

LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR

Profesor Titular de Derecho Administrativo (UNED)

SUMARIO: I. La importancia del contrato público para la Administración europea. II. Delimitación conceptual del contrato público de la Administración de la Unión Europea. 1. Delimitación conceptual. 2. Tipos y modalidades de contratos públicos. 2.1. Contratos típicos. 2.2. Modalidades de contratos públicos: contratos marco y contratos específicos. III. Fuentes reguladoras del contrato público de la Administración europea. 1. ¿Son las Directivas de contratación fuente reguladora de los contratos de la Administración europea? 2. El Derecho específico de contratos de la Administración europea. 3. La normativa especial por sectores de actividad. 4. La normativa de la Administración europea. 5. La remisión al Derecho nacional. IV. Las partes en el contrato público de la Administración europea. 1. La Administración europea. 2. El contratista.- 2.1. Definición. 2.2. Prohibiciones para contratar. 2.3. Capacidades del contratista. A) Capacidad jurídica. B) Capacidad económico-financiera. C) Capacidad técnico-profesional. V. Publicidad de los contratos. VI. Los procedimientos de contratación. VII. Los documentos de licitación. 1. La invitación a licitar. 2. El pliego de condiciones. 3. El modelo de contrato. VII. Procedimiento de adjudicación. 1. Presentación de ofertas. 2. Apertura de ofertas. 3. Evaluación de ofertas. 4. Formas y criterios de adjudicación. 4.1. Adjudicación automática. 4.2. Concesión a la oferta económicamente más ventajosa. 5. Decisión de adjudicación y control jurisdiccional. VIII. Ejecución del contrato. 1. potestades administrativas. A) Potestad sancionadora. B) Potestad revocatoria y anulatoria. C) Suspensión y rescisión. D) Potestades incluidas en normas administrativas y documentos contractuales. 2. Posibilidad de subcontratación. 3. Revisión de precios. IX. La consolidación del contrato administrativo europeo.

I. LA IMPORTANCIA DEL CONTRATO PÚBLICO PARA LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA

Las Instituciones, órganos y organismos europeos que conforman la «Administración europea» —encargada no sólo de asegurar el funcionamiento de aquéllos sino también de ejecutar el Derecho de la Unión Europea en la medida en que ésta ha

asumido competencias de administración directa en detrimento de los Estados miembros— recurren al contrato público como un medio para la consecución de sus fines. Desde la citada doble perspectiva que presenta la Administración europea (infraestructura de medios y acción ejecutiva), los contratos públicos que aquélla celebra presentan igualmente una doble variante: subvenir necesidades materiales imprescindibles para el funcionamiento de las Instituciones, órganos y organismos europeos pero también erigirse en un instrumento privilegiado para la ejecución de determinadas Políticas europeas (cooperación al desarrollo, investigación, etc.).

Resulta, pues, de gran interés analizar un aspecto poco estudiado por la doctrina, cual es el de la contratación pública directa de la Administración europea, pues siempre ha hecho más hincapié en la actuación europea armonizadora de la contratación pública de los Estados miembros.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL CONTRATO PÚBLICO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Delimitación conceptual

Lo primero que es imprescindible realizar es una delimitación de lo que se entienda estrictamente por «contratos públicos de la Administración europea», pues la actividad contractual de esta Administración es muy amplia y hay actuaciones que no pueden remitirse a dicho concepto.

El Reglamento Financiero, en su artículo 88.1, avanza una definición suficiente, aunque no completa. Dice así: «*Los contratos públicos son contratos a título oneroso celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios órganos de contratación a tenor de los artículos 104 y 167, con el fin de obtener, mediante el pago de un precio sufragado total o parcialmente por el presupuesto, la entrega de bienes muebles o inmuebles, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio*».

De esta definición podemos destacar los siguientes aspectos:

a) En primer lugar, se trata de «contratos públicos», no privados. La Administración europea, evidentemente, puede celebrar esos contratos privados, pues los Tratados reconocen a la Unión la capacidad jurídica necesaria para ello y a las Instituciones la capacidad de obrar para actuar en nombre de aquella. Pero el carácter público no se deriva tanto de la presencia de la Administración europea (pues ésta puede igualmente celebrar contratos privados) como del sometimiento de estos contratos públicos de la Administración Europea a la normativa específica aprobada por la Unión Europea (Legislador y Administración) para regularlos. No hay, pues, un sometimiento al Derecho de contratos públicos de un Estado miembro, ni siquiera al Derecho público europeo de las Directivas de contratos (aunque este Derecho tenga una virtualidad peculiar para la contratación pública de la Administración europea)

sino que los contratos públicos de las Instituciones, órganos y organismos europeos (esto es, la Administración europea) se regulan por un Derecho público europeo específico para dichos contratos, tal y como más adelante explicaremos.

b) En segundo lugar, que estamos en presencia de «contratos a título oneroso», lo que los diferencia esencialmente de las subvenciones, que se conceden «a título de liberalidad» (art. 108 Reglamento Financiero), aunque puedan ser objeto de convenio o, como a veces dice la jurisprudencia o la legislación sectorial, de «contratos de subvención».

c) En tercer lugar, los contratos los celebran «operadores económicos» y «órganos de contratación», entendidos éstos -a efectos de nuestro estudio- como Instituciones, órganos y organismos europeos que forman parte, estrictamente, de la Administración europea. Sólo excepcionalmente la sectorialidad de la actuación europea puede ampliar los sujetos sometidos a la normativa europea de contratación pública de la Administración europea, asimilando a ésta a Estados, a órganos públicos nacionales o internacionales o incluso a entidades privadas, como en el caso de las acciones exteriores financiadas con cargo al presupuesto europeo (art. 167 Reglamento Financiero)¹.

Se excluyen, por ello, los «contratos» que eventualmente puedan celebrar las Instituciones, órganos y organismos europeos entre sí. Es lo que las Modalidades de Ejecución denominan «acuerdos administrativos sobre prestación de servicios, entrega de productos o realización de obras» (art. 116.7)².

Por la misma razón, tampoco se puedan considerar contratos públicos los «acuerdos interinstitucionales», que son acuerdos que, en principio, celebran las Instituciones entre sí para articular la cooperación leal que pesa sobre ellas en sus relaciones recíprocas (art. 295 TFUE).

Finalmente, no son considerados «contratos públicos de la Administración europea» los convenios o contratos que las Instituciones celebran con Estados, miembros o terceros, o con organizaciones internacionales. Estos convenios o contratos tienen una regulación específica en el propio Reglamento Financiero y, sobre todo, en la normativa sectorial que regula las políticas específicas a cuya ejecución concurren (investigación, educación, agrícola, cohesión territorial, etc.).

¹ *Geotronics v. Comisión*, 26 octubre 1995 (T-185/94), *Rec.*, p. II-2795, nn. 31-32.

² *Centro Studi Manieri v. Consejo*, 28 enero 2009 (T-125/06), *Rec.*, p. II-69, nn. 46-48, donde se trataba de la legalidad de una decisión del Consejo que encomendaba la gestión de la guardería infantil de la Institución a la Oficina Infraestructuras y Logística, dependiente de la Comisión, renunciando al procedimiento de contratación pública que se había abierto para seleccionar un contratista que prestara tal servicio. El Tribunal considera que, atendiendo a la naturaleza jurídica de este tipo de Oficinas de la Comisión, «la conclusión entre el Consejo y la OIB de un acuerdo relativo a la gestión completa de una guardería infantil constituye la conclusión de un acuerdo administrativo entre dos servicios de instituciones comunitarias sobre la prestación de servicios, a la que no resultan aplicables las normas en materia de contratación pública» (n. 53).

d) En cuarto lugar, los contratos están financiados por el presupuesto de la Unión Europea. Esta vinculación de los contratos públicos de la Administración europea al presupuesto de la Unión incardinan a aquellos en el Reglamento Financiero, adoptado sobre la base del artículo 322 TFUE (anterior 279 TCE). Como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia, «en el marco de una licitación pública comunitaria, la celebración de un contrato da lugar al nacimiento de una obligación (compromiso jurídico) de la que resulta un gasto que se pone a cargo del presupuesto (compromiso presupuestario). Por lo tanto, en virtud del principio de unidad y de veracidad presupuestaria, el gasto correspondiente al compromiso jurídico debe ser consignado en el presupuesto. En esta medida, la adjudicación de contratos públicos por las instituciones comunitarias por cuenta propia y la celebración de los correspondientes contratos están estrechamente vinculadas a la ejecución del presupuesto de gastos. Si, por regla general, la regulación de los contratos públicos no se considera parte integrante del Derecho presupuestario, cuyo ámbito es más reducido, procede señalar que, en Derecho comunitario, el respeto de los principios que se derivan del espíritu de las disposiciones financieras del Tratado CE y, en particular, de los principios de transparencia y de buena gestión financiera, justifica que los contratos públicos adjudicados por cuenta propia por las instituciones comunitarias, que pueden ser vinculados a la ejecución del presupuesto, sean sometidos a reglas transparentes que garanticen la observancia de los procedimientos de protección de los fondos comunitarios. Además, y aunque el Derecho financiero o presupuestario no se caracterice generalmente por establecer derechos u obligaciones para las personas que no pertenecen a la esfera pública, nada impide que tales normas puedan producir efectos jurídicos propios frente a terceros que estén dispuestos a licitar a un contrato público comunitario financiado, en todo o en parte, por el presupuesto comunitario. Resulta precisamente del artículo 89 del Reglamento financiero que las disposiciones del título V de la primera parte de ese mismo Reglamento, tal como han sido completadas por las disposiciones correspondientes de las normas de desarrollo, tienen por finalidad y objeto que todos los contratos públicos financiados total o parcialmente por el presupuesto respeten los principios de transparencia, proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación y que todo procedimiento de adjudicación se efectúe con la mayor apertura a la competencia posible, salvo que se recurra al procedimiento negociado. Pretenden también someter los contratos públicos adjudicados por las instituciones comunitarias por cuenta propia a reglas transparentes que garanticen la observancia de los procedimientos de protección de los fondos comunitarios»³.

e) Finalmente, los contratos públicos de la Administración europea se encaminan a la obtención, por parte de ésta, de la entrega de bienes muebles o inmuebles, de la ejecución de una obra o de la prestación de un servicio. Además de señalar los tipos de contratos que prevé la normativa específica europea, estos objetos permiten excluir negocios jurídicos contractuales singulares que la Administración europea puede realizar.

³ *Citymo v. Comisión*, 8 mayo 2007 (T-271/04), *Rec.*, p. II-1375, nn. 121-123.

Tal es el caso, por ejemplo, de la contratación de personal, que se encuentra sometida a una normativa administrativa europea especial (el Reglamento europeo que incluye, junto al Estatuto de Funcionarios, el denominado «Régimen aplicable a los otros agentes») y que son, por tanto, contratos administrativos regidos por el Derecho Administrativo de la Unión Europea. Aunque también puede recurrir la Administración europea a contrataciones privadas, sujetas por tanto al Derecho del Estado donde las realiza (por ejemplo, las Oficinas de la Comisión y del Parlamento en los Estados miembros; o las Delegaciones de la Unión Europea en otros países; o las Instituciones, órganos y organismos en los lugares donde tienen sus sedes).

2. Tipos y modalidades de contratos públicos

2.1. Contratos típicos

El Reglamento Financiero no sólo define el «contrato público» de la Administración europea sino que también especifica, de manera exhaustiva, los tipos que éste puede adoptar en función de su objeto:

a) *Contratos de compra o arrendamiento de inmuebles*: Tienen por objeto la compra, la enfiteusis, el usufructo, el arrendamiento financiero, el arrendamiento-venta, con o sin opción de compra, de terrenos, edificios existentes u otros bienes inmuebles (art. 116.1 Modalidades de Ejecución).

b) *Contratos de suministro*: «Tienen por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento-venta, con o sin opción de compra, de productos» (art. 116.2 Modalidades de Ejecución).

c) *Contratos de obras*: «Tienen por objeto la ejecución, o conjuntamente la concepción y ejecución de trabajos u obras en relación con alguna de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como la realización, cualquiera que sea el medio utilizado, de una obra que responda a los criterios exigidos por un órgano de contratación determinado. Una obra es el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil destinada a ejercer por sí misma una función económica o técnica» (art. 116.3 Modalidades de Ejecución).

d) *Contratos de servicios*: «Tienen por objeto todas aquellas prestaciones, intelectuales o no, diferentes de las que son propias de los contratos de suministro, de obras y de bienes inmuebles⁴» (art. 116.4 Modalidades de Ejecución).

2.2 Modalidades de contratos públicos: contratos marco y contratos específicos

La normativa prevé la posibilidad de que la Administración celebre contratos marco, que define como aquel «celebrado entre uno o más órganos de contratación y

⁴ En los anexos II A y II B de la Directiva 2004/18/CE se enumeran tales prestaciones.

uno o más operadores económicos, cuyo objeto es establecer las condiciones por las que han de regirse los contratos que se adjudiquen durante un período determinado, en especial por lo que se refiere al precio y, si procede, la cantidad prevista» (art. 88.2 Reglamento Financiero). Estos contratos marco están pensados para celebrarse, en principio, con varios contratistas (al menos tres, señala el art. 88 de la Modalidades de Ejecución), si bien, cuando no exista un número suficiente de operadores económicos que satisfagan los criterios de selección o de ofertas admisibles que se ajusten a los criterios de selección, es posible que se concluyan con un solo contratista. En cuanto a su duración, se establece un máximo de cuatro años, aunque se admite excepcionalmente una duración mayor si el objeto del contrato lo exigiera.

Como puede observarse, estos contratos marco implican una cierta limitación al principio de mayor concurrencia posible, por lo que el Reglamento Financiera advierte que la Administración europea «no podrá recurrir a los contratos marco de forma abusiva ni de manera tal que se impida, restrinja o falsee la competencia» (art. 89.2).

De estos contratos marco penden los contratos específicos que se concluirán, únicamente, conforme a las condiciones fijadas en aquellos y entre los órganos de contratación y los contratistas que originariamente fueron partes en dicho contrato marco, sin que de su procedimiento de adjudicación se puedan derivar «modificaciones sustanciales» (art. 118.2 Modalidades de Ejecución) a las condiciones establecidas en el mismo.

III. FUENTES REGULADORAS DEL CONTRATO PÚBLICO DE LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA

Cuando se habla de la normativa de Derecho Europeo reguladora de los contratos públicos o administrativos se piensa automáticamente en la actual Directiva (2004/18/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Sin embargo, esta norma está dirigida a los Estados miembros para armonizar sus Derechos nacionales sobre contratación administrativa en determinados aspectos. Por ello, la Administración europea, en relación con los contratos públicos que ella celebra, se encuentra sometida a la normativa financiera que regula la ejecución del presupuesto europeo. No obstante, la virtualidad de la mencionada Directiva como fuente reguladora presenta unas peculiaridades particulares en este específico sector de la contratación pública de la Administración europea.

1. ¿Son las Directivas de contratación fuente reguladora de los contratos de la Administración europea?

En principio, las directivas se dirigen a los Estados miembros y no a las instituciones de la Unión. Por consiguiente, no se puede considerar que las Directivas impongan, como tales, obligaciones a las Instituciones en sus relaciones con los ciuda-

danos. Así pues, ni la Directiva crea obligaciones a la Administración europea ni las personas físicas o jurídicas, en sus relaciones con aquella, podrían invocar derechos basados en las disposiciones de las Directivas. Por ello, la jurisprudencia ha recordado en numerosas ocasiones que las Directivas de contratación no se aplican a las Instituciones⁵.

A pesar de lo cual, la jurisprudencia ha admitido que excepcionalmente una directiva europea pueda ser fuente del Derecho aplicable a la Administración Europea. «En efecto, las disposiciones de una directiva podrían, en primer lugar, imponerse indirectamente a una institución si son expresión de un principio general de Derecho comunitario que, como tal, le incumbe aplicar [...] En segundo lugar, una directiva también podría obligar a una institución cuando ésta, en el marco de su autonomía organizativa y dentro de los límites del Estatuto, ha pretendido ejecutar una obligación particular establecida por una directiva o en el supuesto de que un acto de alcance general de aplicación interna se remita, a su vez, expresamente a las medidas adoptadas por el legislador comunitario en aplicación de los Tratados [...] En tercer lugar, y en cualquier caso, ha de recordarse que el principio de cooperación leal, enunciado en el artículo 10 CE [actual artículo 4.3 TUE], no sólo obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario sino que también impone a las instituciones comunitarias deberes recíprocos de cooperación leal con los Estados miembros. Por ello, incumbe a las instituciones asegurar, en la medida de lo posible, la coherencia entre su propia política interna y la acción legislativa que llevan a cabo a escala comunitaria, en particular, destinada a los Estados miembros»⁶.

De estas tres posibilidades, la segunda ha sido tradicionalmente muy utilizada por la normativa de contratación pública de la Administración europea, si bien con alcance diferente. Inicialmente, el Reglamento financiero de 1977 hacía una regulación somera, pero autosuficiente, de los contratos realizados por las Instituciones europeas. Sin embargo, a raíz de las Directivas del Consejo que llevaron a cabo por primera vez en 1992⁷ y 1993⁸ la armonización de los procedimientos de contratación de los Estados miembros, aquel Reglamento se modificó en 1995⁹ en el sentido de que, cuando

⁵ Por ejemplo, *Belfass v. Consejo*, 21 mayo 2008 (T-495/04), *Rec.* p. II-781, n. 43; *Evropaiki Dynamiki v. OEDT*, 9 septiembre 2010 (T-63/06), n. 35.

⁶ *Aayhan v. Parlamento Europeo*, 30 abril 2009 (F65/07), nn. 112-119; *Adjemian e.a. v. Comisión*, 4 junio 2009 (F-134/07 y F-8/08), nn. 90-93.

⁷ Directiva (92/50/CEE) del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (*DO* n L 209, de 24 de julio de 1992, p. 1).

⁸ Directiva (93/37/CEE) del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (*DO* n L 199, de 9 de agosto de 1993, p. 54).

⁹ Reglamento (2333/95/CEE,CECA,Euratom) de 18 de septiembre de 1995 (*DO* n° L 240 de 7 de octubre de 1995, p. 1). Este Reglamento dio la siguiente redacción al artículo 56 del Reglamento

los montantes de los contratos alcanzaran o sobrepasaran los umbrales previstos en las Directivas del Consejo, las Instituciones en cuestión debían someterse a las mismas obligaciones que las que pesaban sobre las entidades de los Estados miembros en virtud de tales Directivas. Vemos, pues, cómo se optó en 1995 por una remisión general al régimen de las Directivas de contratación.

En la actualidad, por contra, las remisiones que hace la normativa de contratación pública de la Administración europea son más limitadas y circunscritas a determinados aspectos puntuales. En efecto, una remisión semejante la encontramos en el artículo 105 del Reglamento (1605/2002/CE, Euratom) del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, se remite a la Directiva (2004/18/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios para la fijación de los umbrales económicos que determinen las formas de publicación de los anuncios de licitación, la elección de los procedimientos de contratación y los plazos correspondientes. Estos umbrales económicos son fijados por el Reglamento de desarrollo (Modalidades de Ejecución) del Reglamento Financiero. Formalmente, aquel es actualizado en sus montantes por Decisiones periódicas de la Comisión y, materialmente, lo que hacen éstas es recoger a su vez las actualizaciones que los Reglamentos europeos hacen de las cantidades previstas en la Directiva 2004/18/CE, con lo que la armonía e inserción de la actividad contractual de la Unión Europea, en cuanto que Poderes adjudicadores, en relación con los Estados miembros es completa en este punto. Así, el Reglamento (1177/2009/CE) de la Comisión modificó los límites aplicables en materia de contratos públicos previstos por la Directiva 2004/18/CE, modificación que fue asumida por la Administración europea a través de Decisión (2010/78/UE) de la Comisión, de 9 de febrero de 2010¹⁰.

En cambio, la primera posibilidad, es decir, la Directiva como expresión de un principio general del Derecho europeo, puede tener una virtualidad más limitada, aunque el Tribunal de Primera Instancia¹¹ ha sido un poco más generoso y, además de esos principios generales, también ha reconocido su eficacia respecto a la Administración europea en la medida en que aquella sea expresión específica o articulación de una norma fundamental de los Tratados. Así, las Directivas sobre contratación articulan una norma fundamental del Tratado como es la apertura de mercados y la igualdad de oportunidades en el ámbito de la contratación pública.

Financiero: «En la adjudicación de los contratos cuyo importe alcance o supere los límites máximos previstos por las Directivas del Consejo por las que se coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, cada Institución deberá cumplir las mismas obligaciones que las que incumben a los organismos de los Estados miembros en virtud de dichas Directivas».

¹⁰ DO n. L 37, de 10 de febrero de 2010, p. 73

¹¹ *Adjemian e.a. v. Comisión*, 21 septiembre 2011 (T-325/09P).

Así pues, como regla general, las Directivas de contratación no vinculan directamente a la Administración europea y, por tanto, no pueden ser invocadas por los interesados en sus pleitos contra aquella. No obstante lo cual, la jurisprudencia sí reconoce dos eficacias muy específicas de las Directivas respecto al Derecho Administrativo Europeo.

En primer lugar, la eficacia interpretativa de las Directivas, que obliga a la Administración y, en última instancia, a los Tribunales europeos a interpretar las normas de Derecho Administrativo Europeo a la luz y de conformidad con las Directivas. Por tanto, el Derecho específico de los contratos de la Administración europea debe ser interpretado y aplicado de conformidad con las Directivas de contratación, porque la interpretación del Derecho Europeo en su conjunto debe ser uniforme y porque el Derecho Administrativo alumbrado por la Unión, ya sea aplicable a los Estados, ya a la Administración europea, no puede contradecirse entre sí¹².

Y en segundo lugar, las Directivas de contratación «inspiran» el Derecho Administrativo de la contratación pública de la Administración Europea, tal y como veremos a continuación.

2. El Derecho específico de contratos de la Administración europea

El Legislador de la Administración europea decidió, en 2002, que el Derecho regulador de la contratación de las Instituciones, órganos y organismos europeos fuera específicamente recogido en una norma de Derecho Administrativo europeo, esto es, en una norma del Derecho de la Administración europea. Se trata del Reglamento (1605/2002)¹³ (en adelante «Reglamento Financiero»), que ha sido, a su vez, desarrollado muy pormenorizadamente en el ámbito de los contratos por el Reglamento de la Comisión (2342/2002)¹⁴ (en adelante, Modalidades de ejecución del Reglamento Financiero).

Estos Reglamentos no constituyen una transposición interna de las Directivas, pues hemos visto que éstas no vinculan, de forma directa, ni al Legislador europeo de Derecho Administrativo de la Administración europea ni a ésta. Por tanto, no se

¹² Es la argumentación de la coherencia -afirmada por el Tribunal de la Función Pública en asuntos como *Aayhan v. Parlamento Europeo*- entre la actividad legislativa dirigida a los Estados y la normativa administrativa interna de la Administración europea. En la doctrina, SCHMIDT-ASSMANN habló ya de la «tesis del paralelismo»: SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP/Marcial Pons, Madrid 2003, p. 402.

¹³ Reglamento (1605/2002/CE,Euratom) del Consejo, por el que se aprueba el Reglamento Financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (*DO* n L 248, de 16 de septiembre de 2002, p. 1).

¹⁴ Reglamento (2342/2002/CE,Euratom) de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento (CE, EURATOM) n° 1605/2002 del Consejo, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (*DO* n. L 357, de 31 de diciembre de 2002, p. 1).

pueden erigir en parámetro de legalidad de los Reglamentos citados ni pueden ser invocados por los contratistas en sus pleitos contra la Administración europea.

Ciertamente, ni el Reglamento Financiero ni sus Modalidades de ejecución son muy claros a este respecto, pues el Considerando 24 del Reglamento Financiero establece, «por lo que se refiere a los contratos públicos adjudicados por las instituciones de las Comunidades por cuenta propia, procede establecer que se apliquen las normas recogidas en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, servicios y suministro». Más tajante es incluso el Considerando 25 de las Modalidades de Ejecución, que habla incluso de «insertar en el presente Reglamento las disposiciones de las Directivas [de contratación]».

Ahora bien, esta previsión de «que se apliquen las normas recogidas en las Directivas» (Reglamento Financiero) o, más aún, que se inserten las disposiciones de éstas en el reglamento de desarrollo de aquel (Modalidades de Ejecución) tiene una virtualidad jurídica peculiar que es preciso destacar.

En efecto, las Directivas no dejan de tener una cierta eficacia interpretativa del Reglamento Financiero y de su Reglamento de ejecución, tal y como reconoce la jurisprudencia al señalar que tales Reglamentos se «inspiran»¹⁵ en las Directivas de contratación y que no duda en recurrir análogicamente a las interpretaciones que hace de aquellas para resolver cuestiones atinentes al Derecho específico de la contratación pública de la Administración europea. Pero esta «inspiración», en principio, es una opción de política legislativa autónoma del Legislador de la Administración europea, aunque la coherencia del sistema administrativo de la Unión, esto es, la actuación legislativa materialmente administrativa bien la dirigida a los Estados para la ejecución del Derecho Europeo, bien la encaminada a la regulación de la organización y funcionamiento de la Administración europea, no es lógico que se contradiga. Por ello, aunque formalmente la «inspiración» de las Directivas salva el escollo de su falta de eficacia vinculante respecto al Legislador o a la Administración europea, sustancialmente permite alcanzar o, al menos, buscar una identidad de fondo entre Directivas de contratación y Reglamento financiero.

En cualquier caso, la referencia a las Directivas de contratación del Derecho específico de la contratación pública de la Administración europea ha sido cuestionada por BRACONNIER, «ya que el objetivo que persiguen las Directivas de 2004 respecto a los Estados miembros no coincide necesaria y precisamente con el que debería alcanzar la legislación aplicable a los contratos públicos adjudicados por las instituciones de la Unión Europea. En el primer caso, las Directivas sobre «contratos públicos» se inscriben en una lógica de integración destinada a favorecer la interpenetración de las economías nacionales. En el segundo caso, en cambio, la aplicación de procedimien-

¹⁵ *Evropaïki Dynamiki v. OEDT*, 9 septiembre 2010 (T-63/06), n. 4; En *TQ3 Travel Solutions Belgium v. Comisión*, 6 julio 2005 (T-148/04), *Rec.*, p. II-2627, n.1, el Tribunal habla de que los Reglamentos financieros «siguen el modelo» de las Directivas. Así lo destaca también RITLENG, D.: «Les contrats de l'Administration communautaire» en *Droit Administratif Européenne* (Dir. J.-B. Auby y J. Dutheil de la Rochère), Bruylant, 2007.

tos de publicidad y apertura a la competencia conformes a las Directivas de 2004 pretende ante todo garantizar el libre acceso sin discriminaciones de todos los operadores económicos de la Unión a los contratos públicos adjudicados por las instituciones europeas. Así pues, los Reglamentos financieros de 2002 tienen por finalidad traducir, a partir de un texto único (la Directiva de 2004), la asimetría del objetivo perseguido por la legislación en materia de contratación pública, dependiendo de si esta se aplica a los Estados miembros o a las instituciones de la Unión Europea»¹⁶.

3. La normativa especial por sectores de actividad

En la medida en que la contratación pública de la Administración europea constituye un instrumento de ejecución de las Políticas europeas, la normativa reguladora de éstas incide directamente en el régimen jurídico de dicha contratación. En primer lugar, estableciendo la previsión de utilizar el contrato público como técnica administrativa para aplicar esa normativa. Y, en segundo lugar, recogiendo previsiones singulares y especiales que completen la normativa general de contratación pública de la Administración europea prevista en el Reglamento Financiero y en sus Modalidades de Ejecución.

En algún caso, incluso, la trascendencia de esta actuación contractual para la ejecución de Políticas europeas es tal que ha llegado a incluirse, con carácter especial, en la propia regulación general del Reglamento Financiero y de sus Modalidades de Ejecución. Es el caso de las Acciones Exteriores de la Unión, que constituye el Título IV de la Segunda Parte del Reglamento Financiero, dedicado a las Disposiciones Particulares. Esta acción exterior, por ejemplo, en el caso de la cooperación al desarrollo no sólo tiene un régimen singular en la normativa financiera sino que también prevé singularidades en los Reglamentos materiales que establecen los distintos programas sectoriales y geográficas en que esta Política se concreta.

4. La normativa de la Administración europea

El Derecho propio y específico de la contratación pública de la Administración europea no se circunscribe a los Reglamentos legislativos y ejecutivos que aprueba el Legislador y la Comisión. Ese Derecho no es omnicompreensivo de un régimen jurídico completo y exhaustivo de la contratación pública de la Administración europea, pues tal no es su finalidad primera, dirigida efectivamente a insertar a dicha Administración en cuanto que «poder adjudicador» en el mismo mercado abierto que al resto de «poderes adjudicadores» nacionales. De ahí que, a primera vista, la normativa del Reglamento Financiero tenga como objetivo asumir y adaptar las Directivas públicas de contratación a la Administración europea. Pero así como el Derecho nacional de la

¹⁶ BRACONNIER, S., *Los contratos públicos adjudicados por las Instituciones de la Unión Europea*, Nota informativa para el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, <http://www.europarl.europa.eu/studies>, p. 10.

contratación pública no se limita a transponer esas Directivas y articula la concepción nacional del contrato administrativo en cuanto que institución jurídico-pública con contenidos propios.

La normativa legislativa y ejecutiva europea carece, en principio, de esa concepción propia, sin perjuicio de determinadas soluciones técnicas que articulan el aseguramiento de los intereses públicos de la Administración europea. Esa falta de normativa legislativa y ejecutiva europeas que doten de exhaustividad al régimen jurídico contractual de la Administración europea puede responder a una opción de permitir que dicho régimen jurídico se complete por la normativa nacional aplicable en función del lugar donde se celebre o ejecute el contrato, como veremos en el apartado siguiente. No obstante, la Administración europea (esto es, cada Institución, órgano u organismo pero, incluso, cada «órgano de contratación» identificado conforme a la potestad de autoorganización de aquéllos) puede complementar el régimen jurídico de la normativa de contratación pública europea a través bien de normativa administrativa propia con eficacia jurídica plena, bien a través de documentos administrativos que no sólo autolimitan la discrecionalidad de la propia Administrativa sino que precisan y concretan derechos y obligaciones de los contratistas.

En el primer caso, nos podemos encontrar, por ejemplo, con «pliegos de condiciones generales aplicables a los contratos» (como el del Parlamento Europeo) que, aunque se cita junto a los documentos de licitación, parece que su carácter general y su aprobación por la Institución le dota de una eficacia jurídica tal que lo hace incorporarse al peculiar sistema normativo de los contratos públicos de la Administración parlamentaria europea, de suerte que sus contratos públicos deben sujetarse a sus disposiciones y, en concreto, los documentos de licitación y cada singular contrato que se celebre¹⁷. Antes de los Reglamentos Financieros de 2002, la existencia de pliegos de condiciones generales en cada Institución u órgano de la Administración europea no sólo era una realidad común (ante la escasa regulación que por entonces hacían los reglamentos financieros) sino que también se erigían (junto a los pliegos particulares) en el elemento que mayor contribuía «a la generalización de un régimen jurídico comunitario para todo tipo de contrato de las instituciones comunitarias»¹⁸. Ahora, en cambio, gran parte de las previsiones que se recogían en esos pliegos han sido asumidas por los Reglamentos, sin que por ello se haya completado y perfeccionado el Derecho de la contratación pública de la Administración europea, pues esa asunción legislativa ha sido fragmentaria, reconduciéndose las demás previsiones no ya a pliegos particulares o al propio contrato, sino a textos administrativos de gestión interna de la Administración europea, cuyo valor jurídico es incierto pero que, en razón de la posición preeminente de aquella en la relación contractual, se imponen al contratista,

¹⁷ *Girffoni v. CEEA*, 5 marzo 1991 (C-330/88), *Rec.*, p. I-1045, nn. 8-9; *Embassy Limousines & Services v. Parlamento*, 17 diciembre 1998 (T-203/96), *Rec.*, p. II-4239, n. 97.

¹⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «La contratación de las Comunidades Europeas» en *RAP*, núm. 142, enero-abril 1997, p. 206.

al que se sume en la inseguridad jurídica de su confusa naturaleza y de su libre modificación por las Instituciones, órganos u organismos que los elaboran.

En efecto, profusos en su cantidad y difusos en su calidad son estos documentos administrativos que Instituciones, órganos, organismos y hasta órganos de contratación elaboran para «orientar», «ayudar», etc., a los contratistas en el proceso de gestión de los procedimientos de contratación. Asumen la veste de «guías», «manuales», «instrucciones»¹⁹ o demás expresiones didácticas que esconden su operatividad jurídica práctica: desde el ya célebre *soft law* a auténticas disposiciones cuyo alcance y contenido puede ser sumamente variado: limita la discrecionalidad de la institución u órgano que los elabora; imponer obligaciones a los contratistas; reconocer potestades o privilegios singulares a la Administración; completar el régimen de ejecución del contrato, etc.

5. La remisión al Derecho nacional

Como se ha señalado anteriormente, el Derecho específico de la contratación pública de la Administración europea no es omnicompreensivo del régimen jurídico de la institución contractual. En la medida en que su finalidad primaria es insertar a la «Administración europea», en su calidad de «poder adjudicador», en el libre mercado de los contratos públicos en la Unión Europea, el contenido de dicho Derecho tiende a ceñirse a los aspectos de la preparación y adjudicación de los contratos, garantizando la igualdad de trato y no discriminación, así como la máxima transparencia y la mayor concurrencia posible, principios éstos explicitados por el Reglamento Financiero en su artículo 89.

Por ello, resulta coherente que la Administración europea conciba el Derecho nacional de contratos públicos del lugar donde se celebre o ejecute el contrato administrativo de la Administración europea como supletorio o complementario en todo lo no regulado por la normativa administrativa de la Unión Europea. Así, las Modalidades de Ejecución del Reglamento Financiero prevén, como cláusula imperativa del modelo de contrato a celebrar con el contratista, la relativa a la legislación aplicable al contrato, en el sentido de que será «la legislación comunitaria, completada, en su caso, por la legislación nacional especificada en el contrato» (art. 130.4. c)).

Evidentemente, como se ha apuntado en el epígrafe anterior, le necesidad de que la legislación nacional complete la «legislación comunitaria» dependerá de la intensidad normativa de ésta, para lo cual habrá que tener muy en cuenta la normativa administrativa propia de cada Institución, órgano u organismo, incluso de cada órgano de contratación, que a través de normas o de documentos pueden completar esa «legislación comunitaria».

La remisión al Derecho nacional no se limita a completar los aspectos no regulados por el Derecho europeo de contratos de la Administración europea, sino que se extiende igualmente a todos aquellos conceptos jurídicos básicos que integran su

¹⁹ Por ejemplo, *Tideland Signal v. Comisión*, 27 septiembre 2002 (T-211/02), *Rec.*, p. II-3781.

aplicación y para los que aquel Derecho europeo no ha procedido a dotarlos de contenido europeo propio. En este sentido, resulta patente que los Derechos nacionales sí presentan una vocación de plenitud, de ahí que requisitos subjetivos del contratista, determinados criterios de selección o de exclusión o ciertas especificaciones técnicas recogidas en los documentos de licitación deban ser dotadas de contenido por los contratistas en relación con sus respectivos Derechos nacionales y, con esa referencia, interpretados por la Administración europea en el seno del procedimiento administrativo de contratación.

A este respecto, la Administración europea no puede establecer requisitos, criterios o especificaciones que pudieran obligar a un contratista a vulnerar su Derecho nacional para poder participar en un procedimiento de contratación, pues eso iría en contra del principio de buena administración²⁰. Evidentemente, esta remisión al Derecho nacional obliga a la Administración europea a hacer una interpretación propia de aquel, limitándose los Tribunales europeos a verificar la ausencia de un error manifiesto de apreciación a la hora de realizar esta interpretación²¹.

IV. LAS PARTES EN EL CONTRATO PÚBLICO DE LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA

1. La Administración europea

En un sentido amplio y horizontal, bajo el término «Administración europea» se incluye una abstracción de todos los aparatos administrativos de las Instituciones, órganos y organismos de la Unión, y del que la jurisprudencia y, en menor medida, la doctrina, se sirven como lugar común, en parte por mimetismo con las realidades nacionales, en parte para no confundir las actuaciones institucionales y administrativas en el seno de una Institución u órgano. No obstante, en un sentido restringido y funcional y desde una aproximación vertical, la Administración europea es la estructura orgánica encargada de ejecutar a escala europea el Derecho y las Políticas de la Unión, ya se trate de Instituciones (Comisión, Consejo o Banco Central Europeo), de órganos (Banco Europeo de Inversiones) o de organismos (Agencias europeas) que forman parte del Poder Público europeo.

Por tanto, observamos dos vertientes de la Administración europea: la primera, de carácter formal, que constituye la infraestructura de organización y de medios humanos y materiales que garantiza el funcionamiento ordinario de una Institución, órgano u organismo de la Unión Europea, independientemente de la naturaleza y carácter de las competencias que tiene asignadas (ya sean legislativas, judiciales, ejecutivas, consultivas o administrativas); en cuanto a la segunda vertiente, de carácter material, la

²⁰ *AICS v. Parlamento*, 6 julio 2000 (T-139/99), *Rec.*, p. II-2849, n. 39.

²¹ *AICS v. Parlamento*, 11 junio 2002 (T-365/00), *Rec.*, p. II-2719, n. 63.

Administración europea incluye la ejecución directa y centralizada del Derecho de la Unión Europea a través de su propia estructura orgánica (ya sea convencionalmente calificada como Instituciones, órganos u organismos).

Los contratos administrativos, por su funcionalidad para la Administración, contribuyen no sólo a subvenir las necesidades de funcionamiento de las Instituciones, órganos y organismos de la Unión sino también a ejecutar directamente el Derecho Europeo por aquella y a poner en práctica sus políticas.

El artículo 335 del TFUE reconoce la capacidad jurídica de la Unión Europea y las inherentes potencialidades que dicha capacidad implica. En ella hay que entender incluida la capacidad de celebrar contratos públicos, pues la concreción del citado precepto es puramente ejemplificativa al decir que «podrá, en particular, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles». En cuanto a la capacidad de obrar, aunque reconoce a la Comisión la representación de la Unión con carácter general, específica, no obstante, que la misma «estará representada por cada una de las instituciones, en virtud de la autonomía administrativa de éstas, para las cuestiones relacionadas con el funcionamiento de las mismas».

El Reglamento Financiero considera expresamente a las Instituciones «órganos de contratación» (art. 104), mientras que los organismos europeos (Agencias y asimilados) también lo son en virtud de su normativa financiera específica²², normativa que se remite al Reglamento Financiero general en cuanto al régimen jurídico de su contratación pública.

Por lo demás, las Instituciones, órganos y organismos de la Unión pueden actuar, a efectos de la celebración de contratos, bien individualmente, bien solidaria o «interinstitucionalmente».

Asimismo, en el marco de una acción conjunta, se pueden celebrar contratos conjuntamente por la Administración europea y los Estados miembros.

Finalmente, la determinación de los concretos «órganos de contratación» en el seno de cada Institución, órgano u organismo corresponde a cada uno de éstos, en virtud de su potestad de autoorganización. Se trata de una identificación esencial a efectos de la gestión del procedimiento de contratación.

2. El contratista

2.1. Definición

Según el Reglamento Financiero, quien contrata con la Administración europea es un «operador económico», expresión económica que las Modalidades de Ejecu-

²² Reglamento (2343/2002/CE, Euratom) de la Comisión, 19 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 185 del Reglamento (CE, Euratom) no 1605/2002 del Consejo, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (*DO* n. L 357 de 31 de diciembre de 2002, p. 72)

ción traducen jurídicamente como cualquier empresario, proveedor o prestador de servicios del mercado, que puede ser cualquier persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de tales personas o entidades.

La normativa pretende asegurar la máxima posibilidad de participación de posibles contratistas y ello en igualdad de condiciones. Por ello, por un lado, podrán concurrir todas las personas físicas y jurídicas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados, así como todas las personas físicas y jurídicas de cualquier tercer país que haya celebrado con la Unión un acuerdo particular sobre contratación públicas y, por otro, en el supuesto de que fuere de aplicación el Acuerdo multilateral sobre contratación pública celebrado en el seno de la Organización Mundial del Comercio, podrán participar en los procedimientos de contratación con la Administración europea los ciudadanos de los Estados que hubieren ratificado dicho Acuerdo²³.

Los contratistas pueden agruparse a efectos de licitar o de presentar candidaturas, sin que la Administración europea pueda exigirles una forma jurídica determinada, cosa que sí podrá hacer en caso de resultar la agrupación adjudicataria del contrato, siempre y cuando tal obligación fuere necesaria para la correcta ejecución del mismo (art. 116.6 Modalidades de Ejecución).

En función de la fase del procedimiento de contratación, el operador económico recibe diferentes denominaciones: el operador económico que presenta una oferta es designado con el término «licitador», mientras que el que solicita participar en un procedimiento restringido, un diálogo competitivo o un procedimiento negociado, lo es con el término «candidato».

2.2. *Prohibiciones para contratar*

La normativa prevé una serie de circunstancias que bien excluyen a los contratistas de participar en los procedimientos de contratación, bien los hacen no idóneos de adjudicación.

A) Como inhabilitaciones para participar en los procedimientos de contratación, se prevén una serie de circunstancias que el contratista debe probar documentalmente (salvo contratos de escasa cuantía) que no concurren en su caso:

a) que estén incurso en un procedimiento de quiebra, liquidación, intervención judicial o concurso de acreedores, cese de actividad o en cualquier otra situación similar resultante de un procedimiento de la misma naturaleza vigente en las legislaciones y normativas nacionales;

b) que hayan sido condenados mediante sentencia firme, con fuerza de cosa juzgada, por cualquier delito que afecte a su ética profesional;

c) que hayan cometido una falta profesional grave, debidamente constatada por el órgano de contratación por cualquier medio a su alcance;

²³ Arts. 106 y 107 del Reglamento Financiero.

d) que no estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social o en el pago de impuestos de acuerdo con las disposiciones legales del país en que estén establecidos, del país del órgano de contratación o del país donde deba ejecutarse el contrato;

e) que hayan sido condenados mediante sentencia firme, con fuerza de cosa juzgada, por fraude, corrupción, participación en una organización delictiva o cualquier otra actividad ilegal que suponga un perjuicio para los intereses financieros de la Unión;

f) que sean objeto en ese momento de una sanción administrativa impuesta por la Administración europea contratante.

B) Como causas de no idoneidad para ser adjudicatario, la normativa prevé las siguientes:

a) los contratistas que se hallen en una situación de conflicto de intereses;

b) los candidatos o licitadores que hayan incurrido en falsas declaraciones al facilitar la información exigida por el órgano de contratación para poder participar en el procedimiento de contratación o no hayan facilitado dicha información;

c) los contratistas que se hallen en alguna de las situaciones de exclusión del procedimiento de contratación pública.

2.3. Capacidades del contratista

Aunque no exactamente como un requisito general sino más bien concreto a cada contrato, y vinculado a los criterios de selección recogidos en los documentos contractuales de la convocatoria, la normativa exige a los operadores económicos una «capacidad», genérica en el Reglamento Financiero (art. 97) pero especificada por las Modalidades de Ejecución en su triple vertiente jurídica, económico-financiera y técnico-profesional.

A) Capacidad jurídica

La capacidad jurídica del contratista comprende dos aspectos. En primer lugar, la prueba del estatuto jurídico de los contratistas, que deberá hacerse según las referencias establecidas por la Administración europea en el anuncio de contrato o de convocatoria de manifestación de interés o de licitación. Y, en segundo lugar, la Administración podrá solicitar a los licitadores o candidatos que demuestren que están autorizados a ejecutar el objeto del contrato según su Derecho nacional respectivo: inscripción en el registro mercantil o en el de oficios y profesiones, declaración jurada o certificado, pertenencia a una organización específica, autorización expresa, inscripción en el registro IVA.

B) Capacidad económico-financiera

La capacidad financiera y económica podrá acreditarse por cualquier medio que la Administración europea estime adecuado, lo que permite a los contratistas presentar libremente la documentación que estimen oportuna. No obstante, la Administración puede señalar la necesaria a tales efectos. Así, las Modalidades de Ejecución señalan los documentos siguientes:

- a) mediante certificación bancaria o mediante prueba de estar asegurado contra riesgos profesionales;
- b) mediante presentación de balances o extractos de balances de los dos últimos ejercicios cerrados, cuando la publicación de los mismos así lo prescriba la legislación sobre sociedades del país en que esté establecido el operador económico;
- c) mediante declaración sobre el volumen de negocios total y el volumen de negocios de las obras, suministros o servicios en relación con el contrato, realizados en un periodo de tiempo que abarque, como máximo, los tres últimos ejercicios.

C) Capacidad técnico-profesional

Uno de los aspectos más delicados es la exigencia de una determinada capacidad técnica y profesional del contratista, puesto que, en la medida en que se relaciona con los criterios de selección, puede resultar determinante para la adjudicación final del contrato. De ahí que la normativa, aunque deja un amplio margen de libertad al contratista para su acreditación y de apreciación a la Administración para su exigencia, es mucho más específica en cuanto a los documentos que pueden probar dicha capacidad. Así, se ejemplifican los siguientes:

- a) Por los títulos de estudios y títulos profesionales del prestador de servicios o del empresario o del personal directivo de la empresa y, en particular, de los responsables de la prestación o de la dirección de las obras.
- b) Por una lista:
 - a. De los principales servicios y suministros efectuados en los últimos tres años, con indicación de los importes, fecha y destinatario, público o privado, de los mismos.
 - b. De las obras ejecutadas los últimos cinco años, con indicación de los importes, fecha y ubicación de las mismas. A la lista de las obras más importantes deberá adjuntarse los oportunos certificados de buena ejecución, en los que se indicará si se han efectuado con profesionalidad y si la ejecución de las mismas ha sido correcta.
 - c) Por una descripción del equipamiento técnico, herramientas y material utilizados en la ejecución de un contrato de servicios o de obras.
 - d) Por una descripción del equipamiento técnico y de las medidas empleadas para garantizar la calidad de los suministros y servicios, así como de los medios de estudio e investigación de la empresa.

e) Por indicación de los técnicos u organismos técnicos, formen o no parte de la empresa, en particular de los que son responsables del control de la calidad.

f) En caso de suministro, por muestras, descripciones o fotografías auténticas o certificados de institutos o servicios oficiales encargados del control de la calidad, de reconocida competencia en la certificación de conformidad de los productos a las especificaciones o normas vigentes.

g) Por una declaración en la que se indique la plantilla media anual del prestador de servicios o del empresario y el número de directivos durante los tres últimos años.

h) En su caso, la indicación de la parte del contrato que el prestador de servicios tenga intención de subcontratar.

V. PUBLICIDAD DE LOS CONTRATOS

La finalidad explícita de que los procedimientos de contratación se ajusten al principio de la mayor concurrencia posible lleva a que se preste una especial importancia a la publicidad de los contratos. El Reglamento Financiero habla, genéricamente, de «publicación previa de los anuncios de licitación», cosa que las Modalidades de Ejecución articulan por tres medios cuando superan los umbrales económicos establecidos en la actualidad²⁴ (750.000€ para los contratos de suministro y de servicios y 4.845.000€ para los contratos de obras):

a) En primer lugar, el denominado *anuncio previo de información*, que es un anuncio mediante el cual los órganos de contratación darán a conocer, a título orientativo, el importe total previsto de los contratos y de los contratos marco por categoría de servicios o grupos de productos y las características esenciales de los contratos de obras que tienen previsto adjudicar durante un ejercicio presupuestario, con exclusión de los contratos sujetos al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de contrato. Sólo será obligatorio cuando el importe total estimado del contrato sea igual o superior a los umbrales económicos establecidos y el órgano de contratación tenga intención de utilizar la facultad de reducir los plazos de recepción de las ofertas. El anuncio previo de información será publicado bien por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas (OPOCE), bien por los propios órganos de contratación en relación con el «perfil de comprador»²⁵.

b) En segundo lugar, el *anuncio de contrato*, que es el medio que tienen los órganos de contratación de dar a conocer su intención de llevar a cabo un procedimiento de adjudicación de un contrato o un contrato marco o de establecimiento de un sistema dinámico de adquisiciones. El anuncio de contrato será obligatorio si se

²⁴ Decisión (2010/78/UE) de la Comisión, de 9 de febrero de 2010 (DO n. L 37, de 10 de febrero de 2010, p. 37).

²⁵ Anexo VIII, apartado 2.b) de la Directiva 2004/18/CE.

trata de contratos de suministro de más de 125.000€ y contratos de obra superiores a 4.845.000 €, así como para determinados contratos de investigación y desarrollo²⁶ cuya cuantía estimada sea igual o superior a 193.000€.

c) Y, en tercer lugar, el *anuncio de adjudicación*, mediante el cual se comunicarán los resultados del procedimiento de adjudicación de contratos, de contratos marco o de contratos basados en un sistema dinámico de adquisición. Será obligatorio para aquellos contratos cuya cuantía sea igual o superior a los límites generales fijados por la normativa.

Por otra parte, para los contratos que no lleguen a los umbrales económicos generales establecidos por las Modalidades de Ejecución del Reglamento Financiero, se pretende conseguir una publicidad adecuada para garantizar la apertura del contrato a la concurrencia y la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación del mismo. A tal fin, se prevén dos medios: por un lado, un anuncio de convocatoria de manifestación de interés, para los contratos de objeto similar y de cuantía superior a 60.000€ información que se transmitirá a la OPOCE para su publicación; y, por otro, la publicación anual de una lista de contratistas con indicación del objeto e importe del contrato adjudicado, para los de cuantía superior a 25.000€. Para el resto de contratos, la publicidad previa y la publicación anual de contratistas se efectuará a través del sitio Internet de las Instituciones.

VI. LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

El Reglamento Financiero señala las siguientes formas de procedimiento de contratación pública: procedimiento abierto; procedimiento restringido; concurso; procedimiento negociado y diálogo competitivo (art. 91.1). Por su parte, las Modalidades de Ejecución no sólo realizan una sistemática y explicación de cada uno de ellos sino que también establecen con exhaustividad sus régimen jurídico.

Las Modalidades de Ejecución del Reglamento Financiero sistematizan y articulan el aséptico elenco de procedimientos que el citado Reglamento se limita a enumerar, conjugando dichos procedimientos con las formas de adjudicación. Así, el artículo 122.1 señala que la adjudicación de un contrato se hará bien mediante licitación, por procedimiento abierto, restringido o negociado, previa publicación de un anuncio de contrato, bien mediante procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de contrato, en su caso, tras concurso previo.

A) La licitación será abierta cuando cualquier operador económico interesado pueda presentar una oferta y, en cambio, será restringida cuando todos los operadores económicos pueden solicitar participar, aunque sólo podrán presentar una oferta o una solución en el marco de un diálogo competitivo los candidatos que reúnan los criterios de selección establecidos, y sean invitados a ello, simultáneamente y por

²⁶ Contratos de investigación y desarrollo que figuren en la categoría 8 del anexo II A de la Directiva 2004/18/CE.

escrito, por los órganos de contratación. La fase de selección podrá llevarse a cabo bien contrato por contrato, igualmente en el marco de un diálogo competitivo, bien a efectos de elaborar una lista de posibles candidatos en el marco del procedimiento restringido.

B) En el procedimiento negociado, los órganos de contratación consultarán a los candidatos de su elección que satisfagan los criterios de selección establecidos, a efectos de negociar las condiciones del contrato con uno o más candidatos. En los procedimientos negociados, tras el anuncio de contrato, los órganos de contratación invitarán simultáneamente por escrito a negociar a los candidatos elegidos.

C) Finalmente, los concursos son procedimientos mediante los cuales un órgano de contratación tiene la posibilidad de adquirir, principalmente en el campo de la arquitectura, ingeniería o tratamiento de datos, un plan o un proyecto propuesto por un jurado tras apertura a la competencia, con o sin atribución de primas.

VII. LOS DOCUMENTOS DE LICITACIÓN

Los documentos de licitación constituyen un elemento fundamental del procedimiento, pues en ellos se recoge una descripción completa, clara y precisa del objeto del contrato, al tiempo que se especifican los criterios de exclusión, selección y adjudicación aplicables al contrato (art. 92 Reglamento Financiero). Las Modalidades de Ejecución hablan de tres documentos «propios» de toda licitación (art. 130): la invitación a licitar, el pliego de condiciones y el modelo de contrato.

1. La invitación a licitar

En la invitación a licitar, a negociar o a participar en el diálogo se precisará al menos:

a) las formas de presentación de las ofertas, en particular, la fecha y hora límites, el eventual requisito de cumplimentar un modelo de impreso de respuesta, los documentos que deben adjuntarse, incluidos los documentos sobre la capacidad económica, financiera, profesional y técnica, si no se precisan en el anuncio de contrato, así como la dirección a la que deben remitirse;

b) que la presentación de una oferta implica aceptación del correspondiente pliego de condiciones, y que tal presentación vinculará al licitador durante la ejecución del contrato, si se convierte en adjudicatario del mismo;

c) el período de validez de las ofertas, durante el cual el licitador estará obligado a mantener todas las condiciones de su oferta;

d) la prohibición de cualquier tipo de comunicación entre el órgano de contratación y el licitador durante el desarrollo del procedimiento, salvo con carácter excepcional, así como, si está prevista una visita *in situ*, las condiciones concretas de ésta;

e) en caso de diálogo competitivo, la fecha y la dirección para el inicio de la fase de consulta.

2. El pliego de condiciones

El pliego de condiciones es un documento específico de cada procedimiento, en el que se incluyen aspectos fundamentales para la delimitación del objeto del contrato y para la adjudicación y posterior ejecución del mismo. Así, se prevé que el pliego de condiciones precise los siguientes extremos:

a) los criterios de selección y exclusión aplicables al contrato, salvo si se trata de diálogo competitivo, procedimiento restringido y procedimiento negociado con publicación previa del anuncio; en estos casos, los criterios figurarán únicamente en el anuncio de contrato o de convocatoria de manifestación de interés;

b) los criterios de adjudicación del contrato y la ponderación relativa de los mismos o, en su caso, el orden decreciente de importancia de estos criterios si no figuran en el anuncio de contrato;

c) las especificaciones técnicas, las cuales permitirán a candidatos y licitadores concurrir en igualdad de condiciones, sin que puedan tener por efecto crear obstáculos injustificados a dicha competencia; las especificaciones técnicas definen las características exigidas a un producto, servicio, material u obra en relación con el uso a que el órgano de contratación los destina;

d) las exigencias mínimas a que deben atenerse las variantes en los procedimientos de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, siempre que el órgano de contratación hubiere indicado en el anuncio de contrato la autorización de variantes;

e) la aplicación del Protocolo sobre los privilegios e inmunidades o, en su caso, de la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas las relaciones consulares;

f) las modalidades de prueba de acceso a los contratos;

g) en los sistemas dinámicos de adquisición, la naturaleza de las compras previstas, así como toda la información sobre el sistema de adquisición, el equipamiento electrónico utilizado y los acuerdos y prescripciones técnicas de conexión.

3. El modelo de contrato

El modelo de contrato sirve de base para la confección final del concreto contrato que se celebre con el contratista al que se adjudique aquel. De alguna manera, sus cláusulas se imponen al contratista, que debe adherirse al modelo sin apenas margen práctico de maniobra para apartarse.

En el modelo de contrato se precisarán:

a) las sanciones previstas en caso de incumplimiento de las cláusulas del mismo;

- b) los epígrafes que deben incluir las facturas o los justificantes de las mismas;
- c) que la legislación aplicable al contrato será la legislación europea, completada, en su caso, por la legislación nacional especificada en el contrato;
- d) jurisdicción competente en caso de conflicto entre la Administración europea y el contratista.

VII. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

1. Presentación de ofertas

Para la presentación de las ofertas por parte de los contratistas el Reglamento Financiero sólo señala que las modalidades que se establezcan deberá garantizar, por un lado, la competencia efectiva y, por otro, la confidencialidad de su contenido. Respecto al primer aspecto, las Modalidades de Ejecución se preocupan por limitar tímidamente la discrecionalidad de la Administración a la hora de fijar los plazos, pues no es extraña la corruptela de establecer plazos tan reducidos que sólo aquellos que oficiosamente han estado al tanto o advertidos de las convocatorias pueden estar preparados para presentar ofertas. Así, se establece que «los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación, fijados en días naturales por los órganos de contratación, serán suficientemente amplios para que los interesados dispongan de un plazo razonable para preparar y presentar las ofertas, teniendo en cuenta, en particular, la complejidad del contrato o la necesidad de una inspección visual o de una consulta *in situ* de los documentos anejos al pliego de condiciones» (art. 140.1).

A discrecionalidad de la Administración queda exigir a los licitadores que constituyan una garantía provisional, como garantía de que no se retirarán las ofertas presentadas, cuyo montante podrá representar entre el 1% y el 2% de la cuantía total del contrato. Evidentemente, la garantía quedará liberada al adjudicarse el contrato y, en cambio, será incautada si no se presenta una oferta en el plazo fijado a tal efecto o en caso de retirada posterior de la oferta presentada.

2. Apertura de ofertas

Para la apertura de las ofertas y solicitudes de participación, la Administración nombrará una comisión *ad hoc* con el importante cometido de admitir o inadmitir aquellas, en función de su adecuación a los requisitos exigidos. Esta comisión estará compuesta, como mínimo, por tres personas que representen, por lo menos, a dos entidades organizativas de la Institución, órgano u organismo europeo contratante, sin vínculo jerárquico entre sí, de las que una al menos no dependa del ordenador competente.

3. Evaluación de ofertas

Admitidas las ofertas o solicitudes de participación por la comisión de apertura, se procede a su evaluación sobre la base de los criterios definidos en los documentos de la convocatoria de licitación, con objeto de proponer al órgano de contratación el adjudicatario del contrato o bien para proceder a una subasta electrónica. Esta evaluación corresponde a un **comité de evaluación** (art. 146 Modalidades de Ejecución), que se constituirá en cada una de las dos fases teniendo en cuenta, respectivamente, por una parte, los criterios de exclusión y de selección y, por otra, los de adjudicación, previamente anunciados. Será nombrado por la Administración para que emita un dictamen consultivo, aunque aquella podrá decidir que el comité de evaluación valore y clasifique únicamente las ofertas de contrato en función de los criterios de concesión y que los criterios de exclusión y selección sean evaluados por otros medios oportunos, garantizando que no exista conflicto de intereses²⁷.

Este trascendental comité de evaluación estará compuesto, como mínimo, por tres personas que representen, por lo menos, a dos entidades organizativas de la Institución, órgano u organismo europeo correspondiente sin vínculo jerárquico entre sí, de las que una al menos no dependa del órgano administrativo concreto que está gestionando el procedimiento de contratación. No hay que confundir este comité de evaluación con la comisión de apertura de ofertas, pues son órganos diferentes, si bien su composición puede ser idéntica.

Lo primero que debe abordar este comité de evaluación es, nuevamente, el cumplimiento de los requisitos esenciales exigidos en los documentos de licitación y las condiciones específicas fijadas en los mismos. Ahora bien, antes de eliminar las ofertas o candidaturas que no cumplan tales requisitos y condiciones, el comité de evaluación o el órgano de contratación deberán dar a los candidatos o licitadores un plazo de subsanación de defectos para completar o aclarar, dentro del plazo que determinen, los documentos justificativos presentados en relación con los criterios de exclusión y de selección.

Los Tribunales han tenido ocasión de aclarar esta facultad del comité de evaluación de solicitar aclaraciones antes de proceder a la inadmisión o al rechazo de las ofertas sobre la base de su falta de claridad. Así, se derivaría del principio comunitario de buena administración una obligación de ejercer esa facultad en circunstancias en las que sea al mismo tiempo claramente posible en la práctica y necesario obtener aclaraciones sobre una oferta. Aun cuando los comités de evaluación de la Comisión no estén obligados a solicitar aclaraciones cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada prudencia al examinar el contenido de cada oferta. Cuando la formulación de la oferta y las circuns-

²⁷ Para el Reglamento Financiero (art. 52), existirá conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de los agentes financieros y demás personas implicadas en la ejecución, gestión, auditoría o control del presupuesto se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo de comunidad de intereses con el beneficiario.

tancias del asunto de que conozca la Comisión indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que un comité de evaluación desestime la oferta de que se trate sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. La decisión de desestimar una oferta en tales circunstancias entraña el riesgo de que la institución incurra en un error manifiesto de apreciación en el ejercicio de tal facultad²⁸. Sin que, no obstante, esta facultad pueda ser interpretada automáticamente como una obligación²⁹.

Por último, tal y como se señaló anteriormente, este comité de evaluación emite un dictamen consultivo que, en cuanto tal, no vincula al órgano contratante³⁰, si bien obliga a éste a una motivación más detallada para fundamentar por qué se aparta de su parecer.

4. Formas y criterios de adjudicación

El contrato podrá ser adjudicado por el procedimiento de adjudicación automática o por el de concesión a la oferta económicamente más ventajosa.

4.1. Adjudicación automática

Lo que el Reglamento Financiero denomina «adjudicación automática» supone que el contrato se otorgue a la oferta con el precio más bajo de entre todas las ofertas admitidas.

Este carácter automático constituye, evidentemente, el método más objetivo de otorgamiento, pero su envés viene dado por el endémico y patológico fenómeno de las *ofertas anormalmente bajas*.

Como mecanismo corrector y protector de los intereses públicos, la normativa (art. 139 Modalidades de Ejecución) es muy cuidadosa de que no suponga una desviación de poder, pues tanto una interpretación laxa del concepto como un recurso directo a esta posibilidad podrían vaciar de contenido y de virtualidad a la adjudicación automática. Por ello, antes de rechazar una oferta sobre esta base, la Administración –pero también el comité de evaluación: art. 146.4 Modalidades de Ejecución– deberá, por escrito, dar al contratista la oportunidad de alegar lo que estime oportuno para, contradictoriamente, tomar una decisión. Como ha señalado la jurisprudencia, «la obligación de comprobar la formalidad de una oferta implica la existencia previa de dudas sobre su fiabilidad, habida cuenta de que el objetivo

²⁸ *Tideland Signal v. Comisión*, 27 septiembre 2002 (T-211/02), *Rec.*, p. II-3781, n. 37.

²⁹ *Deloitte Business Advisory v. Comisión*, 18 abril 2007 (T-195/05), *Rec.*, p. II-871, n. 102.

³⁰ *ADT Projekt v. Comisión*, 24 febrero 2000 (T-145/98), *Rec.*, p. II-387, n. 147; *TEAM v. Comisión*, 29 octubre 1998 (T-13/96), *Rec.*, p. II-4073, n. 76; *New Europe Consulting et Brown v. Comisión*, 9 julio 1999 (T-231/97), *Rec.*, p. II-2403, n. 51.

principal de este artículo es evitar que un licitador quede excluido del procedimiento sin haber tenido la posibilidad de justificar el contenido de una oferta que parecía anormalmente baja»³¹.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 139, apartado 1, de las normas de desarrollo, si la entidad adjudicadora estima que una oferta es anormalmente baja, antes de rechazarla deberá permitir al licitador especificar, es decir, justificar las características de dicha oferta. Más concretamente, de la jurisprudencia se desprende que es fundamental que cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de alegar oportunamente su punto de vista al respecto, ofreciéndosele para ello la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya parecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora [cita el Tribunal, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C285/99 y C286/99, Rec. p. 19233]. El Tribunal de Justicia declaró, en la misma ocasión, que el hecho de que tuviese lugar ese debate contradictorio efectivo constituía una exigencia fundamental, cuyo fin es evitar la arbitrariedad de la entidad adjudicadora y garantizar una sana competencia entre las empresas. De las consideraciones anteriores se deriva que el artículo 139, apartado 1, de las normas de desarrollo establece una exigencia fundamental en materia de adjudicación de contratos públicos, que obliga al órgano de contratación a comprobar, de forma contradictoria, antes de desestimarla, cualquier oferta que revista un carácter anormalmente bajo, y ello habida cuenta de los elementos que la componen. Más aún, el Tribunal de Primera Instancia hace de esta exigencia fundamental una regla universal que trasciende el estricto ámbito de aplicación en el que surge, esto es, las ofertas anormalmente bajas y considera que, cuando el contrato se otorga a la oferta económicamente más ventajosa, la exigencia fundamental no es sólo aplicable al criterio del precio de la oferta examinada, sino también a los otros criterios contemplados en el artículo 138, apartado 2, de las normas de desarrollo, en la medida en que permitan determinar un umbral de anomalía por debajo del cual una oferta presentada en el marco de la licitación de que se trate resulte sospechosa³².

La normativa, además, especifica que las precisiones que se pueden pedir al contratista podrán hacer referencia, en particular, «al cumplimiento de las disposiciones sobre la protección y las condiciones laborales vigentes en donde vayan a efectuarse las prestaciones». Observamos, pues, cómo la técnica correctora de la oferta anormalmente más baja viene dotada de elementos de carácter subjetivo que se agudizan cuando, más adelante, se señala que «el órgano de contratación podrá tener en cuenta particularmente motivos atinentes: a) a la economía del método de fabricación, de la prestación de servicios o del método de construcción; b) a las soluciones técnicas

³¹ *TQ3 Travel Solutions Belgium v. Comisión*, 6 julio 2005 (T-148/04), *Rec.*, p. II-2627, n. 49.

³² *Belfass v. Consejo*, 21 mayo 2008 (T-495/04), *Rec.*, p. II-781, nn. 97-98 y 100.

adoptadas o a las condiciones excepcionalmente favorables a disposición del licitador; c) a la originalidad de la oferta del licitador» (art. 139.1 Modalidades de Ejecución).

También se prevé el caso de que la oferta sea baja por la obtención de una ayuda estatal para la ejecución del contrato, aspecto éste que sí se relaciona directamente con el montante económico de aquel. En este supuesto, la normativa deja claro que «el órgano de contratación no podrá basarse meramente en esta circunstancia para rechazar la oferta, salvo en aquellos casos en que el licitador no pueda demostrar en un plazo razonable, impartido por el órgano de contratación, que tal ayuda fue concedida de modo definitivo y de acuerdo con los procedimientos y decisiones precisados en la reglamentación comunitaria en materia de ayudas estatales» (art. 139.2 Modalidades de Ejecución).

4.2. Concesión a la oferta económicamente más ventajosa

La oferta económicamente más ventajosa es definida por la normativa como la que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta, en particular, los criterios justificados por el objeto del contrato, tales como el precio propuesto, el valor técnico, el carácter estético y funcional, las características medioambientales, el coste de utilización, la rentabilidad, el plazo de ejecución o de entrega, el servicio de posventa y la asistencia técnica.

La ponderación relativa de los criterios de selección deberá venir preestablecida bien en el anuncio de contrato, bien en los documentos de licitación (pliego de condiciones o documento descriptivo) y, de no ser posible elaborar esa ponderación, la Administración europea deberá al menos precisar el orden decreciente de importancia en la aplicación de los criterios (art. 138.2 Modalidades de Ejecución). En cualquier caso, la ponderación relativa del criterio del precio en relación con los demás criterios no deberá neutralizar el criterio del precio en la elección del adjudicatario del contrato, siempre teniendo en cuenta que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa no debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica, dado que no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora³³.

En la medida en que este precepto garantiza que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos, de ello se deduce que una entidad adjudicadora no puede aplicar subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Sin embargo, la jurisprudencia permite que un órgano de contratación pueda determinar, tras

³³ *Concordia Bus Finland*, 17 septiembre 2002 (C-513/99), *Rec.* p. I-7213, n. 55 y *Renco v. Consejo*, 25 febrero 2003 (T-4/01), *Rec.* p. II-171, n. 67.

la expiración del plazo de presentación de las ofertas, coeficientes de ponderación para los subcriterios de los criterios de adjudicación establecidos de antemano, con tres condiciones, a saber que esta determinación *a posteriori*, en primer lugar, no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de contrato, en segundo lugar, no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y, en tercer lugar, no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores³⁴.

5. Decisión de adjudicación y control jurisdiccional

Antes de la firma del contrato, el Reglamento Financiero impone a la Administración «*un período de espera*» (art. 105.2), que tiene por finalidad facilitar a los contratistas no adjudicatarios la documentación y la motivación de la decisión administrativa y, en su caso, poder recurrirla ante los tribunales, para lo cual disponen de los dos meses del recurso de anulación desde que se les notifica la decisión de adjudicación.

De ahí que el órgano de contratación deba informar a los candidatos o licitadores no seleccionados de los motivos por los que se hubiere desestimado su candidatura u oferta y a los licitadores que hubieren presentado una oferta admisible, incluyendo los motivos por los que hubieren decidido bien renunciar a adjudicar el contrato, bien comenzar de nuevo el procedimiento. Para ello, los candidatos o licitadores deberán presentar una solicitud por escrito, para que se les informe de las características y ventajas de la oferta seleccionada y del nombre del adjudicatario (art. 100.2 Reglamento Financiero). La Administración comunicará, en el plazo máximo de quince días naturales a partir de la recepción de dicha solicitud por escrito, la información requerida.

En cuanto a la forma de notificación (art. 149 Medidas de Ejecución), la Administración europea informará a todos los licitadores o candidatos no seleccionados, simultánea e individualmente, por correo, fax o correo electrónico, de que no se ha aceptado su solicitud u oferta en cualquiera de las siguientes fases: inmediatamente después de la adopción de las decisiones sobre los criterios de selección y de exclusión y antes de la decisión de adjudicación en el caso de procedimientos de contratación organizados en dos fases separadas; y respecto de las decisiones de adjudicación y decisiones de denegación de las ofertas, lo antes posible tras la decisión de adjudicación y, como máximo, en la semana siguiente. El órgano de contratación indicará, en cada caso, las razones por las que no se ha admitido la oferta o solicitud, así como los recursos legales disponibles.

Por su parte, los órganos de contratación habrán de notificar simultáneamente a las notificaciones de desestimación dirigidas a los licitadores o candidatos elimina-

³⁴ *Evropaiki Dynamiki v. Agencia Europea de Seguridad Marítima*, 2 marzo 2010 (T-70/05), nn. 145-148.

dos, la decisión de concesión al adjudicatario con indicación de que dicha decisión no implica compromiso alguno por parte del órgano de contratación. Como se indicaba anteriormente, los licitadores o candidatos eliminados podrán recabar información complementaria por escrito sobre los motivos de la desestimación, mediante carta, fax o correo electrónico, y además, si se trata de un licitador que hubiere presentado una oferta admisible, sobre las características y ventajas de la oferta seleccionada y el nombre del adjudicatario.

En cuanto al control jurisdiccional de las adjudicaciones, la jurisprudencia reconoce a la Administración europea, en el momento de la adjudicación, un amplio margen de apreciación sobre los elementos a tener en cuenta. Su control se limitaría a verificar la ausencia de error grave y manifiesto³⁵, el respeto de las reglas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la ausencia de desviación de poder³⁶.

VIII. EJECUCIÓN DEL CONTRATO

En lo relativo a la ejecución del contrato, el Derecho específico de contratación pública de la Unión Europea es muy fragmentario, pues en la práctica se remite para esta fase de ejecución a la legislación nacional correspondiente según donde se vaya a producir dicha ejecución. No obstante, tanto la normativa administrativa de cada Institución, órgano u organismo como los documentos de licitación pueden recoger previsiones relativas a la ejecución del contrato, en particular en lo relativo al reconocimiento de determinadas potestades exorbitantes para la Administración.

1. Potestades administrativas

La normativa reconoce a la Administración europea las siguientes potestades:

A) *Potestad sancionadora*

El Reglamento Financiero y sus Modalidades de Ejecución reconoce a la Administración europea contratante una potestad sancionadora sobre los contratistas.

³⁵ *Esedra v. Comisión*, 26 febrero 2002 (T-169/00), *Rec.* p. II-609, n. 95; *AICS v. Parlamento*, 6 julio 2000 (T-139/99), *Rec.*, p. II-2849, n. 39.

³⁶ *ADT Projekt v. Comisión*, 24 febrero 2000 (T-145/98), *Rec.*, p. II-387, n. 147 y 152; *Tideland Signal v. Comisión*, 27 septiembre 2002 (T-211/02), *Rec.*, p. II-3781, n. 33; *TQ3 Travel Solutions Belgium v. Comisión*, 6 julio 2005 (T-148/04), *Rec.*, p. II-2627, n. 47; *TEA CEGUS e.a. v. Comisión*, 14 febrero 2006 (T-376/05 y T-383/05), *Rec.*, p. II-205, n. 50; *VIP Car Solutions v. Parlamento*, 20 mayo 2009 (T-89/07), *Rec.*, p. II-1403, n. 36; *Brink's Security Luxembourg v. Comisión*, 9 septiembre 2009 (T-437/05), *Rec.*, p. II-3233, n. 193.

Las infracciones que pueden ser objeto de sanción son:

- a) Haber hecho declaraciones falsas al facilitar la información exigida por la Administración para poder participar en el procedimiento de contratación o no haber facilitado esa información.
- b) Haber cometido errores sustanciales, irregularidades o fraude.
- c) Haber sido declarados culpables de incumplimiento grave de las obligaciones contraídas en virtud de un contrato financiado por el presupuesto.

En cuanto al procedimiento, se prevé el importante trámite de que la Administración deberá primero dar a la persona interesada la oportunidad de presentar sus observaciones, reflejo del derecho de defensa que informa en particular todo procedimiento sancionador.

En lo tocante a las concretas sanciones que la Administración puede imponer al contratista, además de ser proporcionales a la importancia del contrato y a la gravedad de las faltas cometidas, pueden tener un carácter bien administrativo (exclusión del candidato, licitador o contratista en cuestión de los contratos y subvenciones financiados por el presupuesto por un período máximo de cinco años o diez en caso de reincidencia), bien financiero (sanciones pecuniarias de un importe entre un 2% y un 10% de la cuantía total estimada del contrato en curso de adjudicación o de ejecución, según los casos, pudiendo ser de entre un 4% y un 20% en caso de reincidencia dentro de los cinco años siguientes).

B) *Potestad revocatoria y anulatoria*

El Reglamento Financiero (art. 101) también permite a la Administración, mientras no se haya firmado el contrato, renunciar al contrato o anular el procedimiento de adjudicación, sin que los candidatos o licitadores puedan exigir por ello ningún tipo de indemnización. Sorprende la amplitud de esta potestad, pues su ejercicio tan sólo se encuentra sometida a dos requisitos formales: que la decisión sea motivada y, posteriormente, comunicada a los contratistas³⁷.

Para el Juez europeo, este precepto tiene por finalidad regular, en el caso de una renuncia a un contrato o de una anulación del procedimiento de contratación, el conflicto entre los intereses privados de los contratistas, de una parte, y el interés general al que se debe el órgano contratante, de otra. De ahí que se puedan distinguir dos fases a la hora de aplicar este precepto. En primer lugar, antes de la firma de un contrato con el contratista seleccionado, el órgano contratante no se encuentra aún comprometido y puede, por tanto, en el marco de su misión de

³⁷ *Citymo v. Comisión*, 8 mayo 2007 (T-271/04), *Rec.*, p. II-1375, donde el Tribunal consideró que, a pesar de esa facultad, la Comisión había violado, de forma suficientemente caracterizada, el principio de protección de la confianza legítima al romper los tratos previos a la celebración del contrato después de haber incitado a la demandante a realizar las obras de acondicionamiento necesarias para poder celebrar un contrato que se estaba tramitando conforme a un procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de contrato.

interés general, renunciar libremente al contrato o anular el procedimiento de contratación, excluyendo el art. 101 cualquier derecho a indemnización. En segundo lugar, después de la firma del contrato, el órgano contratante está obligado respecto al contratista seleccionado. Por tanto, no podría, en principio, renunciar al contrato o anular el procedimiento de manera unilateral. En consecuencia, el órgano contratante, una vez el contrato ha sido firmado, no tendría competencia para anular el procedimiento, incluso si el contratista adjudicatario ha renunciado a su posición contractual; ahora bien, en el caso en que el órgano contratante haya podido verificar la eventual presencia de irregularidades en el procedimiento de contratación, aquella interpretación podría abocar a las partes a un callejón sin salida. Por un lado, una ejecución del contrato les expondría al riesgo de verse sometidas a una posible suspensión o anulación judicial, tras un posible recurso de un contratista no seleccionado. Por otro, el órgano contratante no podría anular el procedimiento o renunciar al contrato, incluso si el adjudicatario se presta a ello. Sin embargo, el art. 101 no debería ser interpretado como vedando la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, quieran anular el contrato sin haber dado comienzo a su ejecución. En esta situación, concluyó el Juez comunitario, el órgano contratante debe gozar de la potestad de anular el procedimiento de contratación³⁸.

C) Suspensión y rescisión

En caso de errores o irregularidades sustanciales (entendidos como toda infracción de una disposición contractual o reglamentaria resultante de una acción u omisión que acarree o pueda acarrear un perjuicio al presupuesto de las Comunidades³⁹), así como en caso de fraude, se atribuye a la Administración, según la fase procedimental en la que se encuentre el contrato, la potestad de anular el procedimiento, de abstenerse de concluir el contrato, de suspender su ejecución o, en su caso, incluso de rescindirlo.

En el supuesto de que dichos errores, irregularidades o fraude sean imputables al contratista, la Administración europea podrá además denegar el pago, recuperar los importes ya pagados o rescindir todos los contratos celebrados con dicho contratista, en función de la gravedad de tales errores, irregularidades o fraude.

D) Potestades incluidas en normas administrativas y documentos contractuales

Como se indicó anteriormente, los pliegos de condiciones generales elaborados por determinadas Instituciones, órganos u organismos europeos incluyen con naturalidad ciertas potestades en beneficio de la Administración europea contratante. El

³⁸ Auto *Icuna.Com v. Parlamento*, 14 mayo 2008 (T-383/06 y T-71/07), *Rec.*, p. II-727, nn. 58-61.

³⁹ Art. 153.2 Modalidades de Ejecución.

alcance de las previsiones contenidas en este tipo de pliegos era muy amplio antes de los Reglamentos Financieros de 2002, los cuales procedieron a asumir legislativamente lo que eran previamente regulaciones normativas administrativas. Este vaciamiento de contenido de los pliegos de condiciones generales en beneficio de los Reglamentos Financieros tuvo tres importantes consecuencias: en primer lugar, consagrar legislativamente potestades que pasaban a ser universales para toda la Administración europea; en segundo lugar, que algunas Instituciones, órganos u organismos procedieron a eliminar estos pliegos de condiciones generales porque, por un lado, parte de sus previsiones ya estaban recogidas en los Reglamentos Financieros y, por otro, el resto de previsiones se diluyeron en otros documentos administrativos; en efecto, y en tercer lugar, lo que no había sido asumido por los Reglamentos Financieros pasó a incluirse en documentos variados, de naturaleza normativa confusa y de carácter contractual difuso, pero que dejaban una amplísima libertad a la Administración europea tanto para dotarlos de contenido como para modificarlos a su antojo.

De esta manera, ya sean los pliegos de condiciones generales (cuando subsisten), ya esos otros documentos administrativos o contractuales, reconocen a la Administración determinadas potestades en la fase de ejecución del contrato.

Por ejemplo, el *Cahier des conditions générales applicables aux marchés*, del Parlamento Europeo, además de empezar imponiendo la aceptación del mismo al contratista a través de la presentación de ofertas, reconoce un *ius variandi* al Parlamento al señalar que éste «tiene derecho a exigir, respetando el marco del objeto del contrato, todas las modificaciones que le parezcan convenientes y compatibles con el estado de ejecución de aquel» (art. 14). Afirma, igualmente, en los contratos de obras, la potestad del Parlamento de declarar «persona non grata» a cualquier empleado del contratista, con la obligación de éste de reemplazarlo inmediatamente. También prevé la potestad de ordenar la interrupción parcial o total de los trabajos si consideran que no es conforme al contrato.

Los modelos de contrato y las guías a los contratistas también recogen previsiones excepcionales que, sobre todo, desarrollan y explicitan las disposiciones de los Reglamentos Financieros, al definir, por ejemplo, conceptos como fuerza mayor, responsabilidad del contratista, causas de rescisión o de anulación del contrato, conflicto de intereses, modificación del contrato, control del cumplimiento, etc.

2. Posibilidad de subcontratación

Las Modalidades de Ejecución permiten que el contratista subcontrate partes, incluso significativas, de la ejecución del contrato (130.5), pero la Administración podrá recabar información sobre la parte de aquel que el contratista tiene intención de subcontratar, sobre la identidad de los subcontratistas, sobre la no concurrencia en éstos de exclusiones o prohibiciones de contratar y sobre su capacidad económico-financiera y técnico-profesional.

3. Revisión de precios

El precio del contrato, en principio, es firme y no revisable. Excepcionalmente, los documentos de licitación determinarán las condiciones o fórmulas para la revisión del precio durante el periodo de vigencia del contrato, para lo cual la Administración ponderará, en particular, la naturaleza del contrato y la coyuntura económica en la que se produce, la naturaleza y duración de las tareas y del contrato y, finalmente, sus intereses financieros (art. 132.2 Modalidades de Ejecución).

IX. LA CONSOLIDACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EUROPEO

La contratación pública de la Administración europea constituye un medio fundamental para que no sólo «apoye» (art. 298.1 TFUE) a las instituciones, órganos y organismos de la Unión en el cumplimiento de sus funciones sino también para ejecutar el Derecho y las Políticas que la Unión directamente asume de forma centralizada.

De ahí que el Derecho de contratos de la Administración europea trascienda los estrictos límites de una regulación relativa a los procedimientos de contratación y de adjudicación (que, en todo caso, ubican a la Administración europea como un «poder adjudicador» más en el seno del mercado interior) para erigirse en un instrumento privilegiado para la ejecución del Derecho de la Unión por la Administración europea en aquellos sectores materiales o Políticas que aquella administra y gestiona directamente, como es el caso de la cooperación al desarrollo, la política de ciencia e investigación, etc.

El Derecho de la contratación pública de la Administración europea ha sido insertado, por voluntad explícita del Legislador, en el marco general y común constituido por las Directivas de contratación, lo cual no deja de ser complejo y, según se mire, inoportuno, no sólo porque propicia una regulación propia incompleta que no termina de responder a todas las necesidades administrativas internas y genuinas de la Administración europea sino también por la disimilitud de fines de las tres normativas: la europea de armonización (esto es, las Directivas de contratación), la nacional de transposición (pero también de concepción propia de la institución contractual pública) y la europea de Derecho Administrativo Europeo⁴⁰.

⁴⁰ Así, resultan muy sugerentes las conclusiones de BRACONNIER: «La tercera y última razón que puede frenar el surgimiento de un Derecho administrativo en el ámbito de los contratos administrativos es de carácter funcional. Tras un análisis nos parece que los objetivos que persigue el Derecho europeo sobre contratos públicos, en particular la Directiva de 31 de marzo de 2004 y la consiguiente jurisprudencia del TJUE, son diferentes, en función de si se trata de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros. Para ser más precisos, el Derecho europeo sobre contratos públicos tiene por finalidad principal, cuando se aplica a los Estados miembros, favorecer o incluso garantizar la libre circulación de servicios y mercancías al interior de la Unión. Así pues, en este caso pretende promover derechos económicos, lo que beneficia, de forma real o potencial, sobre todo a los operadores económicos de la Unión. El hecho de que la competencia que introduce el Derecho comunitario en la adjudicación de los

No obstante, esta contratación pública de la Administración europea aún no ha evolucionado y madurado lo suficiente como para poder hablar de un «contrato administrativo europeo», propio de aquella Administración, puesto que se inserta en un Derecho Administrativo Europeo poco consolidado, jurídicamente precario, por lo que su conceptualización aún es limitada. Y ello no porque el contrato público de la Administración europea no experimente mutaciones cualitativas internas que lo diferencien claramente de los contratos privados que aquella celebra, sino que tales mutaciones no se ven reflejadas en el Derecho positivo (legislativo y ejecutivo) de la Unión y sí, en cambio, en la actividad normativa y operativa de la propia Administración europea, donde se reconocen puntualmente privilegios exorbitantes de aquella y obligaciones excepcionales del contratista. Esto no sólo desemboca en una relativa heterogeneidad de regímenes jurídicos (permitida por el Reglamento Financiero y por sus Modalidades de Ejecución) en función de cada Institución, órgano, organismo y hasta «organismo de contratación» sino que también tiene como consecuencia una cierta precariedad de la posición jurídica del contratista frente a la Administración europea.

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto el estudio de los contratos públicos celebrados por la Administración europea (Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea). Estos contratos incluyen, en particular, los contratos de suministro, obras y servicios y constituyen no sólo un medio para garantizar los recursos materiales que permitan el funcionamiento de la Administración europea sino que también se erigen en un importante instrumento para la ejecución directa de Políticas europeas por la Administración de la Unión.

PALABRAS CLAVE: contratos públicos - Administración europea.

contratos públicos nacionales permita a los poderes adjudicadores adquirir bienes, servicios y obras con la mejor relación entre calidad y precio, no es más que una consecuencia de ello. Dicho de otra forma, el objetivo de la buena administración parece tener un carácter más subsidiario desde esta perspectiva. En cambio, cuando se aplica a las instituciones de la Unión Europea, el Derecho europeo sobre contratos públicos pretende en primer lugar garantizar la transparencia del proceso de adjudicación, la regularidad del gasto comunitario y, de manera general, la correcta utilización de los fondos a cargo del presupuesto de la Unión Europea. Desde este punto de vista, resulta obvio que la transposición de la Directiva de 2004 por parte de los Reglamentos financieros de 2002 en su versión modificada se centra más en el poder adjudicador, encarnado por las instituciones europeas, que en los operadores económicos que pueden obtener los contratos. La buena administración de las instituciones comunitarias prevalece, en este caso, sobre el mantenimiento de la competencia al interior de la Comunidad. Esta asimetría de objetivos entre dos conjuntos de normas (los Reglamentos financieros comunitarios, de una parte, y los derechos nacionales en materia de contratación pública, por la otra), a pesar de tener una filiación común, representa un freno para el establecimiento de un Derecho administrativo europeo que se alimentaría principal o incluso exclusivamente de los derechos y prácticas nacionales. Al contrario, esta asimetría demuestra, si fuera necesario, que la especificidad de las instituciones comunitarias y las limitaciones que les son propias exige que este Derecho administrativo en proceso de formación debe desconectarse, en el ámbito de los contratos, de las contingencias de los derechos nacionales y, por el contrario, adquirir una identidad europea muy fuerte»: BRACONNIER, S., *Los contratos públicos adjudicados por las Instituciones de la Unión Europea*, Nota informativa para el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, <http://www.europarl.europa.eu/studies>, p. 30.

ABSTRACT: This article deals with the public contracts concluded by the European Administration (EU Institutions, bodies and agencies). These contracts comprise, in particular, supply contracts, works contracts and service contracts and they are a mean not only to keep the European Administration in working order but also to implement directly European Policies by the EU Administration.

KEY WORDS: public contracts - European Administration.