

CRÓNICA DEL SEMINARIO SOBRE «O NOVO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS» Oporto, 27 y 28 de septiembre de 2007

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY
Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Esta crónica pretende dar noticia del primer Seminario, celebrado en Oporto, sobre el nuevo Código de Contratos Públicos de Portugal, que incorpora al ordenamiento portugués las prescripciones de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Palabras clave: Portugal; contratos públicos; procedimientos de adjudicación; recursos en materia de contratación.

ABSTRACT

This chronicle tries to go through the first seminar celebrated in Oporto about the new public contracts Law in Portugal, that incorporate into the portuguese legal system the prescriptions of the Directive 2004/18 of 31 March 2004, on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

Key words: Portugal; public contracts; award procedures; review procedures to the award of public contracts.

I. En el marco de las actividades del *Instituto de Gestão e Administração Pública* (IGAP), durante los pasados 27 y 28 de septiembre de 2007 tuvo lugar la primera acción formativa dedicada al nuevo *Código dos Contratos Públicos* de Portugal. En palabras de la Presidenta del IGAP, Margarida COUTO, el Seminario suponía la primera presentación al público del Código, una vez aprobado por el Consejo de Ministros, motivo por el cual asistieron al mismo alrededor de 150 altos funcionarios de diferentes Administraciones públicas portuguesas.

Este nuevo Código trae causa de la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico portugués las Directivas de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (2004/18/CE), y sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (2004/17/CE). Las Directivas entraron en vigor el 30 de abril de 2004, y el plazo para su transposición expiró el 31 de marzo de 2006, por lo que la

promulgación de este nuevo Código de Contratos Públicos se hacía necesaria para cumplir con las obligaciones comunitarias.

II. La apertura de las sesiones de trabajo del Seminario correspondió a José María GIMENO FELIÚ, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Zaragoza. Su intervención estuvo dedicada al proceso de transposición de las Directivas anteriormente citadas al ordenamiento jurídico español, a través del entonces todavía Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

El Profesor GIMENO señaló que, en España, el proceso de incorporación de las Directivas de contratación pública también acumulaba, como en el caso portugués, cierto retraso. En cualquier caso, recordó que la falta de transposición de las Directivas no supone la inaplicación de las mismas pues, como viene señalando la jurisprudencia del TJCE, el juego del principio de efecto directo hace que las disposiciones de las Directivas resulten de aplicación cuando sean claras, precisas e incondicionadas, reconozcan derechos a favor de particulares y haya vencido el plazo para su transposición.

Durante su exposición, el Profesor GIMENO centró su atención especialmente sobre dos cuestiones. En primer lugar, en las normas aplicables a los contratos cuya cuantía no supera los umbrales establecidos en las Directivas, respecto de los cuales la adjudicación no es libre, sino que, como viene señalando la jurisprudencia comunitaria y, recientemente, la Comisión Europea en su Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (*DOUE* de 1.8.2006), la adjudicación de estos contratos debe respetar los principios del Tratado, y en particular los de la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad y el reconocimiento mutuo.

En segundo lugar, incidió sobre la necesidad de que los sistemas de contratación cuenten con un sistema de recursos rápido y eficaz, algo que, a juicio del ponente, no sucedía en España, ya que un sistema de recursos rápido, según GIMENO FELIÚ, no es aquel que demora la resolución del recurso durante años, y que finaliza cuando la obra, el suministro y el servicio ya han sido realizados y pagados. En cuanto a la eficacia del sistema de recursos, el Profesor GIMENO destacó las experiencias de las Comunidades Autónomas de Islas Baleares y Navarra, que residencian la sustanciación de los recursos en materia de contratación en órganos independientes y especializados (las Juntas Consultivas de contratación administrativa), y criticó, por el contrario, la solución adoptada por el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que atribuye al propio órgano de contratación la resolución de los recursos contra sus resoluciones de adjudicación.

III. El resto de sesiones del Seminario estuvieron reservadas a las intervenciones de algunos miembros y colaboradores del grupo de trabajo en-

cargado de redactar el Código de Contratos Públicos. Intervino en primer lugar el redactor principal del Código, João AMARAL E ALMEIDA, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa y abogado, dando cuenta de las novedades introducidas en el ámbito de aplicación del Código.

En primer lugar, el ponente destacó la voluntad del Código de no ser una mera transposición de las Directivas comunitarias de contratación pública, sino de constituir un verdadero Código de Contratos Públicos en el que encontrar el régimen aplicable a la formación y ejecución de estos contratos.

Esa voluntad de ir más allá de la transposición literal de las Directivas encuentra su primera manifestación en materia de ámbito de aplicación subjetivo, y en particular en relación a la definición de organismo de Derecho público. En este sentido, João AMARAL señaló que el Código de Contratos aportaba como novedad una definición de lo que debía entenderse por entidades «creadas para la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» (segundo requisito de la definición contenida en el art. 1.9 de la Directiva 2004/18), al considerar el artículo 2.4 del Código como tales aquellas cuya actividad económica no se encuentre sometida a la lógica del mercado y de la libre competencia.

En materia de ámbito objetivo, el Profesor AMARAL llamó la atención sobre la exclusión de algunos contratos del ámbito de aplicación del Código. Entre los contratos excluidos del Código portugués se encuentran los contratos adjudicados por hospitales que tomen la forma de Entidad Pública Empresarial (mientras por su cuantía no superen los umbrales comunitarios), o los contratos de prestación de servicios de salud o sociales enumerados en el Anexo II.B de la Directiva 2004/18.

IV. La jornada del 28 de septiembre comenzó con la ponencia de la abogada Paula BORDALO FAUSTINO, dedicada a los procedimientos y criterios de adjudicación previstos en el nuevo Código de Contratos Públicos.

Durante su exposición, BORDALO resumió los procedimientos de adjudicación previstos en el Código. En primer lugar, el de *ajuste directo*, ya sea ordinario o simplificado. El ajuste directo ordinario es el procedimiento que puede utilizarse por el sector administrativo tradicional para la adjudicación de obras de hasta 150.000 euros o de servicios y suministros de hasta 75.000 euros, consultando a una o varias empresas. En el caso de organismos de Derecho público, se admite la utilización de este procedimiento para la realización de obras de hasta un millón de euros, o la adquisición de servicios y suministros de hasta 211.000 euros. Por su parte, el ajuste directo simplificado consiste en la adjudicación del contrato sobre la base de una factura presentada por la empresa elegida libremente por el órgano de contratación, y es el procedimiento recomendado para la adquisición de suministros y servicios de importe inferior a 5.000 euros.

El Código de Contratos Públicos de Portugal también recoge los procedimientos abiertos (con la denominación de concursos públicos), restringi-

dos (llamados concursos limitados), negociado y diálogo competitivo. La elección del procedimiento para la licitación es en principio libre, pero, según BORDALO, puesto que la elección del procedimiento determina el valor del contrato, los órganos de contratación deben conjugar en su elección los principios de eficacia y proporcionalidad, de manera que, por ejemplo, no resultaría adecuado utilizar el concurso público (procedimiento abierto) para la adquisición de un suministro valorado en 60.000 euros, puesto que dicha adjudicación puede realizarse mediante *ajuste directo*.

V. A continuación intervino Rodrigo ESTEVES DE OLIVEIRA, Profesor de la Facultad de Derecho de Coimbra y abogado, centrándose en el régimen de los contratos administrativos regulado en la Parte III del Código.

ESTEVES DE OLIVEIRA señaló la preocupación del Código por la preservación del *quid specificum* de los contratos administrativos, perceptible por la recurrente apelación al concepto de interés público (por ejemplo, en cuanto a su modificación o causas de resolución), el mantenimiento de importantes poderes de la Administración durante la ejecución del contrato, o el establecimiento de normas relativas al reparto de riesgos entre la Administración y el contratista.

El Profesor ESTEVES procedió a la sistematización de los contratos considerados como administrativos por el nuevo Código, señalando al respecto que para el Código lo son: *a)* aquellos contratos que, por voluntad del Código, de una ley o de las partes, puedan calificarse como tales, o se encuentren sometidos a un régimen sustantivo de Derecho público; *b)* los contratos mediante los cuales se confieran al contratista derechos especiales sobre las cosas públicas o el ejercicio de funciones públicas que corresponde desempeñar al co-contratante público, y *c)* los contratos que la ley someta o admita que sean sometidos a un procedimiento de formación regulado por normas de Derecho público y en los que la prestación pueda condicionar o sustituir, de forma relevante, a la ejecución de las competencias de la Administración.

VI. La última de las sesiones de trabajo contó con la participación de Mário AROSO DE ALMEIDA, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa y abogado, y del también abogado Jorge ANDRADE SILVA.

El primero de ellos, como continuación de la ponencia del Profesor ESTEVES DE OLIVEIRA, se centró en los poderes que la Administración ostenta en los contratos administrativos, y que se resumen en las facultades del órgano de contratación: *a)* de dirigir y fiscalizar la ejecución del contrato; *b)* de aplicar las sanciones previstas en casos de incumplimiento, y *c)* modificar o resolver unilateralmente el contrato por causa del interés general.

A juicio del Profesor AROSO, la principal novedad que introduce el Código de Contratos Públicos portugués en materia de potestades administrativas es el revestimiento de la naturaleza de acto administrativo de aquellos dictados en ejercicio de dichas potestades.

Como cierre de la jornada, el abogado Jorge ANDRADE SILVA hizo un repaso de las garantías administrativas y contenciosas previstas por el Código en materia de contratos públicos. En este sentido, el ponente dio cuenta del sistema de recursos previsto contra las decisiones de adjudicación, admisible en relación a cualquier contrato público, independientemente de su cuantía, y que se caracteriza por su rapidez (el recurso debe interponerse en el plazo de cinco días desde la notificación de la adjudicación, y debe ser resuelto en el plazo de otros cinco días desde su interposición) y por el efecto suspensivo que produce la interposición del recurso, pues impide que durante la pendencia del recurso el órgano de contratación pueda proceder a la adjudicación definitiva. Como crítica a este sistema, ANDRADE SILVA señaló que el recurso no era resuelto por un órgano independiente y especializado, sino por el propio órgano de contratación.

VII. La nueva regulación de los contratos públicos en Portugal se inserta en la corriente codificadora que han seguido otros Estados como Francia (*Code des Marchés Publics*, 2006) o Italia (*Códice degli Appalti Pubblici*, 2006). Como valoración de conjunto de esta nueva norma puede afirmarse la utilidad que reporta reunir en un único texto las normas aplicables tanto a la preparación y adjudicación como a la fase de ejecución del contrato. No obstante, el hecho de incluir en el mismo texto las prescripciones que afectan tanto a los denominados «sectores clásicos» (obras, suministros y servicios) como a los sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales) puede provocar algún desajuste en el futuro, y en concreto a medida que se produzca la efectiva liberalización de esos sectores especiales, momento a partir del cual ya no resultará preciso someter a los contratos a normas orientadas a favorecer la competencia en dicho sector. La paulatina liberalización efectiva de estos sectores obligará al legislador portugués a modificar al mismo ritmo este nuevo Código.

Dicha modificación del Código no resultará, por el contrario, necesaria para la actualización de los umbrales comunitarios a partir de los cuales resultan de aplicación las prescripciones de las Directivas. El motivo de ello es que el señalamiento de dichos umbrales se encuentra en el cuerpo del Decreto que aprueba el Código de Contratos, y no está formalmente integrado en el Código, que se recoge como Anexo al citado Decreto. Por lo tanto, en caso de modificación de los umbrales bastará la modificación del Decreto, sin que sea necesario tocar el texto del Código de Contratos Públicos.

En otro orden de cosas, en cuanto al régimen jurídico previsto para el procedimiento de adjudicación denominado *ajuste directo*, hemos de poner de manifiesto aquí el posible conflicto con lo dispuesto en la Comunicación interpretativa de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, especialmente en relación con el supuesto de prestaciones *in house*. El diferente tratamiento que ofrece el recurso a este peculiar procedimiento en función de que nos encontremos ante una entidad del sector público administrativo

tradicional o ante un organismo de Derecho público (entiéndase, sociedades *in house*) puede derivar en la elusión de los principios de publicidad y concurrencia. Así, aun cuando el Código de Contratos condiciona el recurso a este procedimiento de ajuste directo por una Administración a que el importe del contrato no supere los 150.000 euros para contratos de obras, o de 75.000 euros para el caso de suministros y de servicios, dicho límite puede ser eludido mediante el encargo de la obra, del suministro o del servicio a un ente instrumental (*in house*) que, cuando proceda a la licitación, no encontrará restringida su posibilidad de actuación a contratos de aquellas cantidades, sino que podrá utilizar el *ajuste directo* para la contratación de obras de hasta un millón de euros, o para la adquisición de suministros y servicios de hasta 211.000 euros. Con ello, nos encontramos que una empresa pública puede contratar servicios y suministros directamente, sin necesidad de concurrencia, siempre que se trate de contratos no sujetos al ámbito de aplicación de la Directiva, lo cual parece en principio contrario a la jurisprudencia del TJCE y a la opinión de la Comisión Europea en la Comunicación interpretativa citada.