Dictamen del Comité Económico y Social sobre «Contratos públicos»

(96/C 212/03)

El 4 de julio de 1995, de conformidad con el apartado 2 del artículo 23 de su Reglamento Interno, el Comité Económico y Social decidió elaborar un Dictamen sobre «Contratos públicos».

La Sección de Industria, Comercio, Artesanía y Servicios, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 8 de mayo de 1996 (Ponente: Sr. Gafo Fernández).

En su 336º Pleno (sesión del 29 de mayo de 1996), el Comité Económico y Social ha aprobado por 108 votos a favor, 1 en contra y 3 abstenciones el presente Dictamen.

1. Introducción

1.1. La mejor valoración de la importancia de los contratos públicos fue la estimada por el Dr. Cecchini en su conocido informe acerca de los costes de la no realización del mercado interior en la Unión Europea. En el mismo, elaborado en 1985, se cuantificaban los llamados «contratos públicos» en 530 000 millones de ecus anuales, equivalentes a un 15 % del PIB de la Unión Europea. De éstos, la parte asignada a una empresa de un Estado miembro distinto del adjudicador se limitaba a un modestísimo 2 % del total, lo que podría señalar la falta de «comunitarización» y, por ende, el gran camino por recorrer en esta área. Los estudios posteriores que está desarrollando la Comisión Europea señalan además, de manera provisional, que un 30 % de la cifra total correspondería a las autoridades de ámbito nacional, un 25 % a las colectividades territoriales y el 45 % restante a las empresas públicas o privadas.

1.2. Para remediar esta situación, la Unión Europea se ha ido dotando desde los años 70 de un importante cuerpo legislativo para hacer transparente y no discriminatoria la contratación pública. La forma jurídica adoptada ha sido siempre la directiva basada a partir de 1986 en el artículo 100 A.

1.3. Es importante precisar la definición de «contrato público» y como tal sujeto a estas regulaciones. Se trata de la contratación de un suministro, una obra o un servicio por un ente público o asimilable al mismo. Dentro de los entes públicos cabe incluir al estado central, a las autoridades regionales o locales e incluso a las empresas privadas que, en su condición de titulares de un servicio de interés general al amparo del artículo 90 del Tratado, puedan asimilarse a una empresa pública.

1.4. La adopción de la directiva como fórmula jurídica era inevitable, ya que la legislación comunitaria debe integrarse en un área de especial sensibilidad para los poderes públicos, cual es la de contratación del estado o de los organismos públicos y, por tanto, era necesario ajustar el mandato comunitario a los usos y prácticas vigentes en cada uno de los Estados miembros. Sin embargo, esta fórmula elegida también ha planteado algunos problemas, como:

— Retrasos en la transposición de las mismas al ordenamiento de los diversos Estados miembros, con especiales problemas en los entes regionales y locales.

— Diferentes interpretaciones por parte de los diversos Estados miembros en cuanto a las obligaciones recogidas en las directivas comunitarias.

1.5. El 15 de abril de 1994 la Unión Europea firmó el nuevo Acuerdo sobre los mercados públicos en paralelo con la conclusión de la Ronda Uruguay. Entre otros cambios, dicho Acuerdo modificó los umbrales mínimos de aplicación, a los que la Unión Europea debe ajustarse. La Comisión elaboró la propuesta de Directiva recogida en el doc. COM(95) 107 con el fin de lograr dicho objetivo. El Comité emitió un dictamen al respecto el 5 de julio de 1995 [1].

1.6. El cuerpo legal comunitario se articula a través de dos grandes bloques de directivas:

— Directivas de obras y suministros y servicios (que establecen las condiciones mínimas de armonización),

— Directivas de recursos que permiten tres tipos de actuaciones: La adopción de medidas provisionales, (como la de suspensión de una decisión ilegal de adjudicación), la anulación de la adjudicación y el otorgamiento de compensaciones, en forma de daños e intereses, a las entidades afectadas.

A su vez cabe distinguir entre las directivas de carácter general y las de los llamados «sectores excluidos» (suministro de agua, energía, transportes y telecomunicaciones) que se promulgaron en una segunda etapa. Estas últimas directivas presentan ciertas diferencias en aspectos como definición de entidad adjudicadora, umbrales mínimos de aplicación, definición de especifi-

[1] DO nº C 256 de 2. 10. 1995.

caciones técnicas y condiciones de publicidad, concurso y adjudicación.

1.7. Como es natural, no todos los «contratos públicos», atendiendo a su volumen monetario, deben caer bajo esta reglamentación. Por ello se han establecido una serie de «umbrales mínimos», que después de las modificaciones introducidas con ocasión del Acuerdo en el GATT, son los siguientes:

— Contratos de obras: 5 000 000 de ecus;

— Contratos de suministros y servicios: 130 000 ecus para la administración central y 200 000 ecus para el resto de las entidades adjudicadoras en el caso general y entre 400 000 y 600 000 ecus en el caso de los «sectores excluidos».

En todos los casos, estos umbrales se consideran sin incluir el IVA, debiendo procederse además, cada dos años, a una actualización en ecus de estos niveles.

1.8. La transparencia y la ausencia de discriminación entre empresas de diferentes Estados miembros pretende lograrse a través de actuaciones en cuatro frentes:

— Publicidad de los concursos: a través de su publicación obligatoria, con los plazos mínimos adecuados en el DOCE y en sistema de acceso en línea conocido como TED (Tender Electronic Data).

— Establecimiento de bases precisas del concurso: ello exige la adopción de requisitos técnicos y normas comunitarias o, en ausencia de las mismas, normas nacionales claramente accesibles para empresas de diferentes países, en base a una jerarquía bien definida en las citadas directivas. (Con ello se pretende prohibir el uso de normas técnicas diseñadas con el objetivo de limitar o falsear la competencia). Asimismo se exige transparencia de las modalidades de contratación (abierta, restringida o negociada) así como de los criterios de selección de las ofertas.

— Proceso transparente de selección: basado en la aplicación de los criterios anteriores y en la publicidad y en su caso justificación de la no aceptación de las ofertas no seleccionadas. En esta misma dirección se encontrarían las actuaciones en materia de certificación (attestation) de la transparencia del proceso de adjudicación.

— Proceso de control «ex-post»: a través del propio sistema de «surveillance» de la Comisión Europea y eventualmente la denuncia por parte de alguna empresa que se considere discriminada y el posible recurso ante los tribunales nacionales o el comunitario de Luxemburgo.

1.9. El Comité Económico y Social ha tenido ocasión de pronunciarse, a lo largo de los últimos años, acerca de estas propuestas de directiva [1]. El resumen de los dictámenes del Comité puede ser el siguiente:

1.9.1. El Comité señaló las dificultades previsibles que la elaboración del entramado jurídico de apertura de mercados públicos iba a tener en la práctica y proponía realizar un seguimiento y una adaptación de las directivas de acuerdo con las experiencias recogidas.

1.9.2. Se insistía en la necesidad de mejorar la transparencia en las fases de definición y selección de ofertas, haciendo hincapié en la importancia trascendental de las directivas de recursos. No obstante, expresaba sus dudas acerca de si la reducción del umbral mínimo de aplicación o la extensión del deber de información estadística compensaría los mayores costes burocráticos de tal medida. Asimismo se insistía en la necesidad de mejorar el acceso de las PYME a estos concursos.

1.9.3. El Comité también solicitaba la adopción de un enfoque flexible en cuanto a la utilización de empresas suministradoras para la definición de las especificaciones técnicas de un concurso, a fin de buscar un equilibrio entre la posible discriminación de la competencia y la necesidad de definir con precisión las mismas.

2. Valoración de la situación actual

2.1. No existe en la actualidad una valoración precisa del número de «concursos públicos» abiertos a la plena competencia comunitaria y de su significación económica. EUROSTAT ha comenzado los trabajos en la materia, pero según las informaciones disponibles, los mismos se encuentran relativamente retrasados. La Comisión Europea dispone de algunos datos en la materia, que indican el enorme número de contrataciones de este tipo (con la problemática burocrática que ello conlleva) y la significación macroeconómica de los mismos.

2.2. El Comité quiere dejar constancia de que esta falta de transparencia estadística, achacable a la falta de voluntad de los Estados miembros para recopilar y facilitar la misma, es una de las causas que está

[1] — Dictamen del Comité sobre los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, de 25 de marzo de 1992, DO nº C 106 de 27. 4. 1992.
— Dictamen del Comité sobre los contratos públicos de obras, de 25 de marzo de 1992, DO nº C 106 de 27. 4. 1992.
— Dictamen del Comité sobre los contratos públicos de obras, de 22 de octubre de 1992, DO nº C 332 de 16. 12. 1992.
— Dictamen del Comité sobre los contratos públicos de suministro, de 22 de octubre de 1992, DO nº C 332 de 16. 12. 1992.

dificultando la sensibilización en torno a la magnitud de este problema, imprescindible para culminar el mercado interior.

2.3. La apertura efectiva de la contratación pública no sólo va a suponer el cumplimiento efectivo de las propuestas de mercado interior, sino que podría representar una reducción sensible, e incluso en algunos casos muy importante, de las cantidades que las entidades públicas sujetas a estas directivas deben pagar por la realización de una obra o la obtención de un suministro o de un servicio. En la perspectiva de reducción de los déficit públicos, exigida por la Unión Económica y Monetaria, esta mayor eficacia en el uso de los recursos públicos puede ser una aportación importante que es preciso resaltar.

2.4. Tampoco es posible pasar por alto la dimensión social de esta apertura de la contratación pública. La misma no puede suponer en ningún caso una reducción de los niveles de protección social en cada país, lo que exigirá una atención cuidadosa de estos aspectos en las condiciones de subcontratación y de prestación de servicios por parte de empresas de terceros países. El Consejo de Ministros ha dado ahora un primer paso en este sentido —positivo pero insuficiente— al aprobar, tras varios años de debate, una posición común sobre el proyecto de Directiva sobre la subcontratación transfronteriza (desplazamiento de trabajadores).

2.5. La apertura efectiva de la contratación pública requiere de manera primordial un cambio de mentalidad por parte de las entidades adjudicadoras, en el sentido de reconocer las indudables ventajas que para la colectividad puede tener la aplicación de estos principios basados en una mayor competencia y eficacia en la realización de una obra o en la prestación de un suministro o un servicio a un precio más económico, con las mismas garantías de calidad y fiabilidad.

2.6. La Comisión Europea ha iniciado un gran número de procedimientos de infracción, tanto por retrasos en la transposición de la legislación comunitaria como por una aplicación inadecuada o contraria a derecho por parte de las autoridades públicas de los Estados miembros.

2.7. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha dictado diversas sentencias e iniciado un gran número de procedimientos en relación con los aspectos anteriores. El conjunto de sentencias en la materia comienza a conformar un cuerpo legal coherente susceptible de agilizar los procedimientos posteriores —especialmente en los tribunales nacionales—. Un resumen de las principales conclusiones de las sentencias es el siguiente:

— Aplicabilidad directa de estas directivas, aunque la directiva no haya sido transpuesta en el derecho nacional o aunque la legislación nacional no se ajuste con precisión a los principios generales establecidos en las mismas (Asunto 10/76).

— El principio de igualdad de tratamiento de todos los ofertantes para un concurso (Asunto 243/89).

— Delimitación de las excepciones a las directivas, especialmente con referencia a los procedimientos negociados en materia de trabajos y suministros (Asunto 194/88).

— Prohibición de las preferencias, abusivas o injustificadas, acordadas a las empresas regionales o locales (Asunto 21/88).

— La prohibición de la reserva del acceso al concurso a un grupo de empresas por causas no objetivas (Asunto 272/91).

— Prohibición de utilizar determinados criterios sociales, injustificados o desproporcionados, en la adjudicación, como la de emplear parados de larga duración (Asunto 10/76) o de utilizar trabajadores emigrantes de una determinada nacionalidad (Asunto 113/89).

— Obligación de realizar la publicidad previa a un concurso, salvo causas de «urgencia absoluta», imprevisibles y debidamente justificadas (Asunto 24/91).

— Admisión al concurso de una empresa, vinculada a un grupo de empresas, aunque la primera carezca del material o los medios para desarrollar el objeto del concurso (Asunto 389/92).

2.8. La Comisión Europea ha creado dos Comités Consultivos para la apertura de la Contratación Pública: uno formado por miembros de la administración de los diferentes Estados miembros y otro por los representantes de las entidades socioprofesionales de los mismos. La labor de estos Comités consiste en asesorar a la Comisión en la aplicación de las directivas en la materia, así como servir de correa de transmisión y punto de referencia a nivel nacional.

2.9. El llamado «Grupo Molitor» en su informe de junio de 1995 sobre simplificación legislativa y administrativa en la Unión Europea, hacía cinco recomendaciones específicas en materia de contratación pública. Éstas eran:

— Transposición de las directivas dentro de los plazos señalados.

— El objetivo de las directivas de facilitar el acceso a los mercados públicos no deberá ser modificado por reglas nacionales que restrinjan, de manera directa o indirecta, dicho efecto.

— Posibilidad de sustituir las directivas por un conjunto de principios claramente definidos, sustentados si fuera necesario por un reglamento, para evitar las diferencias entre Estados miembros y promover la transparencia. (Esta propuesta ha sido rechazada de manera expresa por la Comisión Europea en base a consideraciones de tipo jurídico y a la propia falta

de oportunidad política de limitar, mediante un reglamento, la flexibilidad de los Estados miembros para adecuar las normas comunitarias a la realidad de cada país).

— Los Estados miembros deberán garantizar que las sanciones aplicables en caso de violación de las normas comunitarias sobre contratación pública se apliquen con el mismo rigor en toda la Comunidad.

— Aun mantenido el principio de la publicación de los contratos íntegros, debería hacerse un mayor uso de la subcontratación nacional o internacional para facilitar la participación de las PYME.

2.10. El Comité está preparando un Dictamen sobre los procedimientos de certificación y de reconocimiento mutuo de especificaciones y normas nacionales. En este sentido, él mismo considera que debería acelerarse, en la medida de lo posible, la adopción de normas comunitarias como un elemento central para limitar las posibles distorsiones que para la apertura de los contratos públicos pudieran derivarse de la aplicación de normas nacionales o incluso de normas específicas sectoriales de un país determinado.

2.11. En el marco de la contratación pública, el Comité considera que la subcontratación es una forma de organización del trabajo motivada principalmente por las necesidades de especialización en la ejecución de las obras. A este respecto, debe preverse un ámbito y un papel específicos para las pequeñas y medianas empresas.

No obstante, cabe recordar que también en el sector de la subcontratación se produce el incumplimiento de las disposiciones sobre contratos laborales y normas de seguridad. Por lo tanto, el Comité aprovecha la ocasión para recomendar al Consejo que emprenda una iniciativa de sensibilización de los Estados miembros respecto del control y el respeto de las leyes y de los contratos laborales en este importante sector de la actividad económica.

2.12. Asimismo, el CES ha tenido noticia de que en varios Estados miembros se están constituyendo asociaciones nacionales para facilitar la aplicación de estos principios de la contratación pública [1]. El CES apoya decididamente esta iniciativa, ya que puede colaborar tanto en las actividades de difusión, mejorando la transparencia, como en las de formación de las personas responsables de aplicar la misma en la práctica.

3. Principales problemas encontrados para la apertura efectiva de la contratación pública

3.1. Para examinar los problemas que encuentran tanto las entidades adjudicadoras como las entidades adjudicatarias para aplicar estas directivas, así como para valorar la eficacia en términos de coste-eficacia de las mismas, el Comité organizó, en el mes de diciembre de 1995, una serie de audiciones en Düsseldorf y Bonn con representantes tanto de las diversas administraciones públicas de Alemania (Gobierno Federal y Estados Federados) como de las diversas organizaciones socioprofesionales que aplican la normativa comunitaria en la materia. El resultado de estas audiciones fue extremadamente útil para conocer, de una forma directa, la problemática jurídica y práctica de aplicación de la legislación, tanto desde el punto de vista de las entidades adjudicadoras como adjudicatarias.

3.2. Asimismo, como continuación de estas audiciones, y para confirmar las opiniones allí recogidas, se preparó una encuesta. La encuesta se envió a un gran número de entidades socioprofesionales relacionadas con la contratación pública. Aunque el número total de respuestas (en torno a 80) no puede sino considerarse como una muestra parcialmente representativa, la coincidencia de las respuestas y de las orientaciones que de la misma se obtienen permite apuntar una serie de obstáculos de carácter general. El Comité tiene noticia de que la Comisión Europea está elaborando un estudio basado en un gran número de encuestas, con las máximas garantías científicas, y quiere felicitar a la misma por dicha iniciativa, de cuyas conclusiones espera ser informado en el marco de los trabajos de su Observatorio del Mercado Único.

3.3. El resultado de las encuestas permite apreciar que si bien la totalidad de las entidades adjudicadoras o adjudicatarias son conscientes de la existencia de la legislación nacional en la materia, existen dudas razonables en cuanto a la relación coste-eficacia del sistema. Esto es especialmente cierto en relación con las demoras que introduce y con los costes asociados a las barreras lingüísticas y a los costes administrativos del mismo.

3.4. A continuación se exponen, con carácter no exhaustivo, algunos de los principales problemas encontrados. A efectos de su sistematización se ha procurado agruparlos de acuerdo con criterios objetivos.

3.5. *Problemas vinculados con los aspectos legislativos y de aplicación de la legislación*

— Determinados períodos transitorios otorgados a algunos países dentro de las propias directivas.

---

[1] Forum Öffentliches Auftragswesen (Forum ÖA) e.V.
Gustav-Heinemann-Ufer 84-88,
D - 50968 Köln

Associzione «Verso l'Europa»
Via S. Bartolomeo — Pal Vitelli
I - 06012 CittC Di Castello (PG)

The Association for Regulated Procurement (ARP)
Windsor House
Temple Row
Birmingham B2 5LF /United Kingdom

Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht
Postbus 75505
NL - 1070 AM Amsterdam

Asociación Española de Contratación Pública y Regulada
María de Molina, 44
E - 28006 Madrid

ESB (Forum on Public Procurement in Ireland (FPP)
27 Lower Fitzwilliam Street
Dublin 2, Ireland.

— Retrasos en la integración de las directivas en la legislación de los Estados miembros. Problemas especiales que se pueden plantear con las autoridades regionales o locales. Aplicabilidad directa a las empresas públicas o asimilables a las mismas.

— Transposición en algunos casos inadecuada de la legislación comunitaria a la legislación de los Estados miembros.

— Resistencia de las autoridades nacionales y especialmente locales a aplicar la normativa de contratos públicos en su ámbito de actuación.

— Problemas puntuales que se pueden plantear en relación con actividades consideradas vitales para la seguridad nacional de un Estado miembro o aquellas que específicamente se puedan asimilar a las mismas.

— Revisión de los umbrales mínimos. Problemas planteados en relación con las variaciones monetarias.

3.6. *Problemas planteados en relación con la fase de definición de los concursos*

— Falta de uniformidad de las normas técnicas (comunitarias, nacionales o específicas sectoriales) que deberán regir el proceso de selección de ofertas, así como de las normas deontológicas para los adjudicatarios.

— Cualificación de las empresas y certificación de la calidad de las ofertas.

— Transparencia de los criterios de valoración de las ofertas.

— Determinación transparente y no discriminatoria de las modalidades de contratación (abierta, restringida por invitación o negociado).

— Segregación de contratos unitarios en proyectos menores para evitar los umbrales mínimos de apertura a la contratación comunitaria.

— Aplicación de las condiciones sociales del país donde se produce la adjudicación y las del de la empresa adjudicadora del concurso.

3.7. *Problemas planteados en la fase de publicidad de los concursos*

— Normalización de los anuncios de contratos públicos.

— Insuficiente plazo de envío y publicidad en el DOCE.

— Acceso de las empresas interesadas, especialmente PYME, a los datos y especialmente a las bases de datos en esta materia.

— Problemática general de la subcontratación que representa una forma de organización del trabajo motivado principalmente por las necesidades de especialización en la ejecución de las obras.

— Establecimiento de listas restringidas en los casos de concurso por invitación y negociados.

— En general, dificultades de las PYME para acceder en condiciones satisfactorias a estos concursos.

— Problemas generales de confidencialidad para las empresas.

3.8. *Problemas planteados en la fase de adjudicación*

— Adecuación y transparencia de los criterios de adjudicación con respecto a los establecidos en el concurso.

— Justificación (problemas de confidencialidad comercial) de las causas de no aceptación de su oferta a las empresas que expresamente lo soliciten.

3.9. *Problemas planteados en la fase de recurso*

— Intensificación y refuerzo de los poderes de supervisión e información de la Comisión Europea.

— Papel de los tribunales nacionales y del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Acceso de las empresas afectadas y creación de un cuerpo legal en la materia.

— Aplicabilidad de las decisiones: acciones preventivas, reparación de daños y sistema de sanciones.

— Carencia de un marco armonizado de sanciones así como diferente actitud de las autoridades nacionales ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de contratación pública.

4. Algunas ideas concretas para mejorar la aplicación del sistema de contratación en la Unión Europea

4.1. Del análisis de las contestaciones de las encuestas se pueden extraer las primeras ideas acerca de las acciones concretas a desarrollar. Éstas serían las siguientes:

4.2. Insistir en que la tarea más urgente y prioritaria es que todos los Estados miembros terminen de desarrollar la legislación interna para la aplicación de las directivas sobre la contratación pública e incluso adapten la misma al espíritu general de la legislación comunitaria en aquellos casos en que la transposición se haya demostrado insuficientemente compatible.

4.3. Esta consolidación de la legislación y de su puesta en práctica deberá ser previa a cualquier modificación de la legislación comunitaria existente, la cual, eventualmente, debería basarse en las experiencias obtenidas durante varios años de pleno funcionamiento del actual sistema.

4.4. Valorar la conveniencia de intensificar los programas de formación, financiados por la Comisión Europea, y que podrían ser canalizados por las organizaciones socioprofesionales de cada país, a fin de mentalizar y preparar tanto al personal de los entes adjudicadores como de las empresas, con especial atención a las

PYME, interesadas en participar en estos contratos públicos.

4.5. Aprovechando las estructuras que ya existen en varios Estados miembros crear Asociaciones o Foros para la promoción de la contratación pública. Entre sus tareas podrían citarse la de desarrollar los programas de formación en la materia y de servir de punto de referencia a nivel nacional, para resolver los problemas de interpretación de la legislación comunitaria y nacional.

4.6. Desarrollo de nuevas alternativas y procedimientos para mejorar las fases de publicidad de los concursos, por ejemplo a través de la mejora del acceso y difusión electrónica de los mismos, así como para favorecer la presencia efectiva de las PYME en los mismos a través de la creación de Agrupaciones Europeas de Interés Económico sujetas ya sea al estatuto nacional o comunitario para las mismas.

4.7. Precisar, a través de una Comunicación de la Comisión, los criterios de aplicación de normas técnicas ajustados a los criterios de jerarquización previstos en las directivas.

4.8. Intensificar la coordinación de la Comisión Europea con las autoridades nacionales en la materia y con estos Foros para la Contratación Pública, a fin de acelerar el cambio de mentalidad en la gestión de esos contratos públicos y de facilitar la identificación y resolución de los obstáculos que puedan plantearse y asegurar asistencia técnica a los organismos públicos locales o regionales que convoquen concursos contemplados en las Directivas.

4.8.1. El Comité considera que una tarea urgente de la Comisión debería ser la de relanzar el Comité Consultivo establecido con las entidades socioprofesionales europeas. El mismo debe ser el complemento oficial indispensable de las Asociaciones Nacionales, lo que permitirá a la Comisión recibir las sugerencias de las entidades adjudicatarias y a la vez hacer partícipes a las mismas de sus inquietudes y sus prioridades.

4.9. Solicitar a los Estados miembros la creación de un organismo nacional que pueda recoger y transmitir a la Comisión Europea, en base a criterios normalizados y dentro de los plazos adecuados, la información agregada a nivel nacional sobre la significación y la apertura efectiva de la contratación pública.

Hecho en Bruselas, el 29 de mayo de 1996.

El Presidente

del Comité Económico y Social

Carlos FERRER