

Nº 9
Primer trimestre 2017

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 9. Marzo 2017

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Próximamente disponible en SMARTECA y VLEX

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*"

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.



SUMARIO

CELEBRACIÓN DE LA I JORNADA REVISTA GABILEX.....10

EDITORIAL..... 12
El Consejo de Redacción

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

“LA DEFENSA PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”.....18
D. Jordi Gimeno Bevia

“EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FACTURA ELECTRÓNICA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA.....46

D^a Matilde Castellanos Garijo

“REFLEXIONES CRÍTICAS A LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA NUEVA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO.....92
D. Carlos M^a Rodríguez Sánchez

“ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN A LA HACIENDA PÚBLICA”128
D^a Mónica de la Cuerda Martín

SECCIÓN INTERNACIONAL

“MERCADOS PÚBLICOS: EVALUAR O NO EVALUAR EL RENDIMIENTO DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS, ESA ES LA CUESTIÓN”.....186
D. Luís Valadares Tavares

“EL PRINCIPIO O CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD: UN BREVE ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO ESPAÑA/BRASIL”.....202
D. Paulo S. Bugarin

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE FECHA 16 DE FEBRERO DE 2017 (CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2544-2016): NULIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 36.2.A, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA DE CASTILLA-LA MANCHA, APROBADO POR DECRETO LEGISLATIVO 112004, DE 28 DE DICIEMBRE.....240
D. Roberto Mayor Gómez

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SALA QUINTA, DE 16 DE FEBRERO DE 2017 (ASUNTO C-555/14): PLAN DE PAGO A PROVEEDORES..... 250
D. Roberto Mayor Gómez

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (SECCIÓN SEGUNDA) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, DE 31 DE ENERO DE 2017: IMPUGNACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO DEL CUERPO DE LETRADOS DE



LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA.....	262
D. Roberto Mayor Gómez	
BASES PARA LA PUBLICACIÓN.....	270

CELEBRACIÓN DE LA I JORNADA REVISTA GABILEX

La Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, GABILEX, ha celebrado su primera JORNADA en Toledo, los **pasados días 2 y 3 de marzo de 2017** en colaboración con WOLTERS KLUWER.

La Jornada ha contado excelentes ponentes, todos ellos juristas de reconocido prestigio que han abordado importantes temas de actualidad, como el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, principales novedades de las Leyes 39/2015 y 40/2015, Administración electrónica, así como el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y la inserción de cláusulas sociales y ambientales en la contratación.

Desde el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y desde la Dirección de la Revista, damos las gracias a todos los ponentes por la calidad de sus intervenciones y a los más de 150 asistentes que nos han acompañado, muchos de ellos, de otras Comunidades de Comunidades Autónomas.

En el enlace <http://jornadsgabilex.castillalamancha.es/> se puede consultar toda la información de la celebración



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 9
Marzo 2017
www.gabilex.jccm.es

“MERCADOS PÚBLICOS: EVALUAR O NO EVALUAR EL RENDIMIENTO DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS, ESA ES LA CUESTIÓN”

D. Luís Valadares Tavares

Profesor catedrático emérito, Sistemas y Gestión,
Universidad de Lisboa, Instituto Superior Técnico,
Presidente de la APMEP (Associação Portuguesa de
Mercados Públicos, www.apmep.pt) y del OPET
(Observatório de Prospectiva da Engenharia e da
Tecnologia, www.opet.pt).

Consultor de VORTAL y Coordinador de Academia
VORTAL

RESUMEN

La moderna evolución de la contratación pública se orienta, no solo por el respeto por la aplicación de las normas legales, sino también siguiendo el paradigma del “Value for Money”, esto quiere decir que se intenta alcanzar los mejores resultados a partir de los recursos públicos gastados, lo que implica no solo la mejora en la creación de los contratos públicos, sino también en su ejecución. Es por esto, por lo que las nuevas directivas de la UE fueron aprobadas en 2014, dando especial



importancia al concepto del rendimiento contractual y de su evaluación, incluyendo un nuevo capítulo sobre "Contract performance" y permitiendo la no autorización por parte del operador económico en función del pasado "bad performance".

Todavía, la evaluación del rendimiento del contratante en la ejecución de los contratos públicos, ha levantado múltiples dificultades, por lo que en este artículo el autor propone una metodología para su aplicación, permitiéndose de esta forma, nuevos desarrollos innovadores y a los que muchos podrán contribuir para mejorar el nivel de eficiencia alcanzado y que se basan en el llamado abordaje al "performance based contracting", la cual ha sido aplicada con éxito en diferentes sectores.

ABSTRACT

Modern public procurement gives special attention not just to legal compliance but also to fulfill the principle of "Value for Money" making sure that public resources are spent maximizing the achieved outcomes.

This explains why the new directives of public procurement approved on 2014 enhance the importance of not just forming public contracts according to the principles of the EU but also to achieve high levels of performance of contracts through a new chapter on "contract performance" and including new provisions for exclusion of economic operators based on past bad performance.

However, the evaluation of contract performance has been meeting multiple obstacles and shortcomings and therefore the author presents in this paper a methodology to apply it allowing innovative developments such as the approach based on "performance based contracting" which has been used successfully in multiple sectors

PALABRAS CLAVES

Evaluación del rendimiento; "value for money"; performance based contracting; riesgo de incumplimiento, indicadores de evaluación

KEYWORDS

Performance evaluation; "value for money"; performance based contracting; execution risk, evaluation scoreboard

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. Evaluar: ¿para qué?

II. ¿CÓMO EVITAR LA "FUGA" DE LOS RESULTADOS DEBIDO A LOS RECURSOS?

III. ¿CÓMO CREAR EL PANEL DE INDICADORES DE EVALUACIÓN DE RENDIMIENTO?

IV. ¿CÚAL ES EL CUADRO LEGAL?

V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN



La motivación para la propuesta de las nuevas Directivas de la Comisión Europea tiene su origen en la pregunta inicial formulada a principios del 2010 por el Comisario Michel Barnier, por aquel entonces responsable por el Mercado Interno y los Servicios Financieros: Como pueden los mercados públicos cuyo valor corresponden a un elevado porcentaje del PIB comunitario, ayudar a responder a la grave crisis surgida en 2009 y ayudar a la consecución de la estrategia EU 2020. [*Comisión Europea, 2010*]

De esta forma, se comprende que las orientaciones asumidas por las nuevas Directivas finalmente aprobadas en 2014 [*Unión Europea, 2014*] y también la metodología adoptada para su preparación en la que el autor de este breve documento colaboró y que incluye diversas actividades muy interesantes discutieron los caminos que permitirán aproximar la contratación pública a las mejores prácticas internacionales.

En este ámbito se han realizado encuentros y debates con grandes compradores privados de diversos sectores (industrias alimenticias, automovilísticas, etc.) con el fin de identificar las similitudes y diferencias, siendo evidente que una de las principales diferencias residía en el problema de evaluar el rendimiento ("Performance Evaluation") entendiendo esta evaluación como una comparación basada en indicadores objetivos y medibles ("Performance Scoreboard" o "Panel de Indicadores de Rendimiento") - entre los resultados obtenidos por el contratante y las metas previamente fijadas y asumidas, las cuales deben quedar reflejadas obligatoriamente en los pliegos. En verdad, en el mundo empresarial es casi impensable calificar o contratar, en procedimientos rápidos basados en invitaciones, procedimientos competitivos más largos y complejos, sin que se consideren los paneles referidos, verificándose su estandarización por la industria, por lo que se puede

generalizar el uso del “benchmarking”, el cual se debe traducir por “comparación de los resultados obtenidos con resultados considerados como buenas prácticas de referencia”.

Este debate ha tenido influencia en las nuevas Directivas, empezando por el propio título de la Directiva 2014/24/EU, el cual en la versión del lenguaje de trabajo, dejó de ser “coordination of the procedures for the award o public work contracts” (Directiva 2004/18/EU) [*Unión Europea, 2004*] para pasar a ser “on Public Procurement”¹ lamentándose más este error en la versión portuguesa cuyo título paso a referirse a “contratos públicos”, expresión que en inglés corresponde a “public contracts”. La nueva Directiva incluye el Apartado IV sobre “contract performance” y, en diversas disposiciones se señala la importancia de evaluar el rendimiento (calificación, “bad performance”, etc.).

Es bien conocida la tradición de la cultura portuguesa de apreciar poco y diseminar las prácticas de evaluación del rendimiento refiriéndose a las mismas como tardías y tímidas. Las evaluaciones de rendimiento en la Función Pública y el largo y polémico viaje que el país tuvo que realizar para poder conocer la comparativa entre los resultados obtenidos en las diversas escuelas de Enseñanza Básica y Secundaria, por lo que no sorprenderá que se verifique está situación parecida en los mercados públicos, lo que justifica este breve documento.

¹ En portugués, el concepto de “public procurement” abarca “los procesos de obtención de medios externos (bienes, servicios u obras) necesarios para la búsqueda de la meta de la entidad pública contratante”.

1. Evaluar: ¿para qué?

Los objetivos de la evaluación del rendimiento de los contratantes es central, ya que si se condiciona cada aplicación a las mayores dudas de racionalización o legitimidad jurídica, esta evolución no es justificada. El autor opina que se deben considerar cuatro respuestas a esta pregunta [*Tavares, 2009*]:

A- Para incentivar los buenos rendimientos

En verdad, si el contratante lo sabe, desde el momento de la presentación de ofertas, en el caso de que se realice la adjudicación del contrato, su ejecución será periódicamente evaluada según el panel de indicadores constantes de los pliegos y en cuyos resultados se hará constar informaciones y documentos accesibles, por ejemplo, a través del Observatorio de los Contratos Públicos², creándose un incentivo al esfuerzo para que se ejecute el contrato de la mejor forma posible.

B- Para premiar los buenos rendimientos

La previsión de compensaciones positivas (incrementos remunerados para la mejor ejecución del contrato) o negativas (si la ejecución no fue tan adecuada) es muy importante y no debe ser confundida con cualquier sistema de sanciones que penalicen el incumplimiento de las cláusulas contractuales ya que el sistema de compensaciones al que nos referimos se aplica a situaciones en las que no ha habido ninguna violación contractual por lo que también su tratamiento jurídico es distinto. Este sistema de compensaciones permite establecer el llamado "contract based-performance" que

² Este Observatorio es gestionado por el regulador de contratación pública, IMPIC (Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, www.impic.pt)

internaliza en el propio contratante la exigencia de un buen rendimiento. Además, hay que tener en cuenta que este sistema puede permitir formular el modelo de evaluación de ofertas sin basarse en el precio propuesto, pero sí en el vector X , que representa la sensibilidad de la reducción del precio a pagar (P) frente al precio base establecido (P_b) siguiendo la fórmula:

$P = P_b - X \cdot D(i)$ en el que X es el vector lineal de los coeficientes de sensibilidad y $D(i)$ es el vector columna de las diferencias entre los objetivos de rendimiento y los niveles alcanzados.

Como es evidente, la síntesis de X en una escala podrá ser conseguida usando un modelo de agregación lineal tal como se propone en el Código de los Contratos Públicos (CCP) [Portugal, 2008] siendo el tema escogido de la correspondiente ponderación muy interesante para desarrollarlo en otro artículo.

C- Para reducir el riesgo de incumplimiento

La cuestión de minimizar y controlar el riesgo de incumplimiento en cualquier contrato es central en todo el proceso de contratación, pública o privada, ya que cualquier contrato se basa en una promesa de ejecución ("oferta") cuya ejecución es importante asegurar.

En las áreas de especialidad del autor, la Investigación Operacional y la Teoría de Sistemas, se ha desarrollado teóricamente sobre la formación y la negociación de los contratos [Tavares et al., 1996] así como sobre las consecuencias en términos de riesgo, beneficios y coste (Teoría del "Principal-Agent") [Simon, 1947] [Salanie, 1997] [inherentes a la externalización de la ejecución del objeto del contrato la cual fue profundizada por Coase [Coase, 1937], autor que fue distinguido con el Premio



Nobel. Estos resultados demuestran que en cualquier contratación se crea un cuadro de asimetría de información y la existencia de un menor control externo por parte de los clientes ("principal") frente al contratante ("agent") por lo que es importante introducir sistemas "internos" al contrato para automatizar la compensación de cualquier distanciamiento frente a lo prometido.

El porque de la introducción de paneles de evaluación de rendimiento con base, en los cuales se puede condicionar la función de remuneración a los resultados obtenidos, es una de las estrategias más recomendadas para mitigar el riesgo inherente, pero nunca puede ser anulable en relación a la ejecución de cualquier contrato.

D- Para cualificar a los operadores económicos

Siempre que la entidad contratante considere que la ejecución del contrato exige requisitos adicionales frente a los de calificación, se introduce una fase de cualificación que, según las nuevas Directivas pueden incluir dimensiones financieras, técnicas y profesionales, acompañando de esta forma, las buenas prácticas del sector privado.

Hay que tener en cuenta, que la "raison d'être" de esta fase no es más que reducir el riesgo de un mal rendimiento contractual, por lo que los indicadores escogidos deben ser aquellos que mejor puedan predecir el rendimiento durante la ejecución, comprendiendo de esta manera que la entidad contratante deba verificar si la dimensión financiera es suficiente, si el know-how es apropiado y si los talentos profesionales ofrecidos por el operador económico permiten aceptar que el operador económico participe en el procedimiento con un reducido y aceptable riesgo de incumplimiento.

II. ¿COMO EVITAR LA “FUGA” DE LOS RESULTADOS DEBIDOS A LOS RECURSOS CONSUMIDOS?

Tradicionalmente, en Portugal, siempre que surgen dificultades en algún sector de actividad, surge la “explicación” de que los recursos disponibles no son suficientes, casi siempre humanos, los cuales son expresados por el número de trabajadores, admitiéndose implícitamente que existe una relación determinística entre los medios y los resultados. Aunque la evolución de la sociedad ha venido acentuando exponencialmente la importancia de otros componentes, en particular de las opciones en cuanto a los modelos de gestión, de la capacidad de dirección y liderazgo, de la potenciación de los recursos tecnológicos cada vez más diversificados e integrables o incluso de los tres principales tipos de innovación (producto, proceso y canales), la diversidad de resultados obtenidos con recursos similares, es cada vez más evidente tal y como el propio autor concluye del análisis comparativo entre los servicios públicos con el mismo objetivo y cuyo porcentaje del presupuesto afecta al propio servicio y no siendo distribuido a los beneficiarios, varía entre un 20 y un 60 %.

Esta diversidad contribuye a las desventajas de adoptar reglas de exclusión basadas en el precio global anormalmente bajo pues penalizarán la eficiencia y la innovación, entendiéndose de esta forma que la nueva Directiva 2014 haya pasado a referirse también al fundamento en “costes” siendo este plural muy importante pues permite tener en cuenta la variable de costes unitarios y matrices de costes por productos. Ejemplificando, se deberá excluir las ofertas más innovadoras a la hora de proveer redes tecnológicas de



seguridad, consiguiendo mejores resultados con medios reducidos o las de restauración que abarcan una elevada calidad con alimentos básicos? Es evidente que no.

Se comprende de esta forma que el impacto negativo del CCP en los mercados públicos a la hora de diseminar la regla del precio anormalmente bajo con referencia a porcentajes fijos (!) como la principal estrategia de reducción del riesgo.

Por ello, la tendencia nacional de preferir admitir que los medios determinan los resultados también tiene presencia en la contratación pública, designado a la cualificación técnica donde se verifica la preferencia por los indicadores, no de resultados (experiencia, evaluación de contratos anteriores, etc.), pero si por los medios (personal, equipamientos, etc.). El autor ha quedado sorprendido por las opiniones jurídicas en este sentido, ya que parece que se consideran estos atributos más objetivos y refiriéndose a que estos primeros serán discriminatorios contra los operadores más jóvenes y sin experiencia o sin haber sido evaluados en el pasado.

Se juzga que esta preferencia es resultado de dos equivocaciones:

- a) El primero sobre la discriminación, ya que se trata, si, de selección, apuntando a reducir el riesgo de incumplimiento – deber inalienable de la entidad contratante- siendo este el objetivo de la calificación tal como quedo expresado en el Artículo 58º de la Directiva 2014/24/UE :

"En lo que se refiere a la capacidad técnica y profesional, las autoridades contratantes pueden imponer requisitos de molde y asegurar que los operadores económicos dispongan de recursos humanos y técnicos y de la experiencia necesaria

para asegurar un nivel de calidad adecuada en la ejecución del contrato”

O sea, el objetivo de “asegurar un nivel de calidad”, lo que significa reducir el riesgo de no alcanzar el nivel de calidad adecuado.

- b) El segundo respeta la objetividad ya que los datos sobre los recursos corresponde generalmente a las descripciones formales, poco significativas y actuales, de tal forma que los resultados obtenidos pueden ser expresados de forma más significativa y no menos objetiva.

Como es evidente, se deberá permitir que la información sobre los resultados pueda ser presentada en diversas formas y con base a indicadores alternativos para no introducir limitaciones indeseables, en especial cuando no se divulguen y estandaricen los paneles de indicadores de rendimiento.

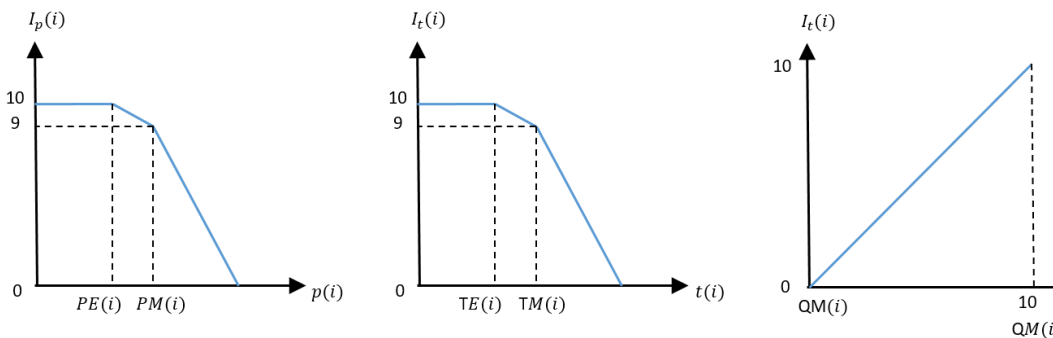
III. ¿CÓMO CREAR EL PANEL DE INDICADORES DE EVALUACIÓN DE RENDIMIENTO?

Como es evidente, este conjunto de indicadores debe depender de la naturaleza de cada contrato y de las preferencias de la entidad contratante, pero es posible presentar sugerencias genéricas:

- a) Descomponer el objeto del contrato en componentes (módulos), definidos aquí como componentes del objeto con identidad y utilidades propias (Ej: bloques de una construcción o tipos de equipos que se tienen que adquirir o fases de implementación de un proyecto informático).



- b) Hacer que se corresponda a cada uno de estos componentes e $i=1,\dots,N$, los objetivos ("milestones") importantes, los cuales deben ser expresados por indicadores asociados al componente, debiendo en general incluir indicadores relativos al precio, $I_p(i)$, en el tiempo que quedo completado i , $I_t(i)$ y al nivel de calidad alcanzado $I_q(i)$.
- c) Definir cada indicador anterior, en función de la medición que describa el nivel alcanzado, relacionándolo con un mínimo aceptable y con el máximo. Por ello, pueden surgir funciones como las que se representan a continuación:



Siendo:

$PM(i)$ y $PE(i)$ el máximo precio aceptable y el precio mínimo para i ;

$TM(i)$ y $TE(i)$ el plazo máximo y el plazo mínimo para i ;

$Qm(i)$ y $QE(i)$ el nivel de calidad mínimo y el máximo para i .

- d) Definir los indicadores globales de evaluación del rendimiento en la ejecución del proyecto, a través de medidas obtenidas para los N componentes:

$$I_p = \frac{\sum I_p(i) \cdot p(i)}{N}$$

$$I_t = \frac{\sum I_t(i) \cdot p(i)}{N}$$

$$I_q = \frac{\sum I_q(i) \cdot p(i)}{N}$$

IV. ¿CÚAL ES EL CUADRO LEGAL?

Conviene observar que el cuadro legal es inequívocamente favorable a la tesis defendida por el autor, previniendo la evaluación de los criterios basados en resultados pasados –experiencia- tal como se puede verificar:

- a) La Directiva de 2004 ya era clara al referirse en el artículo 48 -2 a) sobre los elementos que se tienen que solicitar para la evaluación en relación a la capacidad técnica:

"presentación de un listado de las obras efectuadas en los últimos cinco años, acompañados de certificados de buena ejecución de las obras más importantes. Estos certificados deben indicar el montante, la fecha y la hora local de ejecución de las obras y si fueron ejecutadas siguiendo las reglas del arte y debidamente finalizadas; si es necesario, los certificados serán enviados directamente a la entidad contratante por la autoridad competente" y de manera similar para el resto de tipos de contratos.



- b) La Directiva de 2014 es aún más explícita en su Artículo 58º-4 al referirse:

“Las autoridades contratantes pueden exigir, en especial, que los operadores económicos tengan un nivel de experiencia suficiente, comprobándose por las adecuadas referencias de los contratos ejecutados en el pasado. Las autoridades contratantes pueden partir del principio de que un operador económico no posea las capacidades profesionales exigidas en el caso de que se haya concluido que el operador económico en cuestión, se encuentra en una situación de conflicto de intereses susceptible de afectar negativamente a la ejecución del contrato. En los concursos para la adquisición de suministros que impliquen operaciones de montaje o instalación, la prestación de servicios o ejecución de obras, la capacidad profesional del operador económico para prestar el servicio o ejecutar la instalación o la obra, pueden ser apreciadas en función de sus capacidades, eficiencias, experiencias y fiabilidades”.

Incrementándose en su Anexo XII, la larga lista de atributos a considerar, muchos de ellos basados en la experiencia y en resultados pasados.

- c) El propio CCP también define en su Artículo 165º-1 a) como elemento a considerar para evaluar la capacidad técnica “la experiencia curricular de los candidatos”. Es oportuno, referirse a este Artículo también en lo que respecta a la línea e) la posibilidad de tener en cuenta:

“la información constante de la base de datos del Instituto de la Construcción y del Inmobiliario, I.P., relativa a los contratantes, cuando se trata de la formación de un contrato de contratantes o de concesión de obras públicas”

Esta referencia está relacionada con el Artículo 98º del Decreto de Ley 59/99 que prevé el desarrollo de esta base de datos, habiendo el autor contribuido para la inclusión de esta disposición, la cual fue aceptada sin dudas y, tras su aprobación, ignorada a lo largo de 16 años, también sin la menor duda.

- d) La nueva Directiva prevé todavía la no habilitación con base a un mal rendimiento pasado ("bad performance") en su artículo 57-4-g) estando esta disposición suscitando mucho interés por parte de la comunidad jurídica, pareciéndole al autor que es contradictorio tanto el interés por la aplicación del concepto de "bad performance", pero poniendo poca atención a la objetividad del concepto "performance". Creo, además que la eficacia práctica será mejor adoptada en la fase de evaluación basada en indicadores de rendimiento pasado y no en el intento de aplicar la regla a la que se refiere.
- e) En lo que respecta a la evaluación de las ofertas de los contratos, la Directiva 2014/24/EU, también es clara en cuanto a la posibilidad de tener en cuenta criterios como "la organización, la cualificación y la experiencia" de los medios relacionados con la ejecución del contrato, por lo que también aquí se puede considerar la evaluación de los resultados obtenidos anteriormente, esperando que de esta forma se acaben con las dudas que existieron en Portugal en el pasado.
- f) La propuesta del nuevo Código se refiere explícitamente al rendimiento y a las evaluaciones de los nuevos Artículos 290-A sobre la figura del gestor del contrato y sobre los contratos innovadores asociándose su remuneración al rendimiento evaluado



("performance based contracting "), por lo que se recomienda:

f1) cambiar el Artículo 392-1, de manera en que se permita sin ambigüedades, su aplicación en la gestión de contratos de contratantes de obras públicas;

f2) introducir una larga lista de artículos que el Pliego debe incluir o "panel de indicadores para la evaluación del rendimiento por parte del contratante en la ejecución del contrato"

g) Se espera que el nuevo Código también transponga la regla de los "costes" anormalmente bajos, la cual ya no penaliza los más eficientes e innovadores, tal como sucede en los "precios" anormalmente bajos.

En resumen, el autor cree que será cada vez más posible o inevitable que los mercados públicos evolucionen en el sentido de que se constituya un buen ejemplo de una cultura exigente en la evaluación de los rendimientos basados en los resultados obtenidos y no en los medios consumidos, lo que será esencial para cumplir el deber constitucional de perseguir el interés público, a través de la utilización de los recursos que mejor sirvan a los ciudadanos y a las comunidades.

V. BIBLIOGRAFÍA

- COASE, R., 1937, The nature of the firm, *Economical New Series*, Vol. 4, No. 16, 386-405
- COMISIÓN EUROPEA 2010, *Comunicación de la Comisión – Europa 2020 Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible, inclusivo*, COM (2010) 2020 final, Bruselas;

-
- PORTUGAL, 2008, Decreto-Ley n.º 18/2008 de 29 de Enero, Diario de la República, 1.ª série, N.º 20
 - SALANIE , B., 1997, The Economics of Contracts, MIT Press
 - SIMON, H., 1947, Administrative Behavior, New York Macmillan;
 - TAVARES, L.V., CORREIA, F.N., OLIVEIRA, R.C. e THEMIDO, I.H., 1996, Investigación Operacional, McGraw-Hill
 - TAVARES, L.V., 2009, La Gestión de las Aquisiciones Públicas: Guía de Aplicación del Código de los Contratos Públicos – Decreto-Ley 18/2008 – Suministros, Bienes y Servicios, OPET;
 - UNIÓN EUROPEA, 2014, a: Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, en relación a la adjudicación de contratos de concesión;
 - UNIÓN EUROPEA, 2014, b: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, en relación a los contratos públicos;
 - UNIÓN EUROPEA, 2014, c: Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, en relación a los contratos públicos celebrados por las entidades que operan en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y que es revocada por la Directiva 2004/17/EC;
 - UNIÓN EUROPEA, 2004, Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de Marzo de 2004, en relación a la coordinación de los procesos



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 9
Marzo 2017
www.gabilex.jccm.es

de adjudicación de los contratos y de contratos de obras públicas, de los contratos públicos de suministro y de los contratos públicos de servicios.