



TRIBUNAL  
DE CUENTAS  
EUROPEO

## Dictamen nº 1/2015

(presentado con arreglo a los artículos 322 y 325 TFUE)

sobre una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) nº 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión

## ÍNDICE

	Apartados
I. Observaciones generales sobre el contenido y los objetivos de la propuesta	1 - 18
Objeto de la propuesta de Reglamento	1 - 4
Infracción de las reglas que rigen el proceso decisorio y vulneración del objetivo de clarificación	5 - 9
Adaptación incompleta de las normas financieras a los objetivos de las Directivas de revisión y de modernización de las normas de adjudicación de contratos públicos	10 - 14
Inadecuación de los mecanismos propuestos para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea	15 - 18
II. Comentarios específicos artículo por artículo	19 - 42
Artículo 102 – Principios aplicables a los procedimientos de contratación pública y a los contratos	20
Artículo 104 – Procedimientos de contratación pública	21 - 22
Artículos 106 y 108 - Criterios de exclusión y sistema de exclusión	23 - 30
Artículo 107 – Rechazo de un procedimiento específico	31 - 33
Artículo 110 – Adjudicación de contratos	34 - 35
Artículo 112 – Contactos durante el procedimiento	36
Artículo 113 – Decisión de adjudicación	37
Artículo 114 <i>bis</i> – Ejecución y modificaciones del contrato	38 - 39
Artículo 116 – Errores sustanciales, irregularidades o fraudes	40
Artículo 118 – Límites aplicables y período de espera	41 - 42

EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular sus artículos 322 y 325, conjuntamente con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, en particular su artículo 106 *bis*,

Vista la propuesta de Reglamento<sup>1</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) nº 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión<sup>2</sup> (en lo sucesivo «el Reglamento Financiero»),

Vista la solicitud de dictamen sobre esta propuesta de Reglamento enviada por el Parlamento al Tribunal el 23 julio de 2014,

Vista la solicitud de dictamen sobre esta propuesta de Reglamento enviada por el Consejo al Tribunal el 18 julio de 2014,

Considerando la adopción de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE<sup>3</sup> (en lo sucesivo «la Directiva 2014/24/UE»), y la adopción de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión<sup>4</sup>,

HA APROBADO EL SIGUIENTE DICTAMEN:

---

<sup>1</sup> Documento COM(2014) 358 final de 18 de junio de 2014.

<sup>2</sup> Reglamento (UE, Euratom) nº 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 del Consejo (DO L 298 de 26.10.2012, p. 1).

<sup>3</sup> DO L 94 de 28.3.2014, p. 65.

<sup>4</sup> DO L 94 de 28.3.2014, p. 1.

## **I. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL CONTENIDO Y LOS OBJETIVOS DE LA PROPUESTA**

### ***Objeto de la propuesta de reglamento***

1. La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) nº 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión ha sido redactada para adaptar estas normas a las referentes a la contratación pública que se recogen en la Directiva 2014/24/UE y en la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
2. El Tribunal aprueba esta iniciativa de adaptación, dado que, por una parte, la mejora del marco jurídico de las normas de adjudicación de contratos públicos está destinada a aumentar la eficacia del gasto público y, por tanto, a contribuir a la buena gestión financiera y a la seguridad jurídica a las que deben tender tanto los Estados miembros<sup>5</sup> como la Unión. Por otra parte, con objeto de garantizar la coherencia de sus acciones y sus políticas<sup>6</sup> y por respeto del principio de cooperación leal<sup>7</sup>, la Unión debe velar por que las normas financieras aplicables a su presupuesto general (en lo sucesivo, el «Reglamento Financiero») tiendan a la consecución de objetivos similares a los fijados en las Directivas antes señaladas y debe, salvo en casos excepcionales debidamente justificados, reproducir fielmente sus disposiciones, al menos cuando estas no dejan a los Estados miembros margen para incorporarlas a sus ordenamientos.

---

<sup>5</sup> Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE.

<sup>6</sup> Artículo 13 del TUE y artículo 7 del TFUE.

<sup>7</sup> Artículo 4, apartado 3, del TUE.

3. El proceso de adaptación implica la adopción por el legislador de normas que modifican el Reglamento Financiero, así como la adopción de actos delegados por la Comisión. Teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre el Reglamento Financiero y sus normas de desarrollo, el Tribunal considera que debe ser informado de las modificaciones que la Comisión haya previsto aportar dichas normas antes de que el legislador adopte las disposiciones modificativas del Reglamento Financiero.

4. En cuanto a la base jurídica de la propuesta de modificación del Reglamento Financiero adoptada por la Comisión, el Tribunal constata que dicha propuesta contiene igualmente un número considerable de normas destinadas a reforzar la protección de los intereses financieros europeos a través de un sistema de detección rápida de los riesgos para estos intereses que será creado por la Comisión. La propuesta debería tener también como base jurídica el artículo 325 del TFUE. Ahora bien, no se hace referencia a este artículo en los vistos de la propuesta de Reglamento presentada para dictamen.

***Infracción de las reglas que rigen el proceso decisorio y vulneración del objetivo de clarificación***

5. El Tribunal considera que la fragmentación de la regulación de los contratos públicos entre el Reglamento Financiero y las normas de desarrollo no es conforme a las reglas y los procesos decisorios definidos en los Tratados y precisados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sobre todo por el recurso a conceptos y nociones clave que no aparecen definidos ni se precisan en la propuesta de reglamento (véanse los apartados 21, 23, 35, 39, 41 y 42), pese a que, conforme al artículo 290 del TFUE, solo pueden ser objeto de un acto delegado los elementos no esenciales de las normas financieras. Las normas de carácter esencial para el ámbito

considerado deben estar sujetas a la competencia conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>8</sup>.

6. Por consiguiente, el Tribunal opina que el legislador no puede atribuir a la Comisión, sobre la base del artículo 290, la facultad de decidir elementos esenciales en materia de adjudicación de contratos públicos, como ha hecho en la presente propuesta de Reglamento.

7. A ello se añade que, conforme a la propuesta, la mayoría de los conceptos y nociones clave de los contratos públicos se incluirán probablemente en el reglamento de normas de desarrollo, por lo que el Tribunal no puede verificar si el objetivo de clarificación de las normas de contratación pública se ha alcanzado plenamente con la presente revisión. Hay que señalar en este sentido que la Directiva de contratación pública antes citada tenía de hecho por finalidad clarificar algunos conceptos y nociones clave para garantizar una mayor seguridad jurídica y la adecuación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia<sup>9</sup>.

8. Por otra parte, la fragmentación afecta negativamente al objetivo de clarificación que subyace a la reforma de las normas de contratación pública y que ha servido de base al modo en que se ha concebido y estructurado la Directiva 2014/24/UE. La comprensión de las normas de contratación pública se hace más compleja, sin embargo, con este proceso de adaptación concebido como una revisión en paralelo de dos instrumentos jurídicos y con la importación de disposiciones de la Directiva sin respetar la estructura de su articulado<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel y Köster, apartado 6 (asunto 25/70, Rec. p. 1161).

<sup>9</sup> Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE, que se recoge de forma fragmentaria en varios artículos del Reglamento Financiero.

9. El Tribunal recomienda otorgar prioridad al respeto del proceso decisorio y a este objetivo de clarificación que, en su opinión, quedaría garantizado con la codificación en un reglamento separado de todas las normas de contratación pública de las instituciones a fin de hacerlas más legibles y accesibles<sup>11</sup>.

***Adaptación incompleta de las normas financieras a los objetivos de las Directivas de revisión y de modernización de las normas de adjudicación de contratos públicos***

10. La revisión y modernización de las normas de adjudicación de contratos públicos llevadas a cabo por las Directivas de contratación pública 2014/24/UE y 2014/23/UE tienen por objeto «incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y [...] permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes»<sup>12</sup>.

11. El Tribunal recomienda recordar expresamente en los considerandos del futuro Reglamento estos objetivos que, en la propuesta actual, solo aparecen enunciados parcialmente en la exposición de motivos del modo siguiente: «Se introducen nuevas disposiciones, como [...] la introducción del cumplimiento de la legislación laboral, social y medioambiental como requisito fundamental». Más aún, la integración de estos objetivos tendría que reforzarse incluyéndolos en el articulado del Reglamento.

12. De este modo, se traduciría en términos concretos, por una parte, la ambición de utilizar mejor el instrumento de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes sin olvidar que esta utilización de la contratación pública

---

<sup>11</sup> A semejanza de la Decisión del BCE de 27 de enero de 2009 que modifica la Decisión BCE/2007/5 por la que se establece su Reglamento de adquisiciones (BCE/2009/2) (DO L 51 de 24.2.2009, p. 10).

<sup>12</sup> Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE.

no puede atentar contra la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión. Por otra parte, habría que recoger entre los principios generales aplicables a dicha contratación pública la obligación de cumplir la legislación laboral, social y medioambiental (véase el apartado 20) y sancionar expresamente su incumplimiento por los licitadores o los contratistas (véanse los apartados 34 y 40).

13. El Tribunal reitera su observación de que las obligaciones legales impuestas a las instituciones europeas en relación con la contratación ecológica son actualmente menos exigentes que las impuestas por la legislación de la UE a las autoridades de los Estados miembros<sup>13</sup> que, en virtud de una serie de directivas específicas, deben explotar el potencial de la contratación ecológica para contribuir a la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Estas exigencias<sup>14</sup> deberían por tanto aplicarse también a la contratación pública de las instituciones europeas.

14. El objetivo de facilitar la participación de pequeñas y medianas empresas en los procedimientos de contratación pública tendría que recogerse también de modo expreso en la propuesta de Reglamento. El Tribunal considera que, para promover la participación de las PYME, habría que incluir los aspectos siguientes: la obligación de indicar las razones por las cuales no se ha subdividido el contrato en lotes (artículo 46, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE), la obligación de utilizar e-Certis (artículo 61 de la Directiva 2014/24/UE), el pago directo a los subcontratistas (artículo 71, apartado 7, de la Directiva 2014/24/UE), la supervisión de la aplicación de las normas reguladoras (artículo 83, apartado 3, de la Directiva 2014/24/UE) y la difusión al público de información y orientaciones sobre la interpretación y aplicación del

---

<sup>13</sup> Véase el Informe Especial nº 14/2014 del Tribunal de Cuentas, «¿Cómo calculan, reducen y compensan las instituciones y los órganos de la UE sus emisiones de gases de efecto invernadero?», apartado 80.

<sup>14</sup> Ahora expuestas también en el considerando 95 de la Directiva 2014/24/UE.



Derecho de contratación pública de las instituciones y los órganos de la Unión (artículo 83, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE).

***Inadecuación de los mecanismos propuestos para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea***

15. El Tribunal no desea sino reforzar la protección de los intereses financieros europeos a través de un sistema eficaz de detección de riesgos y, en su opinión, la gestión del banco central de datos de las exclusiones ha de confiarse a una única institución (la Comisión), como sucede actualmente, a partir de los datos transmitidos puntualmente por el resto de instituciones y órganos de la Unión.

16. No obstante, la implantación, mediante la creación de instancias *ad hoc*, de un sistema centralizado de sanciones a los operadores económicos cuya explotación se confiaría a la Comisión en virtud de los artículos 106 y 108 de la propuesta de Reglamento es poco compatible con la autonomía organizativa del resto de instituciones y órganos. Un sistema semejante podría privar a estos del control sobre sus procedimientos de contratación y la gestión de sus contratos, pese a que el Tratado y el Reglamento Financiero les reconocen esta autonomía y a que, en su calidad de ordenadores, están en mejor posición para ejercer dicho control. A ello se añade que el proceso decisorio propuesto amenaza con ser largo y complicado en un ámbito en que la prontitud de las intervenciones resulta indispensable. Un sistema semejante puede crear conflictos de competencias entre las autoridades y las instancias implicadas en la protección de los intereses financieros, particularmente la OLAF<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> A título de ejemplo, en principio, corresponde a la institución en cuestión adoptar las medidas cautelares administrativas que procedan, por ejemplo una decisión de exclusión de la contratación pública, conforme al artículo 7, apartado 6, letra b), del Reglamento (UE, Euratom) nº 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de septiembre de 2013 relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo. Sin embargo, en el sistema propuesto, la

17. Es importante tener presente que las medidas de exclusión y rechazo de la participación de operadores económicos en contratos públicos son similares a las sanciones de exclusión que pueden imponer los tribunales penales a las personas jurídicas. El Tribunal opina que el sistema concebido por la propuesta de Reglamento ha de revisarse a la luz de los principios de legalidad y de proporcionalidad de las penas, así como del respeto del derecho de defensa.

18. Por lo demás, tendrían que figurar en el preámbulo las razones que han conducido a modificar el sistema de mecanismos de exclusión vigente. El objetivo de mejorar la regulación al respecto se declara en términos generales pero no es posible determinar qué elementos del sistema se desea mejorar.

## **II. COMENTARIOS ESPECÍFICOS ARTÍCULO POR ARTÍCULO**

19. El Tribunal analiza en esta sección la propuesta de Reglamento desde el doble prisma del objetivo de revisión y modernización de las normas de adjudicación de contratos públicos, que ha llevado a la adopción de las Directivas de contratación pública señaladas, y del objetivo de protección de los intereses financieros europeos. El Tribunal ha analizado los objetivos señalados, artículo por artículo, y ha formulado observaciones cuando el proceso de adaptación a las Directivas le parecía incompleto o cuando consideraba que debían mejorarse los mecanismos propuestos para la protección de esos intereses financieros.

---

adopción de tal decisión correspondería a una instancia *ad hoc* a la que recurriría en su caso la institución en cuestión.

**Artículo 102<sup>16</sup> – Principios aplicables a los procedimientos de contratación pública y a los contratos**

20. A semejanza del artículo 18, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE, el Tribunal opina que procede añadir un principio general que rijan la ejecución de los contratos de acuerdo con la normativa para reflejar los imperativos sociales que se quieren cumplir, y propone añadir el apartado siguiente al artículo 102:

«Al adjudicar y ejecutar los contratos, los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que se promueve un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y que los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o las disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X de la Directiva 2014/24/UE.»

**Artículo 104 – Procedimientos de contratación pública**

21. El artículo 104, apartado 1, de la propuesta de Reglamento traza la lista de procedimientos de contratación pública. Este artículo tendría que completarse con la definición de cada uno de estos procedimientos y de las circunstancias en que se puede recurrir a los procedimientos de carácter excepcional (procedimiento de licitación con negociación, diálogo competitivo, procedimiento negociado). Esto forma parte de los conceptos y nociones clave de contratación pública que no pueden delegarse conforme al artículo 290 del TFUE.

22. Por motivos de exhaustividad y claridad, procede completar y modificar el del artículo 104, apartado 5, de la propuesta de Reglamento Financiero de la manera

---

<sup>16</sup> Los artículos comentados se reagrupan en el artículo 1, apartado 3, de la propuesta de Reglamento.

siguiente: «La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 210 sobre normas detalladas relativas a los tipos de procedimientos de contratación pública para la adjudicación de contratos de concesión o de contratos públicos por un valor superior o inferior a los límites fijados en el artículo 4, letras a) y b), de la Directiva 2014/24/UE, el sistema dinámico de adquisición, así como los procedimientos conjuntos e interinstitucionales de contratación pública y los contratos de escasa cuantía y los pagos contra la presentación de una factura».

### **Artículos 106 y 108 – Criterios de exclusión y sistema de exclusión**

23. Vista la naturaleza de la sanción de exclusión de la contratación pública que puede imponerse a los operadores económicos, hay que regular legalmente de modo claro y preciso los casos y condiciones en que es posible imponerla. Sin embargo, el texto propuesto contiene muchas imprecisiones sobre todo en relación con las cuestiones siguientes:

- No se define en modo alguno la «decisión administrativa» a que hace referencia el artículo 106, apartado 1, letras b), c) y f). Una decisión de esta naturaleza no se puede asimilar a una sentencia firme, salvo que se especifique, a semejanza del artículo 57 de la Directiva, que se trata de una *decisión administrativa* «que tenga un efecto vinculante, según las disposiciones legales aplicables a la autoridad administrativa del Estado miembro o de la Unión que haya adoptado la decisión».
- Por lo que se refiere especialmente a los casos previstos en el artículo 106, apartado 1, letra d), la propuesta de Reglamento debe adaptarse al artículo 57, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE. En efecto, una obligación de exclusión sobre esa base solo puede justificable en este ámbito si el operador económico (o su representante) ha sido condenado mediante sentencia firme que determine la comisión efectiva dichas infracciones. La instancia *ad hoc* contemplada en el artículo 108 no dispondrá de competencias de valoración de la prueba en relación con este tipo de infracción. Cabe interrogarse si una instancia *ad hoc* como la prevista está en condiciones de valorar pruebas referentes al fraude, la

corrupción o el trabajo infantil. Hay que señalar que si no se ha dictado aún sentencia firme sobre comportamientos constitutivos de fraude o corrupción ligados a la contratación pública o a acuerdos de subvención financiados por fondos europeos, el autor de dichos comportamientos podrá ser excluido de la adjudicación de contratos públicos al amparo del artículo 106, apartado 1, letras b) y/o f), por ser acciones comprendidas en la definición de irregularidad<sup>17</sup> y/o que pueden considerarse falta profesional grave.

Asimismo hay que recordar que un operador económico será excluido también si se ha decidido contra él una sanción financiera, tanto de carácter internacional (Naciones Unidas, Unión Europea) como nacional, que incluya el bloqueo de fondos. Los efectos de estas decisiones se imponen a los órganos de contratación no obstante la aplicación del artículo 106 del Reglamento Financiero. El texto propuesto es el siguiente:

«Un operador económico quedará excluido de la participación en los procedimientos de contratación pública en casos de:

[...]

d) fraude, corrupción, participación en una organización delictiva, blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, delitos de terrorismo, trabajo infantil u otras formas de trata de seres humanos, ~~todo ello basado en pruebas y establecido por el panel que se refiere el artículo 108 o mediante sentencia firme,~~ cuando se haya determinado que el operador económico ha sido condenado por

---

<sup>17</sup> La noción de irregularidad se define en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo de 18 de diciembre de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO L 312 de 23.12.1995, p. 1) (véase en particular el sexto considerando, según el cual «como comportamiento irregular se entiende asimismo el comportamiento de fraude según aparece definido en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas»).

uno de estos motivos mediante sentencia firme o haya recibido sanciones nacionales o internacionales de bloqueo de activos;

[...].»

- La propuesta no contiene definiciones de nociones clave utilizadas en las causas de exclusión como las de incumplimiento grave de ejecución, falta profesional grave, irregularidad, etc.
  - La propuesta no contiene disposición alguna sobre el funcionamiento de estas instancias *ad hoc* y sus facultades de investigación, pese a tratarse de una cuestión que tendría que estar regulada por el Reglamento Financiero.
  - El artículo 108, apartado 2, no precisa en modo alguno el tipo de «medidas preventivas y cautelares en la ejecución del presupuesto» que pueden verse obligados a adoptar los ordenadores competentes hasta que la instancia no adopte (aún) la sanción de exclusión. Visto el artículo 107 (que se trata a continuación), la exclusión, es decir, el rechazo de la participación de un operador económico a un procedimiento de contratación concreto, solo es posible en las situaciones previstas en el artículo 107 y no como medida preventiva y temporal. Un rechazo de esta naturaleza no sería temporal por naturaleza. Por esta razón, habría que completar la propuesta para precisar otras medidas útiles que podrían adoptar los ordenadores competentes.
  - El texto no trata la cuestión de la doble sanción, si bien debería prever que las sanciones de exclusión tendrían que deducirse de las sanciones penales de la misma naturaleza que puedan adoptar los Estados miembros cuando el expediente sea transmitido por la OLAF a las autoridades judiciales nacionales.
24. En el texto propuesto, las situaciones que pueden dar lugar a una sanción de exclusión en caso de incumplimiento grave de las obligaciones contractuales (artículo 106, apartado 1, letra e)) se limitan a las que presentan riesgos para los

intereses financieros europeos, dado que la instancia prevista en el artículo 108 tiene su intervención limitada a este contexto. Ahora bien, la infracción por un contratista de sus obligaciones contractuales, pese a ser grave, no lleva aparejada necesariamente una situación de riesgo para esos intereses financieros. Además, tendría que ser posible excluir a un operador económico si incumple sus obligaciones previstas en el artículo 18, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE (el cual se recogería en el artículo 102 de la propuesta de Reglamento según la propuesta antes efectuada), a semejanza de lo previsto en el artículo 57, apartado 4, letra a), de la Directiva antes citada.

25. Debería clarificarse la cuestión de la autoridad competente para la imposición de sanciones de exclusión y su publicación. Por una parte, la propuesta no aborda esta cuestión en lo que respecta a los casos de exclusión en los que no es necesaria la intervención de la instancia en cuestión debido, por ejemplo, a la existencia de una sentencia firme dictada contra un operador económico o de un procedimiento de quiebra. Por otra parte, la intervención prevista de la instancia creada en virtud del artículo 108 para pronunciarse sobre un caso de exclusión da la impresión de que las decisiones de sanciones de exclusión y financieras solo pueden ser adoptadas por dicha instancia, lo que priva al órgano de contratación de la autonomía decisoria de la que disponía en la materia, que resultaba necesaria para el despliegue eficaz de su actividad administrativa. Ahora bien, sobre todo en los casos de incumplimiento grave de ejecución de un contrato (artículo 106, apartado 1, letra e)), el órgano de contratación es el mejor posicionado para determinar si la situación debe considerarse como un incumplimiento grave de ejecución de las obligaciones contractuales. La intervención de una instancia *ad hoc* no se justifica y además atenta contra la autonomía institucional.

26. El texto propuesto en el artículo 106, apartado 3, restablece el cometido del órgano de contratación en la adopción de la decisión de imponer sanciones, lo que no resulta conforme al espíritu del artículo 108, en virtud del cual la decisión de adopción de una sanción de exclusión competería a la Comisión, a través de una instancia

creada a este efecto. Lógicamente, esta disposición tendría que desplazarse al artículo 107, que se refiere al rechazo de un operador económico en el marco de un procedimiento determinado. Este es el contexto, de hecho, en el que el órgano de contratación debe disponer de cierto margen para valorar si debe aplicarse o mantenerse la exclusión en el marco de un procedimiento específico de contratación que haya iniciado.

27. Igualmente habría que clarificar la cuestión de la autoridad decisoria competente por lo que se refiere a las exigencias de transparencia de las vías de recurso (artículo 97 del Reglamento Financiero). En los casos en que la instancia adopta decisiones de sanción (de exclusión y de carácter financiero), los recursos contra ellas deben dirigirse a la Comisión que ha creado dicha instancia y en cuyo nombre ésta actúa. Otra consecuencia es que no serán admisibles los recursos interpuestos contra las decisiones de rechazo de una candidatura o de una oferta adoptadas por un ordenador y motivadas por la existencia de una sanción de exclusión adoptada por la instancia, ya que el acto lesivo es la decisión de sanción (véase asimismo el apartado 32).

28. Con arreglo al artículo 261 del TFUE, el texto tendría que atribuir al Tribunal de Justicia plena jurisdicción para resolver los casos de sanciones de exclusión adoptadas al amparo de los artículos expuestos.

29. El artículo 108, apartado 3, último párrafo, tendría que completarse para dar cabida a la posibilidad de recurso contra el rechazo de una petición de revisión de la decisión de exclusión formulada en virtud del artículo 108, apartado 3, letra g).

30. El artículo 108, apartado 3, tal como figura en la propuesta, dispone que cuando existen motivos imperiosos y legítimos para preservar la confidencialidad de la investigación o del procedimiento nacional, puede imponerse una sanción de exclusión en caso de fraude (artículo 106, apartado 1, letra d)) y de irregularidad (artículo 106, apartado 1, letra f)), sin notificarlo previamente al operador económico. Esta excepción a los derechos fundamentales de defensa debe regularse de forma más



limitativa. El Tribunal recomienda que cuando la instancia prevea recurrir a esta excepción, tiene que obtener previamente la autorización por escrito del futuro controlador de las garantías procedimentales<sup>18</sup>.

### ***Artículo 107 – Rechazo de un procedimiento específico***

31. La exposición de motivos y el considerando 15 de la propuesta de Reglamento precisan que, en lo sucesivo, los criterios de exclusión deben estar claramente separados de los criterios que permitan un posible rechazo de una oferta en un procedimiento determinado. Ahora bien, esto solo es así en las situaciones previstas en el artículo 107, apartado 1, letras b) y c). En efecto, las situaciones previstas en el artículo 106, apartados 1 y 2, y el procedimiento son idénticas, con independencia de que imponga una sanción de exclusión o el rechazo de la participación de un operador económico en un procedimiento determinado. El rechazo no depende de la valoración del órgano de contratación sino de una sentencia firme, de una decisión administrativa o de una decisión de la instancia prevista en el artículo 108. Para conformarse a la voluntad de separar ambas hipótesis, y asegurar la eficacia y el respeto de la autonomía institucional, habría que adaptar enteramente el artículo 107 del Reglamento Financiero al artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE y volver a atribuir plenamente al órgano de contratación la facultad de decidir el rechazo de un operador económico en un procedimiento determinado.

32. Por respeto a los derechos de defensa, el artículo 107 tendría que completarse con la precisión de que, previamente a la decisión de rechazo de un procedimiento específico, el órgano de contratación debe dejar al licitador o al

---

<sup>18</sup> Véase en este sentido, y por analogía, la recomendación formulada por el Tribunal en el apartado 17, b), de su Dictamen nº 6/2014 sobre una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) nº 883/2013 en lo que respecta al establecimiento de un Controlador de las garantías procedimentales.

candidato la posibilidad de declarar su posición acerca de la medida de rechazo. Ha de considerarse como un acto lesivo la decisión de rechazo motivada por falsas declaraciones<sup>19</sup> o por la participación previa de un operador económico en la preparación de los documentos del contrato. Sin embargo, cuando la decisión de rechazo es consecuencia de una decisión sancionadora adoptada por la Comisión, a través de la instancia que actúa en su nombre, debe considerarse que confirma la decisión sancionadora de exclusión, que constituye el acto lesivo. No se deberían atender en ese caso las observaciones del licitador o candidato. Se propone el apartado siguiente: «Antes de adoptar una decisión de rechazo de un procedimiento específico, el órgano de contratación concederá al operador económico la posibilidad de presentar observaciones, salvo en el caso en que el rechazo de la oferta o la petición de participación de aquel estén justificados por una decisión sancionadora de exclusión adoptada en contra suya tras haberse atendido sus observaciones».

33. El artículo 107 de la propuesta ya no prevé las situaciones de conflicto de intereses entre las causas de rechazo de la participación de un operador económico en un procedimiento de adjudicación de contratos. Ahora bien, estas situaciones están contempladas en el artículo 57, apartado 4, letra e), de la Directiva 2014/24/UE. El artículo 107 de la propuesta de reglamento hace referencia tan solo a la situación de conflicto de intereses en la que se encontraría un licitador por participar en la preparación del procedimiento. Esta situación es específica y se distingue de la situación de conflicto de intereses prevista en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva. Es cierto que en la mayoría de los casos de conflicto de intereses, con arreglo al artículo 57 del Reglamento Financiero, entre un miembro de personal del órgano de contratación y un operador económico, el órgano de contratación debe excluir al miembro de su personal del procedimiento en cuestión antes que al operador económico. Sin embargo, esta causa de rechazo del operador económico

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2014, *Flying Holding NV y otros / Comisión* (T-91/12 y T-280/12), apartados 63 a 67.

tiene que añadirse para cubrir los casos en que se encuentre ligado económicamente a la empresa que participe en la ejecución o la gestión de una parte del presupuesto asignado al contrato objeto del procedimiento de adjudicación. El apartado propuesto sería el siguiente: «d) se halle en alguna de las situaciones de conflicto de intereses, con arreglo al artículo 57, que no puedan remediarse con otras medidas menos intrusivas».

### ***Artículo 110 – Adjudicación de contratos***

34. De conformidad con los objetivos asignados a este proyecto de reforma, el artículo 110, apartado 1, de la propuesta de reglamento tendría que mencionar, a semejanza del artículo 56 de la Directiva 2014/24/UE, que «un órgano de contratación puede decidir no conceder un contrato a un licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa cuando se haya establecido que esta oferta no respeta las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X de la Directiva 2014/24/UE».

En ausencia de una disposición de este tipo, el rechazo de una oferta como la descrita solo será posible cuando el incumplimiento de las obligaciones haga que la oferta sea normalmente baja o no se ajuste a las exigencias mínimas definidas como tales en la oferta.

35. Los criterios de adjudicación tienen que definirse en el Reglamento al ser un elemento esencial de la contratación pública. El Reglamento debe definir pues lo que ha de entenderse por «oferta económicamente más ventajosa». En este sentido, tendría que recogerse íntegramente el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, incluido su apartado 2, letra b), que incluye, entre los criterios de adjudicación, un criterio derivado de la jurisprudencia, es decir, «la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato». Se trata de un

avance jurisprudencial que refleja una necesidad real de los órganos de contratación para aumentar la eficacia del gasto público. Dichos órganos deben tener la posibilidad, sobre todo en los contratos de servicios ligados a prestaciones intelectuales, de evaluar el valor técnico de una oferta sobre la base de la calidad técnica y la experiencia profesional de los miembros del equipo propuesto por un licitador para la ejecución de un contrato o de un contrato marco<sup>20</sup>. Dado que la propuesta de Reglamento se inscribe en una óptica de adaptación a los objetivos citados, no puede omitir la inclusión de este elemento fundamental dentro de los criterios de adjudicación.

#### ***Artículo 112 – Contactos durante el procedimiento***

36. Por motivos de coherencia y de legibilidad del Reglamento Financiero, el artículo 112 debería hacer referencia al artículo 96 del Reglamento Financiero. Se propone el texto siguiente: «1. Durante el desarrollo de un procedimiento de adjudicación de contratos, los contactos entre los órganos de contratación y los licitadores tendrán lugar en condiciones que garanticen la transparencia y la igualdad de trato, y de conformidad con los principios de buena administración previstos en el artículo 96. Después del plazo previsto para la recepción de las ofertas, estos contactos no darán lugar a cambios en los pliegos de la contratación o a cambios sustanciales en las condiciones de la oferta presentada, excepto cuando el procedimiento establecido en el artículo 104, apartado 1, permita expresamente estas posibilidades.»

---

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal General de 17 de octubre de 2012, *Evropaïki Dynamiki/ Tribunal de Justicia* (T-447/10), apartado 53, y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de noviembre de 2014, *Alfastar Benelux SA/ Consejo de la Unión Europea* (T-394/12), apartado 159.

**Artículo 113 –Decisión de adjudicación**

37. El texto propuesto en el artículo 113, apartado 2, párrafo segundo, y apartado 3, letra a), dispensa el órgano de contratación de la obligación de comunicar, al adjudicar un contrato específico de acuerdo con un contrato marco sujeto a la convocatoria de una nueva licitación, a los contratistas cuya oferta haya sido rechazada, los motivos de rechazo de su oferta, las ventajas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario del contrato. Esta excepción propuesta a las reglas de transparencia y a la obligación de motivación no está justificada.

**Artículo 114 bis – Ejecución y modificaciones del contrato**

38. Por lo que se refiere al marco jurídico que rige la introducción de modificaciones en un contrato en curso de ejecución, la Directiva 2014/24/UE aporta nuevos matices para integrar la jurisprudencia del TJUE en la materia, según la cual, pueden modificarse los contratos, como recuerda el considerando 107 de la Directiva 2014/24/UE, pero «es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales». Ahora bien, el texto propuesto por el artículo 114 bis, apartado 2, dispone que: «El órgano de contratación podrá modificar sustancialmente un contrato o un contrato marco sin un procedimiento de contratación pública solo en los casos previstos en los actos delegados adoptados en virtud del presente Reglamento y a reserva de que la modificación sustancial no altere el objeto del contrato o del contrato marco». Con miras a adaptar las normas financieras a la Directiva citada y a la jurisprudencia de la Unión, procede suprimir los términos «sustancialmente» y «sustancial» utilizados en este apartado o añadirles un prefijo de negación.

39. Además, la propuesta de Reglamento no define los tipos de modificaciones que pueden introducirse en un contrato en curso de ejecución. Sin embargo, estas nociones son elementos esenciales de la contratación pública que deben definirse en el Reglamento Financiero y calcarse de la Directiva 2014/24/UE (artículo 72), salvo

justificación inherente a las características específicas de los contratos financiados por el presupuesto de la Unión.

***Artículo 116 – Errores sustanciales, irregularidades o fraudes***

40. El mecanismo de sanción contractual, incluida la rescisión del contrato, depende siempre del órgano de contratación (véase en particular el artículo 116 del Reglamento Financiero). Los incumplimientos graves de obligaciones contractuales sustanciales, que pueden dar lugar a una sanción financiera o de exclusión al constituir un incumplimiento grave de la ejecución contractual, han de mencionarse en el artículo 116 del Reglamento Financiero como causa de suspensión y rescisión del contrato. Estos casos se distinguen de los casos de errores sustanciales. Además, los incumplimientos graves de obligaciones contractuales sustanciales tienen que acarrear sanciones contractuales aunque no perjudiquen los intereses financieros europeos, y así se cubrirían particularmente los casos en que no se deriva una pérdida para el presupuesto de la Unión de los incumplimientos de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X de la Directiva 2014/24/UE.

***Artículo 118 – Límites aplicables y período de espera***

41. Las normas sobre métodos de estimación del valor del contrato se consideran esenciales en la contratación pública ya que determinan la elección del procedimiento de adjudicación, por lo que deberían figurar en el Reglamento Financiero. A este respecto, hay que precisar, a semejanza de las normas de estimación del valor de los contratos marco y de los contratos de los sistemas dinámicos de adquisición, que para el procedimiento posterior a una convocatoria, el valor que ha de tomarse en consideración debe ser el valor máximo del conjunto de contratos previstos durante la vigencia de la lista constituida tras la convocatoria de manifestaciones de interés.

42. Dado que las normas sancionadoras en caso de incumplimiento del período de espera son elementos esenciales de la contratación, procede completar el artículo 118 indicando que: «Será nulo el contrato firmado antes de que finalice el período de espera». Al faltar una sanción disuasiva de este tipo, la obligación puede terminar siendo letra muerta. Con todo, el respeto de la obligación de suspensión constituye un elemento intrínseco de un sistema de recurso eficaz en la contratación pública que tanto la Unión como los Estados miembros deben garantizar.

El presente Dictamen fue aprobado por el Tribunal de Cuentas en Luxemburgo en su reunión del día 15 de enero de 2015.

*Por el Tribunal de Cuentas*

Vítor Manuel da SILVA CALDEIRA  
*Presidente*