

EL INSTRUMENTO DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL: RÉGIMEN Y PROBLEMÁTICA DE LA ARMONIZACIÓN EUROPEA FRENTE AL PROTECCIONISMO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Javier Esteban Ríos*

Resumen

Tradicionalmente, ciertos mercados de contratación pública internacional se han cerrado a los licitadores, bienes y servicios europeos. Ante esta situación, los distintos Estados miembros han articulado sus propias respuestas hasta que, recientemente, la Unión Europea ha decidido ofrecer una reacción común mediante la aprobación del Instrumento de Contratación Internacional, que prevé la aplicación de múltiples medidas restrictivas. Dichas medidas cuentan con un efecto represivo –restringiendo la participación de licitadores, bienes y servicios extranjeros–, pero también pretenden fomentar la reciprocidad y la conclusión de acuerdos internacionales. La regulación de la Unión se vincula a la competencia exclusiva sobre política comercial común y desplaza las normas nacionales preexistentes. Sin embargo, los Estados miembros todavía conservan la posibilidad de incidir indirectamente sobre las licitaciones por medio de la introducción de elementos relacionados con la calidad o el fomento de la responsabilidad social y la protección del medio ambiente.

Palabras clave: contratación pública; Instrumento de Contratación Internacional; contratación internacional; proteccionismo; Unión Europea; armonización europea.

THE INTERNATIONAL PROCUREMENT INSTRUMENT: THE SYSTEM FOR AND ISSUES WITH EUROPEAN HARMONISATION IN THE FACE OF PROTECTIONISM IN PUBLIC PROCUREMENT

Abstract

Traditionally, certain international public procurement markets have remained closed to European bidders, goods and services. Given this, the EU's different Member States had designed their own responses, until recently, when the Union itself has decided to provide a common reaction in the form of the approval of the International Procurement Instrument, which contemplates the implementation of a wide range of restrictive measures. Said measures have a constraintive effect (by limiting the participation of foreign bidders, goods and services), but also aim to foster reciprocity and the signing of international agreements. This regulation is associated with European Union's exclusive powers over common trade policy and supersedes pre-existing national rules and regulations. Nevertheless, Member States still retain the ability to have an indirect impact on tenders, with the introduction of aspects associated with quality or the fostering of social responsibility and environmental protection.

Keywords: public procurement; International Procurement Instrument; international procurement; protectionism; European Union; European harmonisation.

* Javier Esteban Ríos, profesor contratado doctor en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Facultad de Derecho, c. de Pedro Cerbuna, 12, 50009 Zaragoza. jestebanrios@unizar.es. [id 0000-0002-5605-7941](https://orcid.org/0000-0002-5605-7941).

Artículo recibido el 27.10.2022. Evaluación ciega: 28.11.2022 y 14.12.2022. Fecha de aceptación de la versión final: 14.12.2022. Actualizado el 03.02.2023.

Citación recomendada: Esteban Ríos, Javier. (2023). El Instrumento de Contratación Internacional: régimen y problemática de la armonización europea frente al proteccionismo en los contratos públicos. *Revista Catalana de Dret Públic*, 66, 171-187. <https://doi.org/10.58992/rcdp.i66.2023.3898>

Sumario

- 1 Introducción: la Unión Europea ofrece una respuesta común frente al proteccionismo en los mercados internacionales de contratación pública
- 2 Encaje de las medidas vinculadas al Instrumento de Contratación Internacional
 - 2.1 Base competencial y ámbito de aplicación
 - 2.2 El desplazamiento de las respuestas tradicionales de los Estados miembros
 - 2.3 El margen restante para la intervención nacional
- 3 Circunstancias que habilitan para la adopción de medidas del Instrumento de Contratación Internacional
- 4 Contenido de las medidas del Instrumento de Contratación Internacional
 - 4.1 Medidas restrictivas que afectan a los operadores económicos de terceros países
 - 4.2 Impacto sobre los bienes y servicios originarios de terceros países
- 5 Excepciones a la aplicación de las medidas del Instrumento de Contratación Internacional
- 6 Conclusiones
- 7 Referencias

1 Introducción: la Unión Europea ofrece una respuesta común frente al proteccionismo en los mercados internacionales de contratación pública¹

Tradicionalmente, ciertos mercados de contratación pública internacional se han cerrado a los licitadores europeos. Así, son habituales múltiples restricciones para el acceso de los proveedores, bienes y servicios comunitarios a las licitaciones públicas de ciertos Estados, en las que se identifica una clara vocación de favorecer a los operadores y productores nacionales.²

Sin embargo, a la inversa, los empresarios originarios de Estados que aplican políticas de contratación restrictivas a los operadores de la Unión suelen participar en procedimientos de licitación europeos. A su vez, de manera todavía más recurrente, se observa como las ofertas presentadas a procedimientos de contratación europeos integran bienes y servicios originarios de Estados que adoptan enfoques contractuales proteccionistas.³

Ante esta realidad, a fin de evitar una indeseada competencia desleal, se han formalizado diversos acuerdos internacionales –entre los que destaca el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio– que suponen una apertura recíproca de los mercados de contratación pública.⁴ No obstante, son todavía numerosos los Estados que no se han adherido a estos acuerdos internacionales⁵ y son muchos los contratos que no se encuentran cubiertos por estos.⁶

Para aquellos ámbitos no amparados por figuras convencionales, las soluciones que se han brindado frente a las asimetrías detectadas han sido fragmentarias, adoptadas por cada uno de los distintos Estados miembros.⁷ En particular, en el caso de España, la respuesta se ha basado en la reciprocidad, no permitiéndose la participación de licitadores en cuyos países de origen los procedimientos permanecen cerrados a empresarios españoles.⁸

En vista de la descoordinación existente, la Unión Europea ha decidido ofrecer una respuesta común frente a la posición de los países que, al margen de acuerdos internacionales, mantienen cerrados sus mercados de contratación pública.⁹ Y lo ha hecho por medio de la adopción de una norma de derecho derivado como es el Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio de 2022 sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de

1 El presente trabajo es uno de los resultados de investigación del proyecto “La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza” (referencia: PID2019-109128RB-C21), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

2 En relación con este tipo de restricciones puede consultarse Carboni, Iossa y Mattera (2017, pp. 7-10). Igualmente, acerca del grado de apertura de los mercados de contratación pública, se recomienda la consulta de Messerlin (2015), Miranzo Díaz (2020) y Kutlina-Dimitrova (2018).

3 En este sentido, puede recordarse la adquisición masiva de ciertos productos sanitarios, originarios del sudeste asiático, para afrontar los rigores de la pandemia de la COVID-19.

4 El Acuerdo de Contratación Pública es el tratado internacional más relevante en la materia, pues alcanza a los 27 Estados miembros, así como a otros 20 países. Acerca de esta figura convencional, se recomienda la consulta de Anderson (2012) y Pelletier (2014).

5 A este respecto, destacan grandes mercados de contratación, como el chino, el ruso y el indio.

6 Los acuerdos de contratación pública internacional suelen contener limitaciones subjetivas, objetivas y económicas, quedando gran parte de las licitaciones no amparadas por ellos. En este sentido, por lo que se refiere al Acuerdo de Contratación Pública, las licitaciones públicas efectivamente cubiertas representan apenas un 20 % de los fondos totales destinados a contratación, de acuerdo con los [datos proporcionados por la Unión Europea a la Organización Mundial del Comercio \(OMC\)](#).

7 Así, mientras que Italia y Bélgica han exigido tradicionalmente el origen de un Estado parte de un acuerdo internacional, otros países, como Hungría y Austria, dejan discreción total al poder adjudicador para decidir si se admiten operadores ajenos a convenios internacionales.

8 De acuerdo con el régimen contenido en el artículo 68 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE, núm. 272, 09.11.2017).

9 Antes de la adopción de medidas vinculantes, la Unión Europea puso de manifiesto las herramientas de las que disponían los Estados miembros para afrontar los retos planteados por los licitadores, bienes y servicios de terceros países por medio de la Comunicación de la Comisión Europea. “[Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE](#)” (DOUE C, núm. 271, 13.08.2019).

concesiones de terceros países (DOUE, núm. 173, 30.06.2022, pp. 1-16), más conocido como Instrumento de Contratación Internacional (ICI).

Este novedoso instrumento se configura en torno a la aplicación de una serie de medidas restrictivas que, habilitadas por la Comisión Europea, afectan a los licitadores, bienes y servicios originarios de Estados que restringen la participación de licitadores, bienes y servicios de la Unión. Con ello, se pretende tanto una mejora de la competitividad de la producción europea –que evite deslocalizaciones– como un progresivo reforzamiento del mercado interior.

En vista de esta realidad, el presente trabajo va a centrarse en el análisis de este tipo de medidas restrictivas, así como de diversas cuestiones controvertidas que acompañan a su establecimiento. Para ello, se comenzará por abordar el encaje del Instrumento de Contratación Internacional atendiendo a su singular ámbito de aplicación (2). A continuación, se desgranarán las circunstancias que permiten la adopción de las medidas restrictivas por la Comisión Europea (3). Por último, se tratará el contenido específico de dichas medidas (4) y las situaciones que facultan para su eventual inaplicación (5).

2 Encaje de las medidas vinculadas al Instrumento de Contratación Internacional

En primer lugar, se va a analizar cuál es el encaje jurídico de las medidas restrictivas vinculadas al Instrumento de Contratación Internacional. Para ello, se tratará la base competencial que ha permitido articular este mecanismo, así como su complejo ámbito de aplicación, determinando qué espacios pueden quedar para la intervención de los Estados miembros.

2.1 Base competencial y ámbito de aplicación

El Reglamento (UE) 2022/1031 supone una novedad en la intervención de la Unión Europea sobre la participación de licitadores, bienes y servicios extranjeros en los procedimientos de contratación pública. Hasta su aprobación, los Estados miembros contaban con una total libertad para articular respuestas en ausencia de acuerdos internacionales, siendo las medidas de la Unión escasas y fragmentarias.

Como ejemplo de intervención comunitaria previa, puede hacerse referencia a los artículos 85 y 86 de la Directiva 2014/25/UE, que permiten imponer ciertas medidas restrictivas frente a terceros países en los sectores especiales regulados por la referida directiva.¹⁰ En este sentido, por ejemplo, cabe el directo rechazo de ofertas presentadas para contratos de suministros, siempre y cuando la proporción de productos originarios de terceros países no cubiertos por un acuerdo internacional de contratación supere el 50 % del valor total de los productos constitutivos de la oferta.

Frente a estas vías parciales, el ICI contiene una aproximación general y completa a la problemática de las licitaciones no amparadas por convenios internacionales. Esta solución, además, es común en toda la Unión, pues tiene vocación de aplicarse a los procedimientos de contratación que tramiten los distintos poderes adjudicadores de todos los Estados miembros.

Para un alcance tan amplio, el Instrumento de Contratación Internacional se apoya en una sólida base competencial, como es la prevista en el artículo 3, apartado 1, letra e) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que recoge la competencia exclusiva de la Unión en relación con la política comercial común. Esta política comercial común abarca las medidas de protección comercial, entre las que se incluyen las respuestas frente a los licitadores, bienes o servicios de Estados que imponen restricciones a la Unión.¹¹

10 Dichos preceptos han sido transpuestos en nuestro ordenamiento por medio del artículo 70 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores (BOE, núm. 31, 05.02.2020).

11 La política comercial común abarca, entre otras cuestiones, las medidas de protección comercial, de acuerdo con el artículo 207.1 del TFUE. En particular, que las medidas sobre acceso de operadores, bienes y servicios extranjeros a las licitaciones públicas se enmarcan en la política comercial común se pone de manifiesto expresamente en el considerando núm. 3 del Reglamento (UE) 2022/1031 y en la Declaración de la Comisión sobre competencia exclusiva relativa al Reglamento UE 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE C, núm. 248, 30.06.2022).

Partiendo de esta base, que, como veremos, plantea algunos problemas para la intervención de los legisladores nacionales, se ha definido un ámbito de aplicación amplio para las medidas contenidas en el reglamento. Pese a su amplitud, existen relevantes limitaciones que conviene poner de manifiesto.

En primer lugar, los destinatarios del Instrumento de Contratación Internacional son los Estados miembros, resultando excluida la Administración de la Unión.¹² En consecuencia, las instituciones y los organismos comunitarios continuarán aplicando su propio régimen, sin perjuicio de que se prevea una futura reforma de este.¹³ Este extremo puede resultar reprochable, pues parece que la respuesta frente al cierre de los mercados de contratación pública internacionales no habría de depender de la condición nacional o europea del ente adjudicador considerado, ofreciéndose una posición más sólida si las medidas fuesen compartidas.

En segundo término, puesto el foco en los Estados miembros, las medidas contenidas en el Instrumento de Contratación Internacional no se refieren a licitaciones de cualquier ente contratante. Así, dichas medidas se aplicarán únicamente a los procedimientos de contratación desarrollados por sujetos que tengan la condición de poder adjudicador o de entidad adjudicadora, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de la Unión.¹⁴ En consecuencia, otros sujetos distintos de los anteriores quedan exentos, como acontece en el caso español para los entes que, estando integrados en el sector público, no cumplen los requisitos para tener la condición de poder adjudicador.

A su vez, el Reglamento (UE) 2022/1031 resulta aplicable a los procedimientos de contratación pública que quedan cubiertos por las distintas directivas comunitarias de contratación: la Directiva 2014/23/UE, la Directiva 2014/24/UE y la Directiva 2014/25/UE.¹⁵ Por tanto, los procedimientos que aparecen excluidos en dichas disposiciones no se verán sometidos a las medidas propias del Instrumento de Contratación Internacional, como acontece en el caso de los negocios patrimoniales, ciertos servicios jurídicos y los negocios relacionados con instrumentos financieros.

En relación con el sometimiento a las directivas de contratación, se plantea la fijación de limitaciones de tipo económico. Sobre este particular, no rigen los umbrales económicos generalmente considerados para determinar si un contrato es armonizado y si, en consecuencia, se somete plenamente a la regulación comunitaria.¹⁶ Al contrario, las medidas vinculadas al Instrumento de Contratación Internacional se aplicarán exclusivamente para contratos que superan, de largo, los importes armonizados. Así, los valores estimados mínimos que permiten a la Unión ejecutar restricciones son de 15.000.000 de euros, excluido el IVA, en el caso de obras y concesiones, y de 5.000.000, IVA excluido, en el caso de suministros y servicios.¹⁷

Estos umbrales operan como mínimos que facultan a la Unión para adoptar medidas frente a licitadores, bienes y servicios extranjeros, de modo que los contratos de valor estimado inferior quedan exentos de ellas. Sin embargo, caso por caso, podrán fijarse umbrales superiores para las medidas que se adopten, de modo que las restricciones pueden reservarse para contratos de gran calado.

Así, se observa como la Unión se inhibe para contratos de cuantías para nada desdeñables. A este respecto, si bien es cierto que los operadores originarios de terceros países no acostumbran a concurrir a contratos europeos de pequeñas dimensiones, no acontece lo mismo para los productos importados, que perfectamente se integran en las proposiciones presentadas a licitaciones de reducido importe. En consecuencia, en vista de

12 Hace alusión a este extremo el considerando núm. 33 del Reglamento (UE) 2022/1031, sin perjuicio de que en este se aconseje una reflexión sobre la extensión del ámbito de aplicación a las instituciones y los organismos de la Unión.

13 La regulación sobre las licitaciones de las instituciones y organismos de la Unión se contiene en el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (DOUE, núm. 193, 30.07.2018).

14 Así, el artículo 1.2 del Reglamento (UE) 2022/1031 dispone que este se aplica a los procedimientos de contratación pública relativos a la Directiva 2014/23/UE, la Directiva 2014/24/UE y la Directiva 2014/25/UE, cuyos ámbitos subjetivos alcanzan a poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras. Igualmente, al regular las medidas restrictivas que puede adoptar la Unión, el artículo 6.8 del Reglamento (UE) 2022/1031 alude a su aplicación a poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras.

15 En virtud del artículo 1.2 del Reglamento (UE) 2022/1031.

16 El sometimiento a los umbrales de la contratación armonizada se deduciría de la aplicación a los procedimientos para los que rigen las directivas de contratación, en virtud del artículo 1.2 del Reglamento (UE) 2022/1031.

17 De acuerdo con el artículo 6.4 del Reglamento (UE) 2022/1031.

la eficacia práctica que tengan las medidas, podría proceder un replanteamiento de estas cantidades, cabiendo su reconducción a los umbrales armonizados habitualmente considerados.

Por otra parte, en cuanto a las restricciones al ámbito de aplicación del ICI, ha de tenerse en cuenta que sus medidas no se aplican frente a licitadores, bienes o servicios originarios de Estados que sean parte del Acuerdo de Contratación Pública o de otro acuerdo comercial de la Unión, siempre y cuando nos encontremos ante procedimientos de contratación efectivamente cubiertos por dichos acuerdos.¹⁸ En estos casos, se estará a los medios de consulta y resolución de controversias que se hayan previsto expresamente al efecto. Por el contrario, si una licitación no cumple con los requisitos económicos, subjetivos u objetivos para ubicarse bajo el paraguas de un acuerdo internacional, podrán aplicarse medidas propias del ICI.

Por último, aunque no rija un acuerdo bilateral o multilateral, el Instrumento de Contratación Internacional no se utilizará para limitar la participación de licitadores, bienes y servicios originarios de países menos desarrollados integrados en el régimen “Todo menos armas”, que abarca diversos Estados asiáticos y africanos.¹⁹ Ello será en aras de fomentar el progreso de sus economías. Frente a estos países en vías de desarrollo, solamente se adoptarán restricciones si se observase que, por medio de dichos Estados, se produce una elusión de las medidas impuestas sobre los operadores, bienes o servicios de otros Estados.

2.2 El desplazamiento de las respuestas tradicionales de los Estados miembros

Habida cuenta de las distintas exclusiones que afectan al ámbito de aplicación del Instrumento de Contratación Internacional, se plantearía la cuestión de si los distintos Estados miembros pueden establecer restricciones complementarias en aquellos espacios no expresamente cubiertos por las medidas comunitarias. Igualmente, se cuestionaría la vigencia de los mecanismos orientados a limitar la participación de operadores, bienes o servicios extranjeros que han regido hasta la fecha en los Estados miembros, como en el caso de España.

Acerca de estas consideraciones, en primer término, siempre y cuando nos encontremos dentro del ámbito de aplicación del ICI, no cabrá que los Estados miembros establezcan medidas paralelas a las ya recogidas en la regulación comunitaria; por una parte, porque estas medidas nacionales podrían resultar incompatibles con las europeas y, por otro lado, porque el establecimiento de otras herramientas socavaría la posición común que pretende la Unión Europea.

A su vez, esta limitación obedecería a la aprobación de una disposición comunitaria en un ámbito donde la Unión tiene competencias, con lo que, en aplicación del principio de primacía, la legislación interna quedaría desplazada. El tipo de disposición adoptada –un reglamento y no una directiva– también es una clara muestra de la voluntad de alcanzar un mayor grado de uniformidad y de evitar posturas diferenciadas en los distintos Estados miembros.

No obstante, planea todavía la cuestión de si los Estados miembros podrían establecer medidas restrictivas nacionales fuera del ámbito de aplicación del Instrumento de Contratación Internacional, por ejemplo, por debajo de sus umbrales económicos, para negocios jurídicos excluidos o para las licitaciones de los sujetos que no cumplen los requisitos para ser poder o entidad adjudicadora.

Para responder a esta cuestión, va a ser esencial conocer qué tipo de competencia está ejecutando la Unión Europea. Si se tratase de una competencia compartida –como la vinculada al reforzamiento del mercado interior–, la aplicación del principio de subsidiariedad permitiría que la acción de la Unión se limitase a la consecución de objetivos que no pueden lograr los Estados miembros por sí solos, de modo que dichos Estados miembros tendrían la posibilidad de ejecutar políticas nacionales en los espacios no cubiertos por la Unión.²⁰

18 Las medidas del Instrumento de Contratación Internacional afectarían únicamente a las licitaciones no cubiertas por acuerdos internacionales sobre contratación pública, según recuerdan el considerando núm. 7 y el artículo 2.1.k) del Reglamento (UE) 2022/1031.

19 Según se dispone en el artículo 4 del Reglamento (UE) 2022/1031. Para determinar los Estados afectados por esta exención habrá de estarse a lo previsto en los anexos del Reglamento (UE) núm. 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas, que aluden a diversos Estados, principalmente africanos y asiáticos (DOUE, núm. 303, 31.10.2012, pp. 1-82). A la vista de esta exclusión, parece que el ICI estaría pensado, primordialmente, para operar frente a las competitivas economías de Estados ubicados en el sudeste asiático.

20 Principio de subsidiariedad contenido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Sin embargo, en relación con el ICI, la Unión Europea ha hecho uso de una competencia de carácter exclusivo, como es la vinculada a la política comercial común.²¹ Esta política comercial abarca, con carácter general, tanto el comercio internacional de productos como el de servicios.²² Al tratarse de una competencia exclusiva, se descarta la aplicación del principio de subsidiariedad,²³ de modo que solamente la Unión puede legislar en la materia.²⁴ Eso sí, como viene siendo habitual en el ámbito comunitario, la ejecución de las normas de la Unión continúa correspondiendo a las autoridades nacionales.

Las vías para que los Estados miembros puedan disponer normas en estos ámbitos de competencia exclusiva son limitadas. Por una parte, pasan por que la Unión los faculte específicamente para ello, cosa que no ha ocurrido en el Reglamento (UE) 2022/1031, donde no figura la posibilidad de una regulación nacional independiente.²⁵

Por otro lado, cabe la regulación nacional de forma transitoria, siempre que la Unión no haya ejercido efectivamente su competencia exclusiva.²⁶ Esta era la situación vigente hasta la aprobación del ICI, con una legislación nacional que suplía el vacío dejado por la inacción comunitaria. Sin embargo, una vez que la Unión ha procedido a hacer uso de sus legítimas competencias exclusivas, el espacio ocupado transitoriamente por los Estados miembros desaparece.

A falta de la concurrencia de alguna de estas excepciones, podría llegarse a una conclusión radical, como es el desplazamiento de la legislación interna que, hasta la fecha, venía disciplinando la participación en las licitaciones de los operadores, bienes y servicios de Estados terceros (Esteban Ríos, 2022a).²⁷ No obstante, debería delimitarse qué alcance material tiene en este ámbito la competencia en materia de política comercial común, a fin de determinar si dicho desplazamiento, por ejemplo, afecta a cualquier licitación pública, solamente a las licitaciones conducidas por poderes adjudicadores o únicamente a las licitaciones no excluidas de las directivas.

Al respecto, la Comisión Europea parece haber optado por una posición maximalista, afirmando expresamente, con base en un dictamen del Tribunal de Justicia,²⁸ que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán ninguna medida de aplicación general que regule el acceso de los operadores económicos, productos y servicios de terceros países aparte de las que se aplican de conformidad con el Instrumento de Contratación Pública o con otros actos legislativos de la Unión.²⁹ Esta conclusión derivaría de entender que las medidas de protección

21 En este sentido, el artículo 207.2 del TFUE faculta para la emisión de disposiciones de derecho derivado en materia de política comercial común, yendo más allá de la conclusión de acuerdos comerciales prevista originalmente en el artículo 133 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

22 La competencia exclusiva en cuanto a mercancías se ha reconocido, con algunos matices, desde antiguo, siendo muestra el dictamen 1/75 del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1975. Por el contrario, la jurisprudencia comunitaria excluía una gran mayoría de los servicios de esta política comercial común e incluía únicamente aquellos prestados sin desplazamiento de personas. Dicho enfoque restrictivo ha sido sustituido –mediante el artículo 207 del TFUE, que deriva en gran medida de la versión de Niza de los tratados– extendiéndose la competencia exclusiva de la Unión tanto a bienes como a servicios, con algunas excepciones, como acontece en el caso de los servicios de transporte, de acuerdo con el artículo 207.5 del TFUE. Para atender al actual alcance en materia de servicios, pueden consultarse los dictámenes del Tribunal de Justicia 2/15, de 16 de mayo de 2017, apartados del 54 a del 57, y 1/2008, de 30 de noviembre de 2009, apartados 118 y 119.

23 De acuerdo con el artículo 2.1 del TFUE.

24 En cuanto a las características propias de las competencias exclusivas y al desplazamiento del poder nacional que estas implican, pueden consultarse Martín y Pérez de Nanclares (2002), Mangas Martín (2020), Martínez López (2007, pp. 33-37) e Hinojosa Martínez (2006). Desde el punto de vista jurisprudencial, puede hacerse referencia a la clásica sentencia 804/79 del Tribunal de Justicia, de 5 de mayo de 1981, de la Comisión contra Reino Unido, apartado 18.

25 Según se prevé expresamente en el artículo 2.1 del TFUE. En este sentido, la doctrina entiende que esta habilitación ha de ser expresa y compatible con los objetivos pretendidos en los tratados, como apunta desde antiguo Martín y Pérez de Nanclares (1997, p. 155).

26 Transitoriedad recogida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1976, asuntos acumulados 3, 4 y 6-76, Cornelis Kramer y otros, apartados del 30 al 39.

27 Recuérdese que la aprobación de normas de la Unión no supone la nulidad de las disposiciones nacionales que las anteceden, sino el desplazamiento y la inaplicación de estas últimas. En el caso español, ello afectaría, por ejemplo, a lo previsto en el artículo 68 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

28 Así, la Comisión Europea hace referencia al dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia, de 16 de mayo de 2017, apartados del 75 al 77.

29 De acuerdo con la Declaración de la Comisión sobre competencia exclusiva relativa al Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo, que por su interés y concisión se transcribe íntegra:

comercial vinculadas a la política comercial común no abarcarían solamente los poderes adjudicadores o los contratos armonizados, sino cualquier adquisición relacionada con licitadores, bienes o servicios extranjeros.

La Comisión se muestra tajante respecto de las posibilidades de intervención de los Estados miembros. Sin embargo, es probable que surja el cuestionamiento desde dichos Estados, que estarán interesados en mantener algún tipo de restricción fuera de los límites del Instrumento de Contratación Internacional. De hecho, habida cuenta de la compleja delimitación histórica del alcance de la política comercial común,³⁰ no debería descartarse la impugnación de las previsiones del ICI –en relación con su base competencial– a fin de conocer cuál es la auténtica extensión que la normativa de la Unión puede tener en la materia.³¹

De hecho, su implementación de máximos parece contravenir la finalidad pretendida por el Reglamento (UE) 2022/1031, centrada en la lucha contra la competencia desleal y en el fomento de la reciprocidad respecto de otros Estados extranjeros. Así, si se siguiese dicha orientación amplia, se produciría una apertura total por debajo de los umbrales económicos o en relación con los sujetos no cubiertos, sin que cupiese establecer ningún tipo de restricción ante los operadores, bienes o servicios de Estados que mantienen cerrados sus mercados de contratación pública. Ello afectaría a una parte muy relevante de los fondos totales destinados a licitaciones públicas.

En particular, la situación sería especialmente gravosa en el lapso de tiempo que media entre la entrada en vigor del Instrumento de Contratación Internacional y la efectiva aprobación y aplicación de las medidas restrictivas amparadas por este.³² Durante este periodo, la legislación interna se vería desplazada, pero no regiría restricción comunitaria alguna, por lo que se abriría una oportunidad para la indeseada penetración de operadores o prestaciones de origen extranjero (Esteban Ríos, 2022a).

Habida cuenta de lo anterior, quizás procedería una interpretación correctora, de manera que se permitiese el mantenimiento de soluciones nacionales para las licitaciones de aquellos sujetos que no tienen la condición de poder adjudicador o de entidad adjudicadora, o en el caso de licitaciones excluidas de la aplicación de las directivas –por referirse a negocios jurídicos distintos de contratos o concesiones–. En estos ámbitos, estaríamos conceptualmente alejados de las licitaciones públicas sobre las que pretende incidir el ICI, por lo que podría difuminarse el alcance de la competencia exclusiva concernida. Distinta sería, tal vez, la situación de aquellas licitaciones que, siendo conducidas por poderes adjudicadores y no estando referidas a negocios excluidos, quedan por debajo de los umbrales cuantitativos del ICI. En estos casos, el hecho diferencial que lleva a la no aplicación del ICI sería únicamente económico, de manera que estaríamos ante procedimientos de contratación que no son materialmente ajenos al legislador de la Unión.

En cualquier caso, para evitar problemas interpretativos, habría sido de interés que la respuesta común europea hubiese previsto expresamente la posibilidad de que los Estados miembros mantuviesen políticas de protección individuales en los ámbitos no cubiertos o que, en su defecto, dicha respuesta uniforme se hubiese extendido a cualquier licitación pública. Sea como fuere, relativizando la problemática, lo cierto es que las licitaciones públicas con umbrales económicos reducidos cuentan con bajas tasas de participación y adjudicación a operadores no nacionales.³³

Como se confirma en el Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia, la participación de operadores económicos, productos y servicios de terceros países en los procedimientos de contratación pública de la Unión entra en el ámbito de aplicación de la política comercial común, para la que, como se indica explícitamente en el artículo 3, apartado 1, letra e), del TFUE, la Unión tiene competencia exclusiva. Por consiguiente, los Estados miembros y sus entidades y poderes adjudicadores no adoptarán ni mantendrán ninguna medida legislativa o de otro tipo de aplicación general que regule el acceso de los operadores económicos, productos y servicios de terceros países más allá de las que se aplican de conformidad con el presente Reglamento y con otros actos legislativos de la Unión.

Entre los otros actos legislativos de la Unión en la materia, podría hacerse referencia a los artículos 85 y 86 de la Directiva 2014/25/UE, previamente analizados.

30 Acerca de esta evolución, al margen de las consideraciones incluidas en la nota 22, se recomienda la consulta de Freudlsperger (2021).

31 Puede que los Estados miembros se amparen en lo previsto en el artículo 207.6 del TFUE, que desliga la política comercial común de la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros en otras materias.

32 Este periodo, como veremos al analizar el procedimiento para la aprobación de estas medidas, puede ser relativamente prolongado.

33 En este sentido, analizando los contratos de construcción, para los que puede existir cierto mercado internacional, se observa

2.3 El margen restante para la intervención nacional

Por lo demás, debe recordarse que los Estados miembros no se ven completamente desapoderados en lo tocante a la promoción de la reciprocidad. A este respecto, estos mantienen una herramienta relevante, aunque de naturaleza indirecta. Me refiero a la posibilidad de configurar los pliegos de modo que condicionen el acceso de operadores, bienes y servicios originarios de Estados con procesos productivos no sometidos a los mismos requisitos vigentes en el mercado interior (Esteban Ríos, 2022a).

Sobre esta cuestión, en primer lugar, para lograr un mayor equilibrio entre los bienes y servicios europeos y los originarios de Estados terceros, debe ponerse el foco en la exigencia de elevados niveles de calidad a las prestaciones requeridas. Y es que será habitual que los procesos productivos de algunos Estados permitan obtener soluciones funcionales con un precio inferior, si bien a costa de reducir la calidad de las prestaciones. Frente a esta realidad, ha de reforzarse la perspectiva estratégica de la contratación pública, poniéndose el foco sobre el valor y no únicamente sobre la valoración del precio (Gimeno Feliu, 2006, p. 47).

A su vez, los Estados miembros y sus entes contratantes pueden fomentar la utilización de factores medioambientales, sociales y laborales, ya sea como prescripciones técnicas, como criterios de adjudicación de los contratos o como exigencias vinculadas a su ejecución.³⁴ En este sentido, si bien el compromiso nacional y comunitario con la protección del medio ambiente, los trabajadores o ciertos colectivos desfavorecidos es claro, la situación puede variar en gran medida fuera de los límites de la Unión.³⁵

Con este tipo de previsiones, se aseguraría que los licitadores, bienes y servicios de la Unión y los originarios de terceros países se someten a normas y requisitos que, a falta de ser idénticos, son, al menos, equivalentes. Ello se revela fundamental para garantizar que la imposición de deberes exigentes en materia de calidad, seguridad, medio ambiente y derechos sociales no lastra en exceso la competitividad de nuestras economías (Esteban Ríos, 2022b).

3 Circunstancias que habilitan para la adopción de medidas del Instrumento de Contratación Internacional

Determinado el ámbito de aplicación del Instrumento de Contratación Internacional, hemos de conocer qué circunstancias permiten adoptar las medidas que prevé.

En este sentido, para que pueda adoptarse una medida de tipo restrictivo contra los operadores, bienes o servicios de un tercer país –conocidas como medidas ICI–,³⁶ lo fundamental será que se aprecie algún tipo de barrera erigida en dicho tercer país frente a los operadores, bienes o servicios originarios de la Unión que pretendan participar en contratos públicos o concesiones. Esta labor de análisis corresponde a la Comisión, que podrá actuar tanto de oficio como a instancia de un Estado miembro o de un interesado de la Unión. No obstante, como veremos, no cualquier medida o práctica de contratación pública discriminatoria o restrictiva desembocará necesariamente en una medida ICI.

Por una parte, se opta por una concepción muy amplia de medida o práctica que pueda afectar a los operadores, bienes y servicios de la Unión, incluyendo cualquier medida, práctica o procedimiento legislativo, reglamentario o administrativo, o una combinación de estos, que adopten o mantengan las autoridades públicas, los poderes

como las adjudicaciones a operadores no nacionales rondan apenas el 2% de los contratos totales, ascendiendo dicho porcentaje a un 4,5% en el caso de los contratos de valor superior a un millón de euros. Cifras brindadas por el informe, relativo a 15 países de Europa occidental, de Berglind et al. (2018, p. 9).

34 A este respecto, pueden consultarse Gallego Córcoles (2017), Gimeno Feliu (2020) y Medina Arnáiz (2019).

35 Sobre este asunto, por ejemplo, la comunicación de la Comisión Europea “El Pacto Verde Europeo”, de 11 de diciembre de 2019 (COM [2019] 640 final) o la ya citada comunicación “Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE” (2019/C 271/02).

36 Denominación adoptada por el artículo 2.1.j) del Reglamento (UE) 2022/1031.

adjudicadores o las entidades adjudicadoras de un tercer país en cualquier ámbito.³⁷ Se abarca, por tanto, cualquier tipo de intervención –normativa o administrativa– con independencia de su configuración formal.³⁸

Esta amplitud contrasta con otro requisito exigido, como es que dichas medidas o prácticas dificulten de forma grave y recurrente el acceso de los operadores, bienes o servicios de la Unión.³⁹ Por tanto, se ha de dificultar el acceso, pero han de concurrir dos características cumulativas adicionales: la gravedad y la recurrencia. Las restricciones han de ser, por un lado, graves, no bastando cualquier traba menor que pudiera salvarse sin excesivo esfuerzo. A este respecto, se hace singular hincapié en la transparencia –esencial para el fomento de la concurrencia–, observándose si la regulación contractual del país considerado asegura una transparencia acorde a las normas internacionales.⁴⁰ Asimismo, las restricciones han de ser recurrentes, reiteradas en el tiempo, sin que sea suficiente una limitación puntual apreciada en un procedimiento aislado.

La constatación de ambas características de las restricciones resultará problemática, pues estas se configuran como conceptos jurídicos indeterminados, cuya efectiva concurrencia deberá evaluarse caso por caso. En este sentido, como se adelantó, la evaluación corresponde a la Comisión Europea, siendo controvertido que esta labor –en la que estará presente un margen de apreciación elevado– pudiera desarrollarla un organismo de la Unión no previsto en los Tratados.⁴¹

A su vez, no basta con que se restrinja de forma grave y recurrente el acceso a operadores, bienes y servicios de la Unión, condiciones mínimas que han de concurrir en todo caso. Además, será necesario que la adopción de medidas limitativas en respuesta redunde en interés de la Unión Europea.⁴² La determinación de que una medida ICI redunde en interés de la Unión se basará en el análisis de toda la información disponible y en una valoración de los diferentes intereses afectados, incluyendo los propios de los operadores económicos de la Unión.⁴³

La consideración de que una medida determinada favorezca el interés de la Unión deriva de un juicio complejo, pues dicho interés –integrado por un conjunto de otros intereses– parece singularmente etéreo. Ante esta dificultad se ha optado por atribuir el papel enjuiciador a la Comisión Europea, que, dentro de lo arduo de la tarea, estará en la mejor situación posible, pues es la que asume el rol constitucional de promover el interés general de la Unión.⁴⁴ En este sentido, la decisión que finalmente adopte la Comisión será difícil de cuestionar, pues la institución dispondrá de un elevado margen de discreción en su valoración, procediendo una corrección judicial solamente en casos de clara desviación.

En cualquier caso, junto con otros intereses vinculados al interés general de la Unión, el Instrumento de Contratación Internacional hace referencia expresa al logro de algunos objetivos –a los que se deberá prestar especial atención–.⁴⁵ Por una parte, se atenderá al objetivo general de lograr la reciprocidad en la apertura de los mercados de terceros países, donde va a tener singular peso la apreciación de si existen

37 De acuerdo con la definición contenida en el artículo 2.1.i) del Reglamento (UE) 2022/1031.

38 Entrarían en la definición las prácticas administrativas que suelen aplicarse en el marco de las licitaciones públicas, aunque no cuenten con cobertura normativa. No obstante, en estos casos pueden surgir mayores problemas cuando deban probarse.

39 Requisito contenido en el artículo 2.1.i) del Reglamento (UE) 2022/1031.

40 Se pone el foco en la transparencia en el considerando núm. 14 del Reglamento (UE) 2022/1031.

41 Esta limitación deriva de la conocida como jurisprudencia Meroni, con origen en la sentencia 9/56 del Tribunal de Justicia, de 13 de junio de 1958, Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA, contra Alta Autoridad de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero. Dicha sentencia sostiene, en cuanto a la asignación de poderes a sujetos que no gozan de reconocimiento en los tratados, que “(...) sólo pueden referirse a facultades de ejecución, exactamente definidas, y totalmente controladas en el uso que se hace de ellas”. No cabría, por tanto, asignar a sujetos no previstos en los tratados –como una agencia– funciones en cuyo ejercicio haya un elevado margen de apreciación. En cualquier caso, para aproximarse a esta línea jurisprudencial y a sus recientes matices, pueden consultarse García-Álvarez García (2014), Pelkmans y Simoncini (2014) y Simoncini (2015).

42 Requisito contenido en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2022/1031.

43 De acuerdo con el artículo 6.2 del Reglamento (UE) 2022/1031.

44 Recuérdese que esta institución es a la que se encomienda la promoción del interés general de la Unión, de acuerdo con el artículo 17.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

45 A efectos interpretativos puede ser de interés la consulta del considerando núm. 20 del Reglamento (UE) 2022/1031, que alude a los objetivos e intereses a valorar.

posibilidades de concluir un acuerdo internacional que mejore las oportunidades de acceso al mercado para los operadores económicos de la Unión. Por otro lado, también ha de tenerse en cuenta un objetivo adicional, limitar cualquier carga administrativa innecesaria para los entes contratantes y los operadores económicos, pues el cumplimiento de las medidas ICI implica la presentación de documentos y la ejecución de trámites administrativos adicionales.

4 Contenido de las medidas del Instrumento de Contratación Internacional

Ante la concurrencia de las circunstancias previamente referidas, procedería la adopción de las medidas restrictivas previstas en el ICI. Sin embargo, la adopción de dichas medidas, como no puede ser de otra manera, ha de venir precedida por un procedimiento administrativo contradictorio tramitado por la Comisión Europea.⁴⁶ Este procedimiento servirá para comprobar si efectivamente se dan los requisitos habilitantes y para determinar cuál ha de ser el concreto contenido de las medidas.

Si, tras la investigación desarrollada, se determina que existen prácticas restrictivas en un tercer país, la Comisión podrá adoptar una medida ICI mediante un acto de ejecución en caso de que ello redunde en interés de la Unión. A este respecto, será fundamental conocer cuál puede ser el contenido de estas medidas y cómo estas afectan negativamente a los operadores, bienes o servicios de Estados terceros.

En relación con estas medidas, ha de partirse de una premisa esencial. Y es que, a diferencia de lo que acontece para los Estados miembros o para los Estados cubiertos por acuerdos internacionales, los operadores, bienes o servicios de terceros países no tienen garantizado el acceso a los procedimientos de contratación pública en la Unión Europea.⁴⁷ La ausencia de esta garantía de participación habilita para la adopción de distintas técnicas, que pueden consistir en la penalización o en la exclusión de dichos operadores, bienes o servicios extranjeros.

En el caso del Instrumento de Contratación Internacional, las medidas restrictivas han explorado diversas posibilidades, centradas principalmente en la situación de los operadores originarios de Estados terceros, aunque también se han establecido algunas previsiones que afectan a los bienes o servicios.⁴⁸

4.1 Medidas restrictivas que afectan a los operadores económicos de terceros países

En primer término, como se ha puesto de manifiesto, el principal impacto de las medidas ICI se relaciona con la situación de los operadores económicos originarios de países terceros que mantienen restricciones frente a los operadores, bienes y servicios de la Unión.

A este respecto, antes de atender a las medidas específicas que pueden adoptarse, será esencial conocer cómo va a determinarse el origen de un licitador a los efectos de ubicarlo o no en el ámbito de las restricciones.⁴⁹ A tal efecto, las personas físicas se considerarán originarias del país del que sean nacionales o del país en el que tengan su residencia permanente. Por su parte, las personas jurídicas se entenderán originarias del país con arreglo a cuyas leyes estén constituidas u organizadas, siempre y cuando desarrollen operaciones comerciales sustantivas en dicho país. Por el contrario, si en dicho país no se ejercieran operaciones comerciales sustantivas, el origen será el de aquella persona o personas que tengan, directa o indirectamente, una influencia dominante sobre la persona jurídica.⁵⁰ Esta regla adicional pretende evitar la elusión de las medidas ICI que puedan adoptarse por medio de la creación de entidades sin verdadera operativa en Estados no afectados por dichas medidas.

46 La regulación procedimental se recoge en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2022/1031.

47 En estos casos no habría cobertura de las libertades de los tratados ni del derecho internacional, desapareciendo la garantía de participación según recuerdan las previamente citadas Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE (2019/C 271/02) (p.4).

48 Pese a que las medidas ICI pretenden extenderse tanto a los operadores como a los bienes y servicios de terceros países, lo cierto es que su núcleo se refiere exclusivamente a las ofertas que presenten los operadores económicos extranjeros. Para apreciar esta asimetría entre fines y el contenido real de las medidas, puede consultarse el artículo 6.6 del Reglamento (UE) 2022/1031.

49 El origen de los operadores económicos se determina de acuerdo con el artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1031.

50 Esta influencia dominante se determina en función de distintos factores contenidos en el artículo 3.1.b) del Reglamento (UE) 2022/1031.

Si varios operadores económicos se agrupasen para concurrir a una licitación, se produciría una suerte de *contaminación*, de modo que, si uno de dichos operadores es originario de un país al que se aplican medidas ICI, la medida se trasladará también a la oferta que presente el grupo. A modo de excepción, no se aplicará la medida ICI si la participación del operador afectado supone menos del 15 % del valor de la oferta, salvo que dicho sujeto sea singularmente relevante por ser necesario para cumplir la mayor parte de uno de los criterios de selección que rijan en el procedimiento.⁵¹

Se observa como la determinación de este origen puede ser bastante compleja para el ente de contratación competente, lo que exigirá dotar de formación específica a sus integrantes y asegurarles los recursos necesarios para llevar a cabo eventuales averiguaciones.⁵² En este sentido, a fin de facilitar la labor administrativa, durante el procedimiento de contratación podrá solicitarse al operador económico que presente, complemento o aclare información o documentación destinada a verificar el origen. En caso de que no se facilite esta información sin causa justificada, dificultando en gran medida la oportuna verificación, procederá una represalia de calado relevante, como es la exclusión del operador.

En relación con los operadores económicos originarios de un país que aplique restricciones a los empresarios, bienes o servicios de la Unión, la medida ICI que se adopte podrá contener dos tipos de intervención, vinculando a los poderes adjudicadores que hayan de aplicarla.⁵³

Por una parte, la medida ICI podrá imponer ajustes –a la baja– en las puntuaciones de las ofertas presentadas por los operados originarios del Estado concernido, que podrán alcanzar hasta un 50 % de la puntuación obtenida por la oferta.⁵⁴ Este porcentaje se doblará, pudiendo llegar incluso a un 100 %, si el único criterio de adjudicación valorado es el precio o el coste. En segundo lugar, como medida todavía más rigurosa, se prevé la directa exclusión de las ofertas que presenten los operadores económicos originarios del país afectado.

A la hora de decantarse por una u otra alternativa, la Comisión atenderá a dos variables: la proporcionalidad –que habría de tomar como base de comparación la intensidad de las restricciones planteadas en el país de origen– y la eficacia para facilitar el acceso de los operadores, bienes o servicios de la Unión a las licitaciones de dicho país.⁵⁵ En relación con este segundo factor, la Comisión habrá de ponderar si la amenaza de medidas más rigurosas puede mover el ánimo de los Estados que plantean restricciones motivándolos para su eliminación.

La medida que se escoja no afectará necesariamente a todo contrato ubicado dentro del ámbito de aplicación del ICI, pues la Comisión Europea habrá de delimitar su alcance concreto y contenido.⁵⁶ Así, en la medida ICI se deberán especificar cuestiones tales como las categorías de poderes o entidades adjudicadoras que se ven afectadas, las clases de operadores económicos sometidos y las prestaciones incluidas –partiendo del vocabulario común de los contratos públicos–.⁵⁷ Igualmente, se fijarán los umbrales económicos a partir de los cuales regirán las medidas –siempre iguales o superiores a los mínimos regulatorios– y los porcentajes de ajuste de las puntuaciones –en caso de que no se opte por la directa exclusión de los operadores–.

El mayor o menor alcance de las medidas lo determinará caso por caso la Comisión, que dispondrá de un amplio margen de discreción para ello. No obstante, en esta labor de delimitación, la Comisión habrá de

51 A este respecto recuérdese la diferencia entre los criterios de selección y los criterios de adjudicación de los contratos públicos.

52 Acerca de las necesidades de profesionalización de los empleados públicos a los que se encomienda la gestión de la contratación, puede consultarse la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública, y el instrumento de la Comisión ProcurComp^{EU}, el marco europeo de competencias para los profesionales de la contratación pública. Igualmente, estas ideas las han subrayado, entre otros, Gimeno Feliu (2019, pp. 331-336), Rodríguez-Arana (2021) y Sanmartín Mora (2012).

53 Los tipos de medidas aplicables sobre los operadores se contienen en el artículo 6.6 del Reglamento (UE) 2022/1031.

54 La forma de aplicar este ajuste se prevé en el artículo 2.d) del Reglamento (UE) 2022/1031.

55 En virtud del artículo 6.9 del Reglamento (UE) 2022/1031.

56 Esta delimitación se exige en el artículo 6.8 del Reglamento (UE) 2022/1031.

57 A su vez, el artículo 6.5 del Reglamento (UE) 2022/1031 prevé unas reglas especiales que rigen para los contratos adjudicados con arreglo a un sistema dinámico de adquisición o con base en un acuerdo marco. Dichas reglas, de acuerdo con el considerando núm. 22 del referido Reglamento, se orientan a lidiar con la carga administrativa y con una posible doble aplicación de las medidas ICI.

ponderar al menos dos criterios expresamente previstos en la regulación.⁵⁸ En primer término, se estará a la proporcionalidad en relación con la medida o práctica restrictiva aplicada en el país tercero. En segundo lugar, se valorará la disponibilidad de fuentes alternativas de suministro de los bienes o servicios afectados, de modo que se eviten o minimicen los problemas de abastecimiento.

En cualquier caso, una vez que se haya aprobado una medida ICI, esta tendrá una vigencia temporal limitada y expirará a los cinco años de su entrada en vigor, aunque es posible una prórroga por un periodo de cinco años adicionales.⁵⁹ Antes de la expiración de dicho plazo de vigencia, se iniciará un periodo de revisión que podrá llevar a su modificación, sustitución por otra medida o prórroga en los mismos términos. De lo anterior se deduce que las medidas ICI pretenden ser una herramienta de ajuste permanente y que son susceptibles de mantenimiento en caso de que pervivan las circunstancias que las motivaron.

Por último, teniendo en cuenta que la finalidad represiva no es la única presente, cabrá que la Comisión suspenda o retire una medida ICI antes de que concluya su plazo de vigencia.⁶⁰ Ello será posible si el tercer país afectado adopta o se compromete a adoptar medidas correctoras suficientes para eliminar o subsanar las dificultades de acceso de los operadores, bienes o servicios de la Unión a sus mercados de contratación pública. Esta remoción de obstáculos ha de ser efectiva, pues si las medidas correctoras o compromisos asumidos se ejecutan indebidamente, la medida ICI podrá restablecerse en cualquier momento.

4.2 Impacto sobre los bienes y servicios originarios de terceros países

La aprobación de una medida ICI, además de afectar a las ofertas que presenten los operadores originarios del tercer país destinatario, tendrá un impacto directo sobre otros ámbitos y, en particular, sobre los bienes y servicios de dicho Estado.

Así, en caso de que un determinado procedimiento de contratación pública quede bajo el paraguas de la aplicación de una medida ICI –por su objeto, cuantía y ente adjudicador–, los pliegos deberán recoger una serie de obligaciones para el futuro adjudicatario.⁶¹ Dichas obligaciones serán adicionales a las restricciones contenidas en la medida ICI y se aplicarán con independencia del origen del licitador que resulte vencedor.

De este modo, las medidas ICI se asemejarían a una *matrioshka* –o muñeca rusa–, de modo que las restricciones principales –dirigidas a los operadores– contienen en su seno e implican necesariamente la aplicación de otras medidas limitativas adicionales. Resta conocer cuáles son estas limitaciones complementarias que condicionan la actuación de los entes contratantes.

En primer término, se prevé una obligación que pretende evitar la elusión de las medidas ICI. En este sentido, se prohíbe la subcontratación de más del 50 % del valor total del contrato con operadores económicos originarios de terceros países sujetos a medidas ICI.⁶² Con ello, se prevendrían conductas oportunistas, como la utilización de un licitador de un país no penalizado para la presentación de la oferta y la asignación posterior de la ejecución mayoritaria a un operador sí sometido a una medida ICI.

A su vez, se recogen algunas obligaciones para los contratos cuyo objeto comprenda el suministro de bienes –aisladamente o junto con servicios–. En estos contratos, los bienes suministrados o los servicios prestados originarios del tercer país sujeto a la medida ICI no podrán representar más del 50 % del valor total del contrato.

58 Contenidos en el artículo 6.3 del Reglamento (UE) 2022/1031.

59 Las cuestiones vinculadas a la temporalidad de las medidas se regulan en el artículo 6.11 del Reglamento (UE) 2022/1031.

60 De acuerdo con el régimen contenido en el artículo 6.10 del Reglamento (UE) 2022/1031.

61 Estas obligaciones adicionales se contienen en el artículo 8 del Reglamento (UE) 2022/1031. A fin de determinar si estas resultan de aplicación en un determinado procedimiento, habrá de estarse al alcance concreto previsto por la Comisión Europea para la medida ICI. A este respecto, recuérdese que las medidas ICI especificarán qué prestaciones –bienes, servicios o concesiones– quedan incluidas bajo su paraguas, utilizando al efecto el vocabulario común de contratos públicos.

62 A tal efecto, de acuerdo con el artículo 2.1.o) del Reglamento (UE) 2022/1031, se considerará subcontratación la ejecución de una parte de un contrato por parte de un tercero que no incluya la mera entrega de bienes que sean necesarios para la prestación de un servicio.

Para dar cumplimiento a estas obligaciones, será necesario determinar cuál es el origen de las prestaciones. Por lo que se refiere a los productos, habrá de estarse a lo dispuesto en la legislación aduanera de la Unión, de modo que el origen se fijará en el país donde se haya obtenido por entero el producto –si solamente ha intervenido un país– o en el que se haya producido la última transformación o elaboración sustancial económicamente justificada –si ha intervenido más de un país–.⁶³

Por el contrario, en cuanto a los servicios, su origen se determinará en función del origen del operador económico que los preste, atendiendo a los criterios previamente analizados que diferencian entre personas físicas y personas jurídicas.⁶⁴ Por otro lado, la ejecución de obras se equipara a la prestación de servicios a la hora de determinar su origen, de modo que será fundamental, de nuevo, conocer el origen del operador económico.⁶⁵

Conocidas las reglas para determinar el origen de las prestaciones, será especialmente espinoso determinar qué proporción del valor de la oferta debe asignarse a cada producto o servicio incluido, distinguiendo entre sus orígenes, pues el ICI no brinda un criterio a tal efecto. Así, una vez se establezca qué parte de la oferta se integra por productos o servicios de un tercer Estado, habrá de asignarse a dicha parte un valor económico determinado dentro del valor total de la oferta. Para ello, ante el silencio de la regulación, parece que deberá estarse a criterios económicos, propios de la contabilidad analítica, con el eventual apoyo de las reglas empleadas para determinar el valor estimado de los contratos, por poder plantearse su aplicación supletoria.⁶⁶ A este respecto, para facilitar estas complejas labores, el ente adjudicador puede solicitar pruebas a los operadores, a fin de verificar que se cumplen las obligaciones impuestas.

Por último, en relación con estas restricciones en cuanto a la subcontratación o limitación del origen de los bienes y servicios proporcionados, debe tenerse en cuenta que su incumplimiento tiene un efecto limitado. Así, si el operador económico concernido incumple dichos deberes, no se producirá una resolución contractual, sino que se le impondrá una suerte de penalidad.⁶⁷ La infracción conllevará el pago de un cargo proporcional de entre el 10 y el 30 % del valor total del contrato, porcentaje que se determinará en los pliegos. Esta posibilidad de compensar el incumplimiento mediante el pago de una cantidad económica, si bien es rigurosa, puede resultar favorable al operador en caso de que los bienes o servicios extranjeros tengan un precio muy reducido.

5 Excepciones a la aplicación de las medidas del Instrumento de Contratación Internacional

Las medidas ICI, en principio, tienen alcance general, y se aplican a los entes adjudicadores y a los procedimientos de contratación que queden bajo su paraguas. No obstante, se prevén algunas excepciones que permiten soslayar las rigurosas restricciones que se hayan establecido.

En primer término, recuérdese la posibilidad de que la Comisión suspenda o retire una medida ICI antes de vencer su plazo de vigencia en caso de que el tercer país afectado adopte o se comprometa a adoptar medidas correctoras suficientes para eliminar o subsanar las dificultades de acceso de los operadores, bienes o servicios de la Unión a sus mercados de contratación pública.

63 Sometimiento a la legislación aduanera de acuerdo con el artículo 3.4 del Reglamento (UE) 2022/1031, de modo que resulta de aplicación el artículo 60 del Reglamento (CEE) núm. 952/2013. Por su interés, se reproduce dicho último precepto:

1. Se considerará que las mercancías enteramente obtenidas en un solo país o territorio tienen su origen en este país o territorio.
2. Se considerará que las mercancías en cuya producción intervenga más de un país o territorio tienen su origen en aquel en el que se haya producido su última transformación o elaboración sustancial, económicamente justificada, efectuada en una empresa equipada a tal efecto, y que haya conducido a la fabricación de un producto nuevo o que represente un grado de fabricación importante.

64 De acuerdo con el artículo 3.4 del Reglamento (UE) 2022/1031.

65 Según se dispone, aunque con algunos pequeños matices, en el artículo 2.2 del Reglamento (UE) 2022/1031.

66 Recuérdense ciertas previsiones contenidas en el artículo 5 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 101 de la Ley 9/2017.

67 De acuerdo con el artículo 8.1.d) del Reglamento (UE) 2022/1031.

Junto con esta exclusión, como vía de flexibilización, se autoriza a los entes adjudicadores a no aplicar las medidas de ajuste de precios en procedimientos concretos ante la concurrencia de algunas circunstancias justificadoras.⁶⁸ Esta inaplicación tendrá carácter puntual –refirida a un solo procedimiento contractual– y excepcional –procedente únicamente ante una serie de causas tasadas–.

Por una parte, se permite la inaplicación en casos de escasez cuando los requisitos exigidos a las ofertas solamente los cumplen operadores económicos originarios de países sujetos a medidas ICI. Ante esta realidad, parece prudente eludir las restricciones a fin de evitar un nocivo desabastecimiento.

Por otro lado, la dispensa puntual cabrá si concurren razones imperiosas de interés general que la justifican. Dentro de esta cláusula abierta, se ubicarían consideraciones relacionadas con la protección de la salud pública –piénsese en la necesidad de adquirir instrumental médico rápidamente durante la reciente pandemia de la covid-19–, la protección del medio ambiente y la estabilidad presupuestaria.

Ante la existencia de alguna de estas causas de exención, el ente contratante que proceda a aplicarla deberá informar puntualmente a la Comisión Europea acerca de diversos extremos, entre los que se encuentra la motivación detallada de las circunstancias que permiten aplicar la excepción. Sea como fuere, además de la justificación de estos aspectos, parece que la excepción deberá incluirse en el anuncio de licitación que se publica, a fin de que los operadores originarios de Estados afectados por la medida ICI tengan ocasión de conocerla y de concurrir.

Por último, entre las excepciones que permiten desmarcarse de las medidas ICI, aparece una que afecta a ciertos entes contratantes. En este sentido, cada Estado miembro podrá solicitar a la Comisión Europea la exención para un listado de poderes adjudicadores locales que se integren en unidades administrativas con población inferior a 50.000 habitantes.⁶⁹ Parece que, con ello, se pretende evitar una carga burocrática excesiva en pequeñas Administraciones. A este respecto, a la hora de conceder o no la exención, se tendrá en consideración la capacidad administrativa efectiva de los poderes adjudicadores.⁷⁰

Además, esta exención, que se otorgará por un periodo de tres años renovables, solamente procederá si se satisfacen unos determinados umbrales económicos. Así, el valor total de los contratos –situados por encima de los umbrales ICI– que hayan sido adjudicados por entes que no deben quedar exentos ha de superar el 80 % del valor total de los contratos armonizados adjudicados en el Estado miembro en los tres años anteriores.

6 Conclusiones

La aprobación del Instrumento de Contratación Internacional implica una relevante armonización comunitaria de las reglas que se aplican frente a los operadores, bienes y servicios originarios de Estados terceros. Así, en ausencia de un acuerdo internacional en materia de contratación pública, la Comisión Europea se reserva la potestad de establecer medidas restrictivas que afectan al acceso de operadores, bienes y servicios de países que mantienen cerrados sus mercados de contratación a los empresarios europeos.

La dispersa normativa nacional previa –que ofrecía una respuesta no uniforme– se ve desplazada por las reglas de la Unión, que se amparan en la existencia de competencias exclusivas vinculadas a la política comercial común. Sin embargo, los Estados miembros todavía conservan la posibilidad de incidir indirectamente sobre las licitaciones por medio de la introducción de elementos vinculados a la calidad o al fomento de la responsabilidad social y la protección del medio ambiente, de modo que se favorezca una mayor comparabilidad entre las ofertas europeas y las extranjeras. Estas técnicas son complementarias de las previstas en el Instrumento de Contratación Internacional y contribuirían a apuntalar la decidida apuesta comunitaria contra la competencia desleal ejercida desde terceros países.

68 Régimen de excepción plasmado en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2022/1031.

69 Excepción recogida en el artículo 7 del Reglamento (UE) 2022/1031.

70 Ciertamente, el abanico de poderes adjudicadores locales vinculados a entes de entre 1 y 50.000 habitantes es muy variado, pues cuentan con funciones y capacidades de lo más variopinto.

Las medidas incluidas en el Instrumento de Contratación Internacional son amplias y permiten reforzar intensamente la consolidación del mercado interior, pues no solamente inciden sobre el origen del licitador, sino que afectan también, aunque en menor medida, a los productos y servicios que son objeto de adquisición. No obstante, tienen un ámbito de aplicación limitado y son fruto de un complejo procedimiento contradictorio que exige la verificación de diversas circunstancias habilitantes.

Dichas medidas ICI cuentan, en primer término, con un efecto represivo, pues restringen la participación de ciertos licitadores, bienes y servicios de países cuyos mercados de contratación plantean limitaciones a los operadores, bienes y servicios europeos. Sin embargo, pretenden también un fomento de la reciprocidad, pues, ante la amenaza de restricciones, se espera que los Estados afectados se decanten por concluir acuerdos internacionales en materia de contratación pública.

La eficacia de las medidas vinculadas al Instrumento de Contratación Internacional exige su ejecución por los entes contratantes de los Estados miembros, existiendo algunas cuestiones que requieren de una valoración minuciosa y técnicamente compleja –en particular la determinación del origen de los licitadores–. Para lidiar con esta complejidad, se han introducido elementos de flexibilización que permiten la inaplicación de las medidas ante ciertas circunstancias.

Sin embargo, ello no es suficiente, pues esta atenuación habría de complementarse con la dotación de recursos a los órganos de contratación y con la formación específica y profesionalización del personal al que se encomienda la tramitación. Igualmente, habría de habilitarse alguna herramienta informativa que ponga de manifiesto que, ante un procedimiento de contratación concreto, se han de aplicar las medidas ICI. De lo contrario, sería perfectamente posible que el ente contratante –ante la maraña regulatoria existente– soslayara las decisiones de la Comisión Europea, privándolas de eficacia.

En todo caso, en relación con este ICI, existen todavía múltiples incógnitas. Así pues, hay que esperar, para un mayor esclarecimiento, a la efectiva aplicación de medidas por la Comisión. Igualmente, para disminuir el nivel de incertidumbre, son fundamentales las directrices de desarrollo que al efecto ha de aprobar la Comisión Europea. Dichas directrices, en particular, deben proporcionar mayor información sobre conceptos esenciales, como los de origen de los operadores, los bienes y los servicios.

7 Referencias

- Anderson, Robert D. (2012). The Conclusion of the Renegotiation of the WTO Agreement on Government Procurement: What it Means for the Agreement and for the World Economy. *Public Procurement Law Review*, 3, 83-94.
- Berglind, Niklas, Hjerpe, Martin, Sjödin, Erik, y Staun, Jacob. (2018). *Building across borders: The state of internationalisation in European public construction tenders*. McKinsey & Company.
- Carboni, Chiara, Iossa, Elisabetta, y Mattera, Gianpiero. (2017). Barriers to public procurement: A review and recent patterns in the EU. *IEFE Working Paper Series*, 92, 1-37.
- Esteban Ríos, Javier. (2022a, 6 de octubre). [El desplazamiento de la normativa contractual nacional por parte del Instrumento de Contratación Internacional de la Unión](#). *Observatorio de Contratación Pública*.
- Esteban Ríos, Javier. (2022b). Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y servicios de países terceros: Evitar la “competencia desleal” para reforzar el mercado interior. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 217, 175-216.
- Freudlsperger, Christian. (2021). Failing forward in the Common Commercial Policy? Deep trade and the perennial question of EU competence. *Journal of European Public Policy*, 28(10), 1650-1668.
- Gallego Córcoles, Isabel. (2017). La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 4, 92-113.

- García-Álvarez García, Gerardo. (2014). La Unión Europea como “Estado regulador” y las Administraciones independientes. *Revista de Administración Pública*, 194, 79-111.
- Gimeno Feliu, José María. (2006). *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Civitas.
- Gimeno Feliu, José María. (2019). *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Aranzadi.
- Gimeno Feliu, José María. (2020). La visión estratégica en la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Economía industrial*, 415, 89-97.
- Hinojosa Martínez, Luis M. (2006). *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados Miembros*. Tirant lo Blanch.
- Kutlina-Dimitrova, Zornitsa. (2018). Government procurement: Data, trends and protectionist tendencies. *DG TRADE Chief Economist Notes*, 3, 1-27.
- Mangas Martín, Araceli. (2020). Las competencias de la Unión Europea. En Araceli Mangas Martín y Diego J. Liñán Noguerras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (pp. 72-89). Tecnos.
- Martín y Pérez de Nanclares, José. (1997). *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*. McGraw-Hill.
- Martín y Pérez de Nanclares, José. (2002). La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 12, 343-391.
- Martínez López, David. (2007). El reparto competencial en la Unión Europea. *Documentos de trabajo: Derecho, Asociación Universitaria de Estudios Comunitarios*, 701, 1-75.
- Medina Arnáiz, Teresa. (2019). El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública. En José María Gimeno Feliu (dir.) y María del Carmen de Guerrero Manso (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2018* (p. 253-279). Aranzadi.
- Messerlin, Patrick A. (2015). How Open Are Public Procurement Markets? *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper*, 89, 1-28.
- Miranzo Díaz, Javier. (2020). The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform. *Revista de Investigações Constitucionais*, 7(2), 355-400.
- Pelkmans, Jacques, y Simoncini, Marta. (2014). Mellowing Meroni: How ESMA can help build the single market. *CEPS Commentaries*, 1-6.
- Pelletier, Philippe. (2014). La révision de 2012 de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics: son contexte et les dimensions de son champ d’application. *Canadian Yearbook of International Law*, 51, 99-164.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. (2021). Profesionalización en la contratación pública. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 25, 243-264.
- Sanmartín Mora, María Asunción. (2012). La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea. En Miguel Ángel Bernal Blay (coord.) y José María Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2011* (pp. 407-429). Aranzadi.
- Simoncini, Marta. (2015). Legal Boundaries of European Supervisory Authorities in the Financial Markets: Tensions in the Development of True Regulatory Agencies. *Yearbook of European Law*, 34, 319-350.