

## I

(Resoluciones, recomendaciones y dictámenes)

## DICTÁMENES

## TRIBUNAL DE CUENTAS

## DICTAMEN Nº 4/2011

**sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE**

[presentado con arreglo al artículo 287, apartado 4, del TFUE]

(2011/C 195/01)

## RESUMEN

El Tribunal acoge con satisfacción esta oportunidad de contribuir al debate abierto sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea en su calidad de auditor externo del presupuesto de la Unión y de institución pública y por tanto poder adjudicador.

En su experiencia en el control de procedimientos de contratación pública, el Tribunal ha observado que los problemas recurrentes de incumplimiento obedecen a la deficiente aplicación de la normativa vigente, y que todavía existe un margen de mejora considerable en cuanto a la aplicación.

El Tribunal señala las aspiraciones depositadas en los objetivos del Libro Verde, que son numerosos y a veces contradictorios. Ante esta profusión se impone una selección racional que tenga en cuenta el hecho de que cuanto mayores sean los costes y la complejidad, mayor será el riesgo para la rentabilidad económica y el cumplimiento de la legislación.

El Tribunal observa que podrían introducirse algunas mejoras con el fin de reducir las cargas administrativas de los poderes adjudicadores y las empresas, siempre que no sea a costa de los principios clave de igualdad de acceso, competencia leal y utilización eficiente de los fondos públicos. Algunas lagunas y cuestiones oscuras o ambiguas del actual marco jurídico representan un riesgo para la seguridad jurídica de todos los operadores y para la integridad de los procedimientos, por lo que será necesario expresar las normas más claramente.

EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, el artículo 287, apartado 4,

Visto el Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea <sup>(1)</sup>,

Considerando lo siguiente:

Considerando que la Comisión ha iniciado, sobre la base de un Libro Verde, una amplia consulta pública sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea con el propósito de ajustar esta política a la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador <sup>(2)</sup>,

Considerando que la experiencia del Tribunal en el control de procedimientos de contratación pública indica que los problemas recurrentes de incumplimiento <sup>(3)</sup>, que dan lugar a errores significativos que afectan a la legalidad y regularidad de las operaciones, están relacionados con la deficiente aplicación de la normativa vigente y que todavía existe un margen de mejora considerable en cuanto a la aplicación,

Considerando que el Tribunal, sin embargo, acoge con satisfacción esta oportunidad de contribuir al debate y de compartir su experiencia en este ámbito en su calidad de auditor externo del presupuesto de la Unión y de institución pública y por tanto poder adjudicador,

HA APROBADO EL SIGUIENTE DICTAMEN:

### **Establecimiento de objetivos claros y realistas**

1. El Tribunal observa que en la estrategia Europa 2020 se pide que la contratación pública: a) mejore las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas haciendo un uso pleno de las políticas de demanda; b) apoye

<sup>(1)</sup> COM(2011) 15 final de 27 de enero de 2011.

<sup>(2)</sup> COM(2010) 2020 final de 3 de marzo de 2010 y Conclusiones del Consejo de 17 de junio de 2010, parte I.

<sup>(3)</sup> Entre los incumplimientos cabe citar: incumplimiento del requisito de conceder un grado de publicidad y transparencia adecuado, concesión de contratos prescindiendo de la convocatoria de licitación sin que se diesen circunstancias de suma urgencia, aplicación de criterios de selección y adjudicación ilegales, infracción del principio de igualdad de trato (al negociar con uno de los licitadores durante el procedimiento de licitación), y adjudicación directa de obras o servicios adicionales más allá de los límites fijados por las Directivas.

el cambio hacia una economía que haga un uso más eficiente de los recursos y con bajas emisiones de carbono, por ejemplo, fomentando la generalización de una contratación pública ecológica, y c) mejore el entorno empresarial, en especial para las PYME innovadoras. La estrategia Europa 2020 hace hincapié también en que las políticas de contratación pública deben garantizar el uso más eficiente de los fondos públicos y en que los mercados de la contratación pública deben seguir teniendo una dimensión que abarque a toda la UE. El Tribunal observa asimismo que los objetivos citados se complementan y explican en el Libro Verde, en el cual se afirma que las normas de contratación pública deberían: a) incrementar la eficiencia del gasto público generando la competencia más fuerte posible y racionalizando los procedimientos de contratación, con medidas de simplificación específicamente adaptadas a las necesidades particulares de los poderes adjudicadores; b) permitir que quienes deben cumplir las normas utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad; c) prevenir la corrupción y el favoritismo; d) abordar la cuestión de cómo mejorar el acceso de las empresas europeas a los mercados de terceros países; e) y dar mayor seguridad jurídica a los poderes adjudicadores y a las empresas.

2. El Tribunal señala que la Comisión es consciente de que los diversos objetivos que el Libro Verde propone para la reforma pueden entrar en conflicto, y que estos diferentes objetivos «se concretan a veces en opciones políticas que pueden apuntar en diferentes direcciones, y que exigirán una elección razonada en una fase posterior». A juicio del Tribunal, esta afirmación de la Comisión resulta decisiva para el éxito del proceso iniciado. Considera esencial que la Comisión defina de manera clara y precisa estos objetivos y que después los articule adecuadamente, o incluso, si es posible, que les otorgue un orden de prioridad. Así, el Tribunal observa que la introducción de objetivos nuevos en la política de contratación pública de la UE, tal y como prevé la estrategia Europa 2020, puede incrementar la complejidad del marco jurídico y crear dificultades añadidas para el logro de otros objetivos fijados por la reforma, como el de dar mayor seguridad jurídica a los poderes adjudicadores y a las empresas.

3. El Tribunal insiste en que los medios empleados para lograr los objetivos asignados, aunque apropiados para algunos de ellos, pueden provocar efectos no deseables para la consecución de otros objetivos. Así, cabe señalar que, aun cuando la generalización de los procedimientos negociados considerada en el Libro Verde constituye una herramienta valiosa para la apertura de los mercados y el incremento de la eficiencia de los procedimientos, también es cierto que pueden tener efectos nocivos para el objetivo de prevenir el fraude y la corrupción al conceder más facultades discrecionales a los poderes adjudicadores. Del mismo modo, la expansión de los procedimientos conjuntos de contratación pública, cuyo principal objetivo es el ahorro de tiempo y de costes en la organización de procedimientos de licitación múltiples por los poderes adjudicadores, no es fácilmente conciliable con la medida propuesta de subdividir los contratos en lotes para facilitar el acceso de las PYME a la contratación pública.

4. Las medidas legislativas dirigidas a lograr uno de los objetivos fijados pueden causar efectos no deseables para el logro de otros objetivos. El Tribunal subraya pues que no basta con tomar en consideración los riesgos que acarrea la introducción de una nueva medida legislativa e identificar los medios para combatirlos, sino que es también necesario evaluar su gravedad y las probabilidades de que se materialicen y, en caso de que los medios para combatirlos sean desproporcionados, buscar soluciones alternativas.

5. Aun entendiendo que no es su cometido cuestionar los objetivos políticos que la Comisión persigue mediante el proceso de reforma iniciado, el Tribunal recuerda que, cualesquiera sean, no deben afectar a los objetivos básicos del marco jurídico de la contratación pública, que son: el cumplimiento de los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, y el logro de los mejores resultados posibles de la contratación para los poderes adjudicadores y para los contribuyentes con la menor inversión posible en términos de tiempo y de dinero público. En este contexto el Tribunal concede especial importancia al logro del objetivo de seguridad jurídica, que implica la estabilidad del marco jurídico que rige la contratación pública. Considera, pues, que toda reforma que se introduzca deberá estar justificada por una necesidad ineludible.

6. El Tribunal, pese a que no ser de su competencia pronunciarse sobre si debería hacerse posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas y objetivos sociales (como la protección del medio ambiente y la promoción de la eficiencia energética y la lucha contra el cambio climático, la innovación y la inclusión social), considera que la imposición de más condiciones a la legalidad de los procedimientos de contratación pública puede incrementar su coste y su complejidad, y con ello también el riesgo para la rentabilidad económica y el cumplimiento de la legislación. Señala además que la normativa vigente, con el concepto de «oferta económicamente más ventajosa», proporcionaría cierto margen para incorporar elementos cualitativos y de largo alcance (como el ciclo de vida útil y los costes operativos) y puede emplearse para reducir el alcance del criterio del precio sin eliminar la necesidad de basar las decisiones en la relación calidad-precio.

7. El Tribunal entiende que debe prestarse especial atención al acceso de las PYME a la contratación pública, ya que ha observado su bajo nivel global de respuesta a las ofertas y una cobertura europea limitada. El acceso insuficiente a la información y los costes administrativos representan un serio obstáculo a su participación efectiva. La participación de las PYME podría fomentarse ofreciéndoles formación e información o un servicio de ventanillas regionales. No obstante, el Tribunal no es partidario de obligar a un adjudicatario a subcontratar una parte del contrato principal, ya que las dificultades de carácter legal y práctico superarían a las ventajas.

#### ***Aclarar el marco jurídico y reducir la carga administrativa***

8. El Tribunal considera necesario redefinir algunos conceptos y nociones básicas para mejorar la seguridad jurídica de los poderes adjudicadores y las empresas. Con un marco más completo y pormenorizado, es posible simplificar y a la vez clarificar las normas.

9. El Tribunal considera que el nuevo marco jurídico debería incorporar «normas» derivadas de la jurisprudencia de la UE, ya que de hecho muchas de las propuestas del Libro Verde proceden de sentencias del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia de la UE. El Tribunal considera que los poderes adjudicadores necesitan directrices claras basadas en normas fácilmente accesibles para todos. Para ello, es necesario llevar a cabo análisis como el que realizó la Comisión antes de incorporar al corpus legislativo «normas» de contratación pública derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

10. A juicio del Tribunal, el alcance de las Directivas vigentes afecta a la seguridad jurídica de todas las partes, especialmente en los casos en que empresas privadas perciben subvenciones públicas, y es importante aclarar en las futuras normas europeas de contratación pública su ámbito de aplicabilidad y evitar que se difumine la distinción entre contratación pública y subvenciones. Del mismo modo, sería conveniente definir con mayor precisión quiénes deben cumplir la normativa sobre contratación pública, y el alcance y los criterios de la cooperación público-público. También podrían revisarse las distinciones que establece la legislación (por ejemplo, entre los contratos de servicios, obras y suministros), las limitaciones (servicios A y B) o las exclusiones, si se consideran innecesarias.

11. El Tribunal considera que las opciones entre los distintos procedimientos establecidos en las Directivas son en términos generales satisfactorias. Es importante evitar aquellos procedimientos que puedan inducir a discriminación, menor transparencia, o que vayan en detrimento del principio de la competencia leal y efectiva. En este sentido, resulta evidente que los procedimientos acelerados y el posible uso generalizado del procedimiento negociado entrañan riesgos que pueden requerir un esfuerzo desproporcionado para su control. Por otra parte, es importante que en la elección de un procedimiento de adjudicación de contratos se tengan en cuenta la estructura de la oferta y las características del mercado. Así, puede que no sea adecuado el recurso al procedimiento abierto cuando la competencia esté reducida de facto por varios motivos (especificaciones técnicas, derechos de exclusividad, acuerdos necesarios, estructura de los mercados de determinados productos, situación del mercado local, etc.).

12. A juicio del Tribunal, el Libro Verde señala acertadamente algunas lagunas del marco jurídico que pueden suponer un riesgo para la seguridad jurídica, especialmente en la fase de ejecución del contrato. El Tribunal considera que deberían introducirse en el marco normativo de la UE precisiones basadas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para regular los casos de «modificaciones sustanciales» de un contrato durante su período de validez, así como los cambios relacionados con el contratista y la terminación de los contratos. En dichos casos, no obstante, cuando haya que organizar un nuevo procedimiento de licitación, no existe ningún motivo que justifique que este tenga que ser más flexible. Las normas de contratación deberían permitir a los poderes adjudicadores limitar hasta un determinado nivel la posibilidad de subcontratar para evitar las dificultades jurídicas y prácticas que pueden surgir cuando gran parte o la totalidad del contrato es ejecutado por subcontratistas.

13. El Tribunal considera que sería beneficioso tanto para los operadores económicos (especialmente las PYME) como para los poderes adjudicadores aliviar la carga administrativa mediante medidas tales como la presentación y la verificación de pruebas solo por los candidatos incluidos en una lista restringida, las declaraciones del propio empresario sobre el cumplimiento de los criterios de selección (por cuenta y riesgo del licitador), o una demostración proporcionada de la capacidad financiera. Otras medidas para reducir la carga administrativa y responder de manera más eficiente a las necesidades de los poderes adjudicadores podrían ser la utilización del procedimiento de adquisición

simplificado al precio más bajo para los denominados «bienes y servicios comerciales» o una mayor flexibilidad en el examen de criterios de selección y adjudicación fomentando, especialmente en el caso de los pequeños poderes adjudicadores, procedimientos ya disponibles (centrales de compras, contrato marco) o creando instrumentos más flexibles, como, por debajo de un nivel determinado, un procedimiento negociado vinculado a un análisis comparativo. No obstante, demasiada flexibilidad en los procedimientos presenta un riesgo de abuso y discriminación.

14. En cuanto a la integridad de los procedimientos, el Tribunal es plenamente consciente de que la contratación pública constituye un ámbito lleno de riesgos en el que comportamientos y prácticas ilícitos como conflicto de intereses, favoritismo, fraude y corrupción pueden producirse en todas las etapas, distorsionar la competencia leal y disuadir a los licitadores. Para reducir estos riesgos es necesario un esfuerzo común en el ámbito europeo y nacional. Las siguientes medidas contribuirían significativamente al logro de un marco jurídico más armónico para la contratación pública en Europa: precisar en el ámbito europeo algunas definiciones (como «conflicto de intereses» o «falta profesional grave») e introducir medidas para prevenir, detectar y contrarrestar las malas prácticas (formación, declaraciones del propio empresario sobre el cumplimiento de los criterios de selección, códigos de conducta, sanciones automáticas, protección del informador, intercambios de información entre Estados miembros sobre la exclusión de los licitadores deshonestos, etc.).

El presente dictamen ha sido aprobado por el Tribunal de Cuentas en Luxemburgo en su reunión del día 26 de mayo de 2011.

*Por el Tribunal de Cuentas*

Vítor Manuel da SILVA CALDEIRA

*Presidente*

---