a los contratos de obras públicas celebrados por los poderes adjudicadores en el año anterior. Sobre la regulación del mercado de los contratos públicos, cf. nuestro *Reflexões, cit.*, p. 23 y ss. ("um regulador para o Estado Contratante"), y "A regulação do mercado da contratação pública", *Revista de Contratos Públicos* (Belo Horizonte), n.º 3, 2013, p. 201 y ss.

24 Cf. L. Richer, "La concurrence concurrencée: à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014", *Contrats et Marchés Publics*, 2015, n.º 2, p. 7 y ss.