

II

(Comunicaciones)

COMUNICACIONES PROCEDENTES DE LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS
Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA

COMISIÓN EUROPEA

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

**Orientaciones para los Estados miembros sobre la selección de los organismos que ejecutan
instrumentos financieros**

(2016/C 276/01)

ÍNDICE

1.	Referencias normativas y texto	2
2.	Antecedentes	2
3.	Selección de organismos ejecutores de instrumentos financieros	4
3.1.	Selección de conformidad con las normas y principios de contratación pública	4
3.1.1.	Selección de conformidad con las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE o de la Directiva 2014/24/UE	4
3.1.2.	Por debajo de los umbrales de la Directiva: selección conforme a los principios del Tratado	7
3.2.	Designación del BEI	7
3.3.	Designación del FEI	8
3.4.	Designación de una institución financiera internacional	8
3.5.	Adjudicación interna	9
3.5.1.	Condiciones de adjudicación a entidades internas hasta la transposición de la Directiva 2014/24/UE o hasta el 18 de abril de 2016 (la más temprana de esas fechas)	9
3.5.2.	Condiciones de adjudicación a entidades internas tras la transposición de la Directiva 2014/24/UE (artículo 12) o después del 18 de abril de 2016.	11
3.6.	Cooperación interadministrativa	14
3.6.1.	Condiciones de cooperación interadministrativa hasta la transposición de la Directiva 2014/24/UE o hasta el 18 de abril de 2016 (la más temprana de esas fechas)	15
3.6.2.	Condiciones para la cooperación administrativa después de la transposición de la Directiva 2014/24/UE o después del 18 de abril de 2016	16
3.7.	Requisitos del artículo 7 del RDel	17
3.7.1.	Criterios de selección	17
3.7.2.	Criterios de adjudicación	18
3.7.3.	Elementos para el mandato	19
4.	Referencia, enlaces	19

1. Referencias normativas y texto

Referencias normativas	Artículos
Reglamento (UE) n.º 1303/2013 ⁽¹⁾	Artículo 37, apartado 1 — Instrumentos financieros
Reglamento sobre disposiciones comunes (en lo sucesivo, «RDC»)	Artículo 38, apartados 4 y 5 — Ejecución de los instrumentos financieros
Reglamento (UE) n.º 480/2014 ⁽²⁾ Reglamento Delegado de la Comisión (en lo sucesivo, «RDel»)	Artículo 7 — Criterios de selección de los organismos que ejecutan los instrumentos financieros
Reglamento (UE) n.º 1305/2013	
Directiva 2004/18/CE	
Directiva 2014/24/UE	

(¹) Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1083/2006 del Consejo (DO L 347 de 20.12.2013, p. 320).

(²) Reglamento Delegado (UE) n.º 480/2014 de la Comisión, de 3 de marzo de 2014, que complementa el Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca (DO L 138 de 13.5.2014, p. 5).

2. Antecedentes

Las autoridades de gestión que tengan intención de utilizar instrumentos financieros como herramienta para cumplir los objetivos del programa podrán asumir las tareas de ejecución directamente, invertir en el capital de una entidad jurídica ya existente o de nueva creación o confiar dichas tareas a otros organismos (¹). En este último caso, el artículo 38, apartado 4, letra b), del RDC contempla distintas posibilidades para delegar las tareas de ejecución de los instrumentos financieros. Esta nota tiene por objeto aclarar las posibilidades de dicha delegación (²).

Los instrumentos financieros pueden ejecutarse por medio de una estructura con o sin un fondo de fondos. En el caso de que se ejecuten los instrumentos financieros por medio de una estructura que incluya un fondo de fondos, normalmente se seleccionarán dos tipos de organismos: el organismo ejecutor del fondo de fondos y los organismos ejecutores de los instrumentos financieros concretos, es decir, intermediarios financieros (en este documento reciben ambos la denominación de organismos ejecutores de instrumentos financieros). La autoridad de gestión decide cuál es la estructura de ejecución más apropiada teniendo en cuenta las conclusiones de la evaluación *ex ante* que se requiere en virtud del artículo 37, apartado 2, del RDC.

El RDC identifica varios tipos de entidades en las que las autoridades de gestión pueden delegar las tareas de ejecución de instrumentos financieros sin especificar los procedimientos que se han de seguir para tal delegación.

Sin embargo, el artículo 37, apartado 1, del RDC recuerda los principios generales por los que deben regirse las autoridades de gestión, también a la hora de seleccionar los organismos ejecutores de instrumentos financieros: deben cumplir la legislación aplicable, especialmente en materia de ayudas del Estado y contratación pública y, por tanto, tienen la responsabilidad de asegurarse —si es necesario, después de consultar con las autoridades nacionales de competencia— de que se respeten todas las normas aplicables a la selección de organismos ejecutores de instrumentos financieros. Con arreglo al artículo 38, apartado 4, del RDC, los organismos ejecutores de instrumentos financieros deben garantizar el

(¹) Véase el artículo 38, apartado 4, letras a), b) y c), del RDC.

(²) En virtud del artículo 38, apartado 4, letra a), del RDC, en la medida en que sea necesario formalizar un contrato de servicio público para seleccionar un organismo que ejecute los instrumentos financieros, se aplicarán las normas de selección de tales entidades tal como se aclaran en esta nota.

cumplimiento de la legislación aplicable (en particular, la de contratación pública). El artículo 38, apartado 5, del RDC, haciéndose eco de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), también dispone que los intermediarios financieros se seleccionarán con procedimientos abiertos, transparentes, proporcionados y no discriminatorios, evitando los conflictos de intereses ⁽³⁾.

Además, el artículo 7, apartados 1 y 2, del RDel contiene requisitos específicos aplicables a la selección de organismos ejecutores de instrumentos financieros (con la excepción del BEI y del FEI), y el artículo 7, apartado 3, requisitos específicos al procedimiento de selección de intermediarios financieros por los organismos ejecutores de fondos de fondos (incluidos el BEI y el FEI).

La selección de organismos ejecutores de instrumentos financieros no coincide necesariamente con la selección de la operación del instrumento financiero ⁽⁴⁾.

Es la autoridad de gestión la que selecciona la operación ⁽⁵⁾. A diferencia de la selección del organismo ejecutor del instrumento financiero, la selección de la operación no está sujeta a las normas y principios de contratación pública, como tampoco al cumplimiento del artículo 7 del RDel.

En función de diversas situaciones que están fuera del ámbito de las normas de contratación pública y se explican más adelante, los servicios prestados por organismos ejecutores de instrumentos financieros constituidos en el marco regulador de los Fondos EIE entran en el ámbito de aplicación de las normas y principios de contratación pública. Por lo tanto, la selección de estas entidades (ya sean organismos ejecutores de fondos de fondos o intermediarios financieros) debe efectuarse cumpliendo la legislación aplicable.

Para determinar qué Directiva de contratación pública es aplicable (Directiva 2004/18/CE o Directiva 2014/24/UE) se tendrá en cuenta la fecha de inicio del procedimiento de selección por el poder adjudicador ⁽⁶⁾ (es decir, la autoridad de gestión del programa que adquiera los servicios de una entidad para la ejecución de un instrumento financiero) o la fecha de la decisión de utilizar un procedimiento negociado sin una convocatoria de licitación previa para adjudicar el contrato, así como la fecha de transposición de la Directiva 2014/24/UE. En los casos de cooperación interna e interadministrativa, la fecha en que el poder adjudicador decida definitivamente que no se efectuará una convocatoria de licitación previa para la adjudicación del contrato público ⁽⁷⁾ es relevante para determinar si se aplican las condiciones establecidas por la jurisprudencia o por las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE (véanse las secciones 3.5 y 3.6) ⁽⁸⁾.

El 18 de abril de 2016 era la fecha límite de transposición de la Directiva 2014/24/UE al Derecho nacional. Los poderes adjudicadores deben aplicar las medidas de transposición adoptadas con anterioridad a esa fecha. A partir de la misma, aunque los Estados miembros no efectúen la transposición, los poderes adjudicadores deben aplicar las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE. A partir del 18 de abril de 2016, deberán respetarse todas las disposiciones de la Directiva, incluidas las relativas a cooperación interna e interadministrativa.

⁽³⁾ La obligación de seguir un procedimiento abierto, transparente, proporcionado y no discriminatorio, evitando los conflictos de intereses, se respeta cuando se seleccionan los intermediarios financieros de conformidad con las normas y principios que rigen la contratación pública. Cuando sea posible contratar directamente a un intermediario financiero, los poderes adjudicadores deberán comprobar si más de una entidad a la que se pueda contratar directamente puede prestar el servicio financiero en cuestión. En ese caso, los poderes adjudicadores deberán llevar a cabo un proceso de selección abierto, transparente, proporcionado y no discriminatorio, con el que se eviten los conflictos de interés entre las entidades afectadas de conformidad con el artículo 38, apartado 5, del RDC. Una forma de asegurar que se cumplan estos requisitos —aparte de los requisitos de procedimiento de la Directiva— es comunicar a todas las entidades afectadas el contrato de servicios financieros en cuestión e invitarles a presentar una oferta para que sea evaluada por el poder adjudicador.

⁽⁴⁾ La selección de la operación debe entenderse como la decisión de realizar contribuciones financieras de un programa al instrumento financiero, y no como las inversiones posteriores del instrumento financiero a los beneficiarios finales.

⁽⁵⁾ De conformidad con el artículo 125, apartado 3, letra a), del RDC, corresponde a la autoridad de gestión seleccionar la operación del instrumento financiero para el FEDER/FC/FSE. La selección de la operación del instrumento financiero para el Feader debe realizarse de conformidad con el artículo 65, apartado 4, y los artículos 66 y 49, del Reglamento (UE) n.º 1305/2013.

⁽⁶⁾ El término «poderes adjudicadores» se define en el artículo 1, apartado 9 de la Directiva 2004/18/CE (se consideran «poderes adjudicadores»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público) y en el artículo 2, apartado 1 de la Directiva 2014/24/UE («poderes adjudicadores»: el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público).

⁽⁷⁾ La fecha pertinente para determinar qué Directiva es aplicable es aquella en la que el poder adjudicador elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público (véase el asunto C-576/10, Comisión/Países Bajos, apartado 52).

⁽⁸⁾ La resolución de adjudicación debe estar documentada, pero no hay ninguna norma legal que establezca la forma exacta que debe adoptar dicha resolución. La evaluación de los criterios del artículo 7 del RDel no constituye *per se* una resolución de adjudicación, pero se puede considerar que la resolución adoptada por el poder adjudicador en virtud de dicha evaluación es la fecha en la que el poder adjudicador decide con carácter definitivo no efectuar una convocatoria de licitación previa para la adjudicación del contrato público.

Basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la Directiva 2014/24/UE aborda específicamente la delegación de tareas en entidades públicas cuya propiedad y control posea un poder adjudicador (cooperación vertical o «interna»), así como la cooperación interadministrativa (cooperación horizontal). Hasta la fecha de transposición de la Directiva 2014/24/UE, la adjudicación de contratos en el contexto de ambos tipos de cooperación debe respetar las condiciones establecidas en la jurisprudencia (véanse las secciones 3.5.1 y 3.6.1).

Hay que señalar que la posible identificación en programas de Fondos EIE de organismos ejecutores de instrumentos financieros no exime a los poderes adjudicadores de la aplicación de las normas y principios de contratación pública en el proceso de selección de dichos organismos.

3. Selección de organismos ejecutores de instrumentos financieros

3.1. Selección de conformidad con las normas y principios de contratación pública

Las autoridades de gestión, al margen de las situaciones descritas a continuación y al margen del caso en que decidan ejecutar un instrumento financiero directamente en virtud del artículo 38, apartado 4, letra c), del RDC, deben seleccionar los organismos ejecutores de instrumentos financieros de conformidad con las normas y principios de contratación pública. Estas normas deben ser respetadas por los organismos intermedios⁽⁹⁾ y por los organismos ejecutores de un fondo de fondos que sean poderes adjudicadores.

La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del TFUE y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como otros principios fundamentales relacionados, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Para los contratos públicos por encima de determinado valor, se coordinarán los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia. En relación con dichos contratos públicos, se aplicarán las Directivas de contratación pública (Directiva 2004/18/UE o Directiva 2014/24/UE).

3.1.1. Selección de conformidad con las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE o de la Directiva 2014/24/UE

3.1.1.1. Umbral

En relación con los contratos de servicios, el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE se refieren a sendos umbrales por encima de los cuales se aplica la Directiva correspondiente⁽¹⁰⁾:

- 135 000 EUR para contratos públicos de servicios adjudicados por poderes adjudicadores que figuren como autoridades gubernamentales centrales en el anexo IV de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo I de la Directiva 2014/24/UE,
- 209 000 EUR para contratos públicos de suministro y servicios adjudicados por otros tipos de poderes adjudicadores.

En virtud del artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE y del artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, el umbral se aplica al valor estimado de los servicios que haya de prestar el organismo executor del instrumento financiero neto del impuesto sobre el valor añadido (IVA).

En el caso de servicios bancarios y otros servicios financieros, el valor que se tomará como base para calcular el valor estimado del contrato estará constituido por los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración (artículo 9, apartado 8, de la Directiva 2004/18/CE y artículo 5, apartado 13, de la Directiva 2014/24/UE).

3.1.1.2. Orientaciones sobre procedimientos de contratación pública

Las orientaciones para profesionales relativas a la prevención de los errores más frecuentes en la contratación pública⁽¹¹⁾ podrían ser una referencia útil para los poderes adjudicadores, aunque se refieran a contrataciones en virtud de la Directiva 2004/18/CE. Contiene recordatorios sobre aspectos concretos que precisan especial atención, como el ámbito de la licitación, la elección del procedimiento de selección apropiado, la definición de exclusiones apropiadas, los criterios de selección y adjudicación (evitando confusiones entre ambos), la necesidad de respetar los plazos establecidos a fin de dar a los licitadores tiempo suficiente para preparar y presentar una oferta, y la necesidad de documentar debidamente la evaluación de las ofertas en virtud de los criterios anunciados.

⁽⁹⁾ En el artículo 2, apartado 18, del RDC se define organismo intermedio como «todo organismo público o privado que actúe bajo la responsabilidad de una autoridad de gestión o de certificación, o que desempeñe funciones en nombre de tal autoridad en relación con las operaciones de ejecución de los beneficiarios». Los organismos intermedios se deben seleccionar de conformidad con las normas aplicables, incluidas las de contratación pública y, en su caso, con sus excepciones. El artículo 123, apartado 6, del RDC permite a los Estados miembros «designar uno o varios organismos intermedios para que realicen determinadas tareas de la autoridad de gestión o la autoridad de certificación, bajo la responsabilidad de estas». Esta disposición es aplicable al FEDER, al FSE, al Fondo de Cohesión y al FEMP. El artículo 66, apartado 2, del Reglamento (UE) n.º 1305/2013 contempla la misma posibilidad para el Feader, estableciendo que la autoridad de gestión seguirá siendo plenamente responsable de la eficiencia y la correcta gestión y el cumplimiento de las tareas de ejecución delegadas en otro organismo, y establece que el organismo intermedio deberá recibir todos los datos e información necesarios para llevar a cabo dichas tareas.

⁽¹⁰⁾ Estos umbrales están sujetos a revisión cada dos años en virtud del artículo 6 de la Directiva 2014/24/UE.

⁽¹¹⁾ Oficina de Publicaciones —ISBN 978-92-79-50323-8—, publicación aún no comunicada a los Estados miembros en su versión definitiva.

3.1.1.3. Elección del procedimiento

Los poderes adjudicadores deben decidir cuál es el procedimiento más apropiado para seleccionar organismos ejecutores de instrumentos financieros.

En el caso de compras especialmente complejas, las Directivas de contratación pública contienen procedimientos específicos, como el procedimiento de licitación con negociación o el diálogo competitivo (véanse los artículos 28 a 31 de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 26 de la Directiva 2014/24/UE), que permiten, en determinadas condiciones, adaptarse a las necesidades concretas del poder adjudicador.

En virtud del artículo 26, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24/UE, es posible utilizar uno u otro de esos dos procedimientos, en particular, cuando no sea posible satisfacer las necesidades del poder adjudicador sin adaptar soluciones fácilmente disponibles y cuando no pueda adjudicarse el contrato sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la estructura jurídica o financiera o por los riesgos inherentes al mismo. Corresponde al poder adjudicador valorar si se dan tales circunstancias específicas.

La Directiva también contempla la posibilidad de aplicar los mismos procedimientos en el caso de que fracase un procedimiento de contratación. En virtud del artículo 26, apartado 4, letra b), de la Directiva 2014/24/UE, también podrá utilizarse un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo cuando solo se presenten ofertas irregulares o inaceptables en respuesta a un procedimiento abierto o restringido. En tales situaciones, cuando el procedimiento se aplique a todos los licitadores que satisfagan los criterios mencionados en los artículos 57 a 64 de la Directiva 2014/24/UE y que, durante el procedimiento abierto o restringido previo, hayan presentado ofertas que cumplan los requisitos formales del procedimiento de contratación, no será necesario publicar un anuncio de licitación.

3.1.1.4. Uso de acuerdos marco

A fin de evitar la necesidad de modificar contratos y gestionar los cambios en el ámbito de las tareas a delegar, de cara al futuro, los poderes adjudicadores podrán tomar en consideración el uso de un acuerdo marco ⁽¹²⁾.

Los acuerdos marco ofrecen cierta flexibilidad en la gestión de los contratos de servicios financieros, ya que permiten adaptar el volumen de servicios a las necesidades de los poderes adjudicadores y de los beneficiarios. Dado que no siempre es fácil prever el volumen de las demandas de los beneficiarios de los instrumentos financieros, el uso de un acuerdo marco puede ofrecer la flexibilidad necesaria para cubrir volúmenes mayores o menores.

Es necesario recordar que los poderes adjudicadores no están obligados a adjudicar contratos específicos en virtud de acuerdos marco por todo el importe previsto. Por lo tanto, si un acuerdo marco cubre varios tipos de instrumentos financieros y se determina que un instrumento financiero concreto no está bien diseñado o adaptado a las necesidades de los beneficiarios finales, no hay obligación de firmar ningún contrato específico para ejecutar dicho instrumento.

Si se aplican las mismas condiciones a diferentes servicios financieros se corre el riesgo de que las condiciones de precio o de calidad de un determinado servicio (o instrumento) financiero se vean afectadas por las que se refieren a otros servicios financieros, aunque no exista un vínculo material entre ambos servicios (o instrumentos). Por ese motivo, si se recurre a los acuerdos marco, es recomendable utilizar lotes. Esto permite valorar el precio y la calidad de cada lote por separado y por sus propios méritos. Los licitadores pueden ajustar sus ofertas compensando las condiciones económicas o de calidad entre lotes a fin de presentar su oferta con la mejor relación calidad-precio para varios de estos lotes o bien pueden realizar un esfuerzo para que un determinado lote se adapte mejor a sus capacidades concretas.

Se recomienda a los poderes adjudicadores que analicen, antes de iniciar el procedimiento de licitación, los objetivos concretos de cada servicio (o instrumento) financiero en relación con el ámbito de aplicación de los beneficiarios finales a los que va destinado el instrumento, a fin de definir el objeto de cada contrato. La flexibilidad de los acuerdos marco permite contratar en el caso de que el instrumento financiero dé buen resultado en términos de demanda, así como probar si un determinado tipo de instrumento financiero se ajusta a las necesidades de los beneficiarios finales en un determinado sector económico.

El valor estimado del acuerdo marco (que deberá indicarse en el anuncio de licitación), calculado como el valor estimado máximo neto de IVA de todos los contratos previstos para la duración total del acuerdo marco, deberá evaluarse teniendo en cuenta la posibilidad de cubrir aumentos del importe entregado en concepto de gestión al órgano ejecutor del instrumento financiero.

⁽¹²⁾ Véanse el artículo 1, apartado 5, de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 33 de la Directiva 2014/24/UE.

Por lo que respecta a la duración del acuerdo marco, en virtud del artículo 33, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE, la duración de cada acuerdo marco no superará los cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco. Sin embargo, tal como se aclara en el considerando 62 de la Directiva, «mientras que los contratos basados en un acuerdo marco se adjudican antes del final de la validez del propio acuerdo marco, no es necesario que la duración de los contratos individuales basados en un acuerdo marco coincida con la duración de dicho acuerdo marco, sino que puede ser más corto o más largo, según proceda».

3.1.1.5. Modificaciones del contrato

Con arreglo a la jurisprudencia aplicable, solo es posible modificar contratos en virtud de la Directiva 2004/18/CE si esta información se ha consignado en el anuncio de licitación para todos los licitadores potenciales y si las modificaciones, sea cual sea su valor pecuniario, están previstas en el documento de contratación inicial en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. En este caso, el poder adjudicador tendrá la posibilidad de hacer uso del mismo organismo ejecutor del instrumento financiero para las posteriores modificaciones a la contribución inicial hasta el importe indicativo de contratación. Si no se cumplen estas condiciones y el poder adjudicador modifica sustancialmente un contrato sin un nuevo procedimiento de contratación, esta modificación implicará un cambio en las condiciones iniciales de licitación contrario al principio de transparencia e igualdad de trato y, por tanto, constituirá una irregularidad.

En virtud de la Directiva 2014/24/UE, es posible modificar contratos sin un nuevo procedimiento de contratación, especialmente en las siguientes situaciones y siempre que se cumplan las condiciones específicas establecidas en el artículo 72 de la Directiva:

- cuando las modificaciones estén ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras e inequívocas que indiquen el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en las que puedan utilizarse. Dichas cláusulas no establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco. A fin de cubrir la posibilidad de que más adelante se incremente la contribución del programa al instrumento financiero, el poder adjudicador, en el procedimiento de contratación de los servicios financieros correspondientes, deberá estimar *ex ante* posibles contribuciones adicionales del programa y su impacto sobre el valor estimado del contrato,
- en relación con servicios adicionales del contratista original que resulten necesarios y que no estuvieran incluidos en la contratación inicial, cuando no sea posible cambiar de contratista por razones económicas y constituya un importante inconveniente o una duplicación sustancial de costes para el poder adjudicador. En virtud del artículo 72, el incremento de precio no excederá en ningún caso del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Dichas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la Directiva,
- cuando la necesidad de la modificación se deba a circunstancias que un poder adjudicador diligente no pudiera prever, la modificación no altere la naturaleza global del contrato y el incremento de precio no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco original (en caso de varias modificaciones consecutivas, se aplican las condiciones anteriormente indicadas),
- cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de: i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con el primer punto, ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista frente a sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71 de la Directiva,
- cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales ⁽¹³⁾,

⁽¹³⁾ En virtud del artículo 72, apartado 4: «Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial [...] cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

- a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;
- b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;
- c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;
- d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d)».

- cuando el valor de la modificación sea inferior a los umbrales de aplicación de la Directiva 2014/24/UE y al 10 % del valor inicial del contrato en el caso de contratos de servicios. Además, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones (a diferencia de lo anterior).

Conclusión:

Los poderes adjudicadores que tengan intención de incrementar las contribuciones del programa a los instrumentos financieros ejecutados por organismos ya seleccionados (en el período de programación 2007-2013, por ejemplo) deberán verificar atentamente si se cumplen las condiciones para realizar tal modificación del contrato.

Además, a fin de anticiparse a posibles incrementos posteriores de la contribución del programa de cara al futuro, se recomienda que los poderes adjudicadores prevean la formalización de acuerdos marco en lugar de proceder con modificaciones de contratos.

3.1.2. *Por debajo de los umbrales de la Directiva: selección conforme a los principios del Tratado*

Por debajo de los umbrales de las Directivas de contratación pública, la selección de órganos ejecutores de instrumentos financieros debe atenerse a los principios del Tratado si el contrato es de interés transfronterizo.

Los principios del Tratado que hay que respetar son los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, transparencia y proporcionalidad.

La Comisión, basándose en la jurisprudencia del TJUE, publicó una comunicación interpretativa con el título «Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública», de 23 de junio de 2006 ⁽¹⁴⁾, en la cual se desarrollan los requisitos que emanan de dichos principios.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, los principios de igualdad de trato y no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, a beneficio de cualquier posible licitador, una publicidad adecuada que permita abrir el mercado a la competencia. La obligación de transparencia requiere que los operadores económicos radicados en otro Estado miembro tengan acceso a información adecuada sobre el contrato antes de su adjudicación, de forma que, si lo desean, estén en condiciones de manifestar su interés por obtener el contrato.

Para ello es necesario publicar un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato. Este anuncio debe ser publicado por la entidad adjudicadora al objeto de abrir la adjudicación del contrato a la competencia. Las entidades adjudicadoras tienen la responsabilidad de decidir el medio más apropiado de dar publicidad a sus contratos.

Las obligaciones que emanan de los principios del Tratado se aplican a contratos que no alcancen los umbrales de las Directivas que presenten un interés transfronterizo. La existencia de un cierto interés transfronterizo debe ser valorada por cada entidad adjudicadora basándose en una evaluación de las circunstancias específicas del caso, como el objeto del contrato o la trascendencia de su cuantía estimada, así como el lugar de ejecución de las tareas o las características técnicas del contrato ⁽¹⁵⁾ y las características particulares del sector (tamaño y estructura del mercado, prácticas comerciales, etc.).

3.2. **Designación del BEI**

El BEI es uno de los organismos identificados en el RDC a quienes las autoridades de gestión pueden confiar la ejecución de instrumentos financieros [artículo 38, apartado 4, letra b), inciso i), del RDC].

Dado que la relación entre los Estados miembros y el BEI se rige por el Derecho primario ⁽¹⁶⁾, el acceso a las actividades estatutarias del BEI no puede sujetarse a normas y condiciones de procedimientos ajenas a las disposiciones que regulan las actividades del BEI conforme al Derecho primario de la UE. Esto significa que las disposiciones de las Directivas de contratación pública (que son Derecho derivado) no se aplican a los mandatos relativos a la gestión de instrumentos financieros formalizados entre las autoridades de gestión y el BEI. Por consiguiente, dichos contratos podrán formalizarse directamente con el BEI.

Cuando un contrato sea adjudicado directamente al BEI por una autoridad de gestión para la ejecución de un fondo de fondos, el BEI seleccionará los intermediarios financieros que ejecutarán los instrumentos financieros con arreglo a sus normas y procedimientos internos, que deberán atenerse a los principios del Tratado, al que está sujeto el BEI.

⁽¹⁴⁾ La interpretación de la Comisión ha sido confirmada por el Tribunal General en sentencia de 20 de mayo de 2010 en el asunto T-258/06, Alemania/Comisión Europea.

⁽¹⁵⁾ Asunto C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions, SRL contra Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia, apartado 20. La proximidad con la frontera todavía puede dar lugar a que se tomen en consideración contratos de pequeño valor por tener un cierto interés transfronterizo (asuntos acumulados C-147/06, SECAP SpA y C-148/06, Santorso Soc. coop. arl contra Comune di Torino, apartado 31).

⁽¹⁶⁾ Véase el artículo 175 del TFUE.

Además, en virtud del artículo 7, apartado 3, del RDel, cuando el BEI confíe tareas de ejecución a intermediarios financieros, en esa selección también se deberán respetar los requisitos específicos establecidos en dicha disposición (véase la sección 3.7).

Conclusión:

Las autoridades de gestión, los organismos intermedios y los organismos ejecutores de un fondo de fondos que sean poderes adjudicadores podrán formalizar directamente con el BEI —es decir, sin proceso competitivo⁽¹⁷⁾— mandatos relativos a la ejecución de instrumentos financieros.

3.3. Designación del FEI

El FEI fue constituido en 1994 por el Consejo de Gobernadores del BEI (que representa a los Estados miembros) en virtud de un acto de Derecho primario de la UE⁽¹⁸⁾. Por dicho acto se agregó el artículo 30 a los Estatutos del BEI, anexos al Tratado, que faculta al Consejo a constituir el FEI y elaborar sus estatutos. En virtud de dicho artículo [desde entonces, sustituido por un artículo general sobre el establecimiento de filiales del BEI, el actual artículo 28 del Protocolo (n.º 5) sobre los estatutos del BEI], el FEI tiene personalidad jurídica y autonomía financiera similares a las del BEI.

De acuerdo con el artículo 2 de sus Estatutos, el FEI tiene la misión de contribuir al cumplimiento de los objetivos de la Unión Europea aportando garantías y participando en empresas. Además, el FEI puede realizar otras actividades relacionadas con dicha misión o derivadas de ella.

En cuanto al BEI, la posición del FEI se caracteriza por un estrecho vínculo con la Unión Europea en lo que respecta a sus objetivos. El FEI pretende contribuir a los objetivos de la Unión desarrollando actividades que persigan dichos objetivos.

El artículo 2, apartado 23, del RDC establece que el «BEI», para los fines del RDC, comprende el BEI, el FEI y cualquier (otra) filial del BEI. Por consiguiente, el FEI también está identificado en el RDC entre los organismos a quienes las autoridades de gestión pueden confiar la ejecución de instrumentos financieros [artículo 38, apartado 4, letra b), inciso i), del RDC].

Debido al estatuto especial del FEI, los mandatos relativos a la gestión de instrumentos financieros pueden formalizarse directamente entre las autoridades de gestión y el FEI.

Cuando un contrato sea adjudicado directamente al FEI por una autoridad de gestión para la ejecución de un fondo de fondos, el FEI seleccionará los intermediarios financieros que ejecutarán los instrumentos financieros con arreglo a sus normas y procedimientos internos, que, dado que el FEI está sujeto al Tratado, deberán atenerse a los principios de este.

Además, en virtud del artículo 7, apartado 3, del RDel, cuando el FEI confíe tareas de ejecución a intermediarios financieros, la selección también deberá respetar los requisitos específicos establecidos en dicha disposición (véase la sección 3.7).

Conclusión:

Las autoridades de gestión, los organismos intermedios y los organismos ejecutores de un fondo de fondos que sean poderes adjudicadores podrán formalizar directamente con el FEI —es decir, sin proceso competitivo⁽¹⁹⁾— mandatos relativos a la ejecución de instrumentos financieros.

3.4. Designación de una institución financiera internacional

Las autoridades de gestión pueden plantearse confiar la ejecución de un instrumento financiero a una institución financiera internacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 38, apartado 4, letra b), inciso ii), del RDC.

El RDC no contiene una definición de institución financiera internacional. Las instituciones financieras internacionales pueden definirse como instituciones financieras constituidas por al menos dos países en virtud de acuerdos intergubernamentales para prestar asistencia financiera a actividades de desarrollo económico y social. Sus propietarios o accionistas son generalmente gobiernos nacionales, pero también pueden ser otras instituciones internacionales u otras organizaciones.

Una autoridad de gestión puede delegar directamente las tareas de ejecución de un instrumento financiero en una institución financiera internacional, siempre que el Estado miembro que haya designado a dicha autoridad de gestión⁽²⁰⁾ sea miembro de la institución financiera internacional y las tareas confiadas se atengan a la misión estatutaria de la institución. Esta posibilidad también se abre en las mismas condiciones a los organismos intermedios y a los organismos ejecutores de un fondo de fondos que sean poderes adjudicadores.

⁽¹⁷⁾ Tal como se establece en el artículo 13, apartado 6 del RDel, en ausencia de un proceso competitivo, se aplicarán los umbrales establecidos en el artículo 13 en relación con los costes y honorarios de gestión.

⁽¹⁸⁾ Acta por la que se modifica el Protocolo sobre los Estatutos del Banco Europeo de Inversiones y se faculta al Consejo de Gobernadores para crear un Fondo Europeo de Inversiones (DO L 173 de 7.7.1994, p. 14).

⁽¹⁹⁾ Tal como se establece en el artículo 13, apartado 6, del RDel, en ausencia de un proceso competitivo, se aplicarán los umbrales establecidos en el artículo 13 en relación con los costes y honorarios de gestión.

⁽²⁰⁾ En lo que respecta a los programas CTE, es el Estado miembro en el que está radicada la autoridad de gestión.

Para designar una institución financiera internacional (salvo el BEI y el FEI), las autoridades de gestión deben verificar que la institución cumple los criterios de selección recogidos en el artículo 7, apartados 1 y 2, del RDel.

Cuando una autoridad de gestión confíe las tareas de ejecución de un fondo de fondos a una institución financiera internacional, esta última puede seleccionar intermediarios financieros para ejecutar instrumentos financieros. La institución financiera internacional seleccionará los intermediarios financieros con arreglo a las normas de dicha institución financiera internacional.

Además, en virtud del artículo 7, apartado 3, del RDel, cuando la institución financiera internacional confíe tareas de ejecución a intermediarios financieros, la selección también deberá respetar los requisitos específicos establecidos en dicha disposición (véase la sección 3.7).

Conclusión:

Siempre que las tareas confiadas se atengan a la misión estatutaria de la institución, las autoridades de gestión pueden formalizar directamente —es decir, sin proceso competitivo⁽²¹⁾— mandatos relativos a la ejecución de instrumentos financieros con una institución financiera de la que el Estado miembro sea miembro.

3.5. **Adjudicación interna**

El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye de por sí la aplicación de las normas de contratación pública.

No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le hayan sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de utilizar servicios internos.

En ese contexto, una autoridad de gestión puede plantearse confiar la ejecución de un instrumento financiero a una entidad interna⁽²²⁾. Esta posibilidad también existe para los organismos intermedios y los organismos ejecutores de un fondo de fondos que sean poderes públicos, siempre que se respeten las condiciones descritas a continuación.

Previamente a la adopción de la Directiva 2014/24/UE, las condiciones para formalizar contratos directamente con entidades cuya propiedad y control poseyera un poder adjudicador («entidades internas») estaban definidas por la jurisprudencia.

Las condiciones que permiten tal adjudicación directa se han definido y ampliado posteriormente en la Directiva 2014/24/UE. El cumplimiento de estas condiciones debe examinarse atentamente en cada caso.

Para designar una entidad interna, deben cumplirse igualmente las condiciones del artículo 7 del RDel.

3.5.1. *Condiciones de adjudicación a entidades internas hasta la transposición de la Directiva 2014/24/UE o hasta el 18 de abril de 2016 (la más temprana de esas fechas)*

De acuerdo con la jurisprudencia, si un poder público que sea un poder adjudicador decide no realizar las tareas que le son conferidas en el interés público utilizando sus propios recursos administrativos, técnicos y de otra índole, podrá adjudicar directamente la ejecución de dichas tareas a otras entidades cuando i) estas sean 100 % de propiedad pública, ii) el poder público en cuestión ejerza sobre dichas entidades un control análogo al que ejerza sobre sus propios servicios, y iii) dichas entidades lleven a cabo la parte esencial de sus actividades para el poder adjudicador que tenga el control.

3.5.1.1. Condición de plena propiedad pública

En lo que respecta al primer criterio, es obligatorio que la entidad sea 100 % de propiedad pública.

3.5.1.2. Condición relativa al control análogo

El poder adjudicador debe ejercer sobre entidad en cuestión un control análogo al que ejerza sobre sus propios servicios. Este control puede ser ejercido de forma individual o conjunta⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Tal como dispone el artículo 13, apartado 6, del RDel, en ausencia de un proceso competitivo, se aplicarán los umbrales establecidos en el artículo 13 en relación con los costes y honorarios de gestión.

⁽²²⁾ Siempre que se cumplan las condiciones para el uso de servicios internos, es posible adjudicar un contrato directamente a instituciones financieras establecidas en un Estado miembro con un fin de interés público y bajo el control de una autoridad pública de acuerdo con el artículo 38, apartado 4, letra b), inciso ii), del RDC y a organismos de Derecho público o privado de conformidad con el artículo 38, apartado 4, letra b), inciso iii), del RDC.

⁽²³⁾ Es difícil imaginar una situación en la que un poder adjudicador pueda controlar efectivamente una entidad interna sin tener siquiera la propiedad parcial de dicha entidad.

Concepto de poder adjudicador

El control debe ser ejercido por poderes adjudicadores en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE, enumerados en el anexo I de la Directiva. Por tanto, la condición del control efectivo se cumplirá, por ejemplo, cuando un servicio de un Ministerio quiera contratar con una entidad interna del Estado y el control efectivo sea ejercido por otro servicio del mismo Ministerio a través de la participación en las estructuras de gestión de la entidad interna. Sin embargo, no se cumple, por ejemplo, en las siguientes situaciones:

- cuando un Ministerio central quiera contratar con una entidad interna del Estado y el control efectivo sea ejercido por otro Ministerio central a través de la participación en las estructuras de gestión de la entidad interna,
- cuando un Ministerio regional quiera contratar con una entidad interna del Estado y el control efectivo sea ejercido por un Ministerio central a través de la participación en las estructuras de gestión de la entidad interna.

Control análogo

Según reiterada jurisprudencia ⁽²⁴⁾, existe «control análogo» cuando la entidad en cuestión está sujeta a un control que permite al poder adjudicador influir en las decisiones de dicha entidad. El poder adjudicador no necesita ejercer su influencia decisiva en la práctica: basta con que tenga la posibilidad de ejercerla.

El poder ejercido debe ser un poder de influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de dicha entidad ⁽²⁵⁾. En otras palabras, el poder adjudicador debe ser capaz de ejercer un control estructural y funcional sobre esa entidad. Esto no requiere necesariamente un control operativo diario ⁽²⁶⁾.

La condición del control análogo se cumple cuando el poder adjudicador participa en el consejo de supervisión o administración de la entidad (un banco de promoción o desarrollo, por ejemplo) y tiene la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de esa entidad.

Para determinar si el poder adjudicador puede ejercer una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de la entidad, el TJUE examina i) si hay participación privada en el capital de la entidad, ii) la composición de sus órganos de decisión y iii) el alcance de las competencias conferidas a su consejo de gobierno ⁽²⁷⁾.

De acuerdo con el TJUE, la participación de una empresa privada, aunque sea minoritaria, en el capital de una empresa en la que también participe un poder adjudicador excluye la posibilidad de que el poder adjudicador ejerza sobre esa empresa un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios ⁽²⁸⁾.

Sin embargo, el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes adjudicadores, la totalidad del capital social de una entidad tiende a indicar –con carácter general, pero no de forma concluyente– que ese poder adjudicador ejerce sobre esa entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios ⁽²⁹⁾.

El hecho de que los órganos de decisión de la entidad estén integrados por representantes de los poderes adjudicadores propietarios de la entidad demuestra que la entidad está bajo el control de los poderes adjudicadores, que, por tanto, pueden ejercer una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de la entidad.

Es necesario verificar el alcance de las competencias conferidas a su consejo de gobierno para determinar si la entidad está orientada al mercado y tiene tal grado de independencia que se atenúa el control ejercido por los poderes adjudicadores asociados a la misma.

Hay que tener en cuenta la forma jurídica de la empresa, ya que cierto tipo de empresas pueden perseguir objetivos al margen de sus accionistas.

Si, de acuerdo con sus estatutos, la entidad persigue los intereses de sus propietarios y ningún interés ajeno al de los poderes adjudicadores asociados, esto indica que existe un control análogo al ejercido sobre los servicios propios del poder adjudicador.

Cabe considerar que el control ejercido por los poderes adjudicadores, a través de los órganos estatutarios, sobre las decisiones de la entidad permite a dichos poderes ejercer sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

⁽²⁴⁾ Asunto C-107/98, Teckal.

⁽²⁵⁾ Asuntos C-458/03, Parking Brixen, apartados 63 a 70; C-340/04 Carbotermo, apartado 38; C-324/07 Coditel Brabant, apartado 28, y C-573/07 Sea, apartado 65.

⁽²⁶⁾ Asuntos C-182/11 y C-183/11, Econord SpA contra Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate Comune di Varese, apartado 27.

⁽²⁷⁾ Asunto C-324/07, Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, apartado 29.

⁽²⁸⁾ Asunto C-26/03, Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 49.

⁽²⁹⁾ Asuntos C-340/04, Carbotermo y Consorzio Alisei, apartado 37, y C-295/05, Asemfo Rec. p. I-2999, apartado 57.

Este control ha de ser efectivo ⁽³⁰⁾. No basta con que el control ejercido consista esencialmente en la capacidad de acción que confiere el Derecho de sociedades a la mayoría del accionariado, que impone límites a la capacidad del poder adjudicador de influir en las decisiones de esas empresas ⁽³¹⁾.

El control análogo puede ejercerse de forma individual o conjunta

No es esencial que el control se ejerza de forma individual: también puede ser de forma conjunta. Según la jurisprudencia, cuando se hace uso de una entidad que es propiedad conjunta de varios poderes adjudicadores, el «control análogo» puede ser ejercido conjuntamente por dichos poderes, sin que sea esencial que dicho control se ejerza individualmente por cada uno de ellos. Las decisiones pueden adoptarse por mayoría, según el caso ⁽³²⁾.

El Tribunal reconoció que, en determinadas circunstancias, la condición relativa al control ejercido por el poder adjudicador podía cumplirse si dicho poder poseía tan solo el 0,25 % del capital de una empresa pública ⁽³³⁾. El control análogo conjunto es posible aunque el porcentaje del accionariado sea muy bajo, siempre que los derechos asociados a este accionariado sean suficientes para que los accionistas ejerzan conjuntamente un control efectivo ⁽³⁴⁾.

Cuando la autoridad de gestión, el organismo intermedio o el organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador participe en el órgano de decisión de una entidad cuya propiedad y control posean colectivamente varios propietarios públicos, será necesario determinar si existe un control análogo conjunto sobre la entidad.

3.5.1.3. Condición relativa a que la mayor parte de las actividades de la entidad se lleve a cabo para los poderes públicos controladores.

La parte esencial de las actividades de la entidad deben llevarse a cabo para los poderes adjudicadores controladores, es decir, deben consistir en la ejecución de las tareas que le hayan sido confiadas por el poder adjudicador controlador o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, sea cual sea el beneficiario de la ejecución del contrato. El TJUE no ha establecido hasta la fecha ningún porcentaje que pueda constituir la parte esencial de la actividad de una entidad ⁽³⁵⁾.

En el caso de que la autoridad de gestión no sea la única propietaria y controladora de la entidad, la condición de que la entidad lleve a cabo la parte esencial de sus actividades para el poder adjudicador controlador se cumplirá, aunque en el momento de adjudicarse el contrato la entidad interna no esté llevando a cabo específicamente ninguna tarea confiada por la autoridad de gestión, si la parte esencial de la actividad de dicha entidad consiste en tareas confiadas por los demás poderes que la controlen.

Conclusión:

Por lo tanto, la autoridad de gestión, el organismo intermedio o el organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador pueden, en las condiciones mencionadas, confiar tareas de ejecución de instrumentos financieros a una entidad de propiedad 100 % pública (por ejemplo, un banco de desarrollo) sobre la que ejerzan un control que sea análogo al que ejerza sobre sus propios servicios, siempre que esta entidad lleve a cabo la parte esencial de sus actividades para los poderes adjudicadores controladores. En la selección de intermediarios financieros por entidades internas deben respetarse las normas y los principios de contratación pública, siempre que las propias entidades internas sean poderes adjudicadores.

3.5.2. Condiciones de adjudicación a entidades internas tras la transposición de la Directiva 2014/24/UE (artículo 12) o después del 18 de abril de 2016.

De acuerdo con el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, un poder adjudicador puede formalizar un contrato público con una persona jurídica controlada, siempre que se cumplan tres condiciones acumulativas.

⁽³⁰⁾ Asunto C-324/07, Coditel Brabant SA contra Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, apartado 54.

⁽³¹⁾ Asuntos C-458/03, Parking Brixen, apartado 69 y C-340/04, Carbotermo, apartado 39. En el contexto del asunto examinado, el TJUE determinó que el control no es análogo al ejercido por un poder adjudicador sobre sus propios servicios cuando los estatutos de una empresa no reservan al poder adjudicador ningún control ni derechos de voto especiales para limitar la libertad de acción conferida a un Consejo de Administración que tiene las competencias más amplias posibles para llevar la gestión ordinaria y extraordinaria de la empresa y cuando la influencia del poder adjudicador sobre la entidad interna se ejerce a través de una sociedad holding, ya que la intervención de un intermediario de este tipo puede, según las circunstancias del caso, debilitar el control que pueda ejercer el poder adjudicador sobre una sociedad anónima por el mero hecho de participar en su capital.

⁽³²⁾ Asunto C-324/07, Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, apartado 54.

⁽³³⁾ Asunto C-295/05, Asemfo, apartados 56 a 61.

⁽³⁴⁾ Asunto C-182/11, Econord, apartado 33.

⁽³⁵⁾ No obstante, cabe señalar que el TJUE ha aceptado un porcentaje del 90 % (véase el asunto C-295/05, Asemfo, apartado 63).

3.5.2.1. Condición relativa a la propiedad de la entidad interna

No debe existir participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario impuestas por las disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Una participación de capital privado que no ejerza control o bloqueo de conformidad con los Tratados es una participación privada derivada de un procedimiento transparente y no discriminatorio ⁽³⁶⁾ de conformidad con los principios del Tratado.

No es obligatorio que el poder adjudicador que utilice los servicios de una entidad interna participe en el capital social de dicha entidad, siempre que esa entidad sea de propiedad 100 % pública, controle la entidad interna (sección 3.5.2.2) y se cumplan los criterios de actividad (sección 3.5.2.3) ⁽³⁷⁾.

3.5.2.2. Condición de control de los poderes adjudicadores sobre la entidad interna

El poder adjudicador debe ejercer sobre la persona jurídica en cuestión un control análogo al que ejerza sobre sus propios servicios. Codificando los criterios establecidos en la jurisprudencia, el artículo 12, apartado 1, de la Directiva establece que se considerará que un poder adjudicador ejerce dicho control cuando ejerza una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Por lo tanto, son relevantes los indicadores de influencia decisiva del poder adjudicador sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la entidad mencionados en la sección 3.5.1.2.

Este control también puede ser ejercido por otra persona jurídica, que esté a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador (artículo 12, apartado 1), o conjuntamente, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 12, apartado 3 de la Directiva ⁽³⁸⁾.

Salvo en los casos de control conjunto, la adjudicación directa de contratos también es posible cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario impuestas por las disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada (véase el artículo 12, apartado 2, de la Directiva).

3.5.2.3. Condición de que se lleve a cabo la actividad para los poderes adjudicadores controladores

La persona jurídica controlada debe destinar más del 80 % de sus actividades a ejecutar las tareas que le hayan sido confiadas por el poder adjudicador controlador o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, sea cual sea el beneficiario de la ejecución del contrato. En virtud del artículo 12, apartado 5, de la Directiva 2014/24/UE, para determinar el porcentaje de actividades se deberá tomar en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador de actividad alternativo apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador de actividad alternativo apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

⁽³⁶⁾ Véanse los asuntos C-64/08, *Engelmann*, apartado 50, y C-25/14, *UNIS*, apartado 39, que recuerdan que, si bien la obligación de transparencia no exige necesariamente que se efectúe una convocatoria de licitación, sí exige un cierto grado de publicidad para que, por una parte, se pueda abrir la contratación a la competencia y, por otra, se pueda revisar la imparcialidad del procedimiento de adjudicación.

⁽³⁷⁾ Es difícil imaginar una situación en la que un poder adjudicador pueda controlar efectivamente una entidad interna sin tener siquiera la propiedad parcial de dicha entidad.

⁽³⁸⁾ En virtud del artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2014/24/UE, el control conjunto requiere que se cumplan las siguientes condiciones:

- i) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos,
- ii) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y
- iii) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores que la controlan.

Los Estados miembros pueden utilizar uno u otro método. Cuando se utilice el método del promedio del volumen de negocios total, el volumen de negocios deberá comprender todas las actividades de la entidad (por ejemplo, un banco de desarrollo o promoción) y más del 80 % del mismo deberá ser generado por las tareas confiadas a la entidad por el poder adjudicador controlador o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador.

Siempre que una autoridad de gestión o un organismo intermedio designe una entidad interna como organismo ejecutor de un fondo de fondos y que esa entidad sea un poder adjudicador en virtud de la Directiva de contratación pública aplicable, deberá respetar las normas y principios de contratación pública para seleccionar intermediarios financieros. Además, en virtud del artículo 7, apartado 3, del RDel, en esa selección también se deberán respetar los requisitos específicos establecidos en dicha disposición (véase la sección 3.7).

Se podrán confiar tareas de ejecución de instrumentos financieros a instituciones financieras establecidas en un Estado miembro con un fin de interés público y bajo el control de un poder público en virtud del artículo 38, apartado 4, letra b), inciso ii), del RDC, cuando se cumplan las condiciones antes mencionadas.

Conclusión:

Una autoridad de gestión, un organismo intermedio o un organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador podrán formalizar contratos para la ejecución de instrumentos financieros directamente con entidades internas, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE. En la selección de intermediarios financieros por entidades internas deben respetarse las normas y los principios de contratación pública si las propias entidades internas son poderes adjudicadores.

Ejemplo 1:

La Región X posee el 100 % de un banco de desarrollo regional cuya misión, definida en sus estatutos, es fomentar el desarrollo económico de la región.

La Región X preside el consejo supervisor del banco, cuya misión es dar orientaciones estratégicas para las actividades del banco y votar el presupuesto, la dotación de personal y los nombramientos de directivos del banco.

El banco puede tomar libremente sus decisiones de financiación cotidianas, es decir, otorgar préstamos y avales a empresas de la región, que queden fuera de lo que se considera «significativo». Las decisiones significativas (como decisiones sobre estrategias de préstamo, dotación de personal, presupuestos) están sujetas a la influencia decisiva del poder adjudicador controlador.

En estas condiciones, la Región X ejerce sobre el banco un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

La Región X desea confiar al banco de desarrollo regional las tareas de ejecución de un instrumento financiero.

Dado que controla efectivamente el banco, que es íntegramente de su propiedad, y dado que el banco no tiene más actividad comercial que las tareas que realiza para la Región X, existe una relación de dependencia interna entre la Región X y el banco, lo cual permite a la Región X confiar las tareas de ejecución del instrumento financiero al banco, siempre que el banco cumpla los requisitos del artículo 7 del RDel.

Ejemplo 2:

La Región X posee el 1 % de un banco de desarrollo nacional cuya misión, definida por ley, es fomentar el desarrollo económico del Estado miembro.

La Región X es miembro del consejo supervisor del banco. El banco puede tomar libremente sus decisiones de financiación cotidianas, es decir, otorgar préstamos y avales a empresas de la región, que queden fuera de lo que se considera «significativo». Sin embargo, las decisiones significativas (como decisiones sobre estrategias de préstamo, dotación de personal, presupuestos) están sujetas a la influencia decisiva del poder adjudicador controlador. De acuerdo con los derechos que le confiere su filiación, la Región X ejerce sobre el banco un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

Además de las tareas que lleva a cabo para la Región X, el banco tiene actividades comerciales que representan el 15 % del promedio del volumen de negocios total.

En junio de 2016 (de conformidad con la Directiva 2014/24/UE), la Región X desea confiar al banco las tareas de ejecución de un instrumento financiero. Dado que controla efectivamente el banco (aunque solo posea el 1 %) y dado que el banco destina más del 80 % de sus actividades a la ejecución de las tareas que le han confiado sus propietarios⁽³⁹⁾ (calculado en función del promedio del volumen de negocios total del banco durante los tres ejercicios precedentes a la adjudicación del contrato), existe una relación de dependencia interna entre la Región X y el banco que permite a la Región X confiar las tareas de ejecución del instrumento financiero al banco, siempre que el banco cumpla los requisitos del artículo 7 del RDel.

⁽³⁹⁾ Para los fines del ejemplo, se presupone que se cumplen las condiciones de propiedad de una entidad interna establecidas en la Directiva 2014/24/UE y recordadas anteriormente.

Ejemplo 3:

El Estado posee el 100 % de un banco de desarrollo cuya misión es fomentar el desarrollo económico del Estado miembro.

El Ministerio X es miembro del consejo supervisor del banco. El banco puede tomar libremente sus decisiones de financiación cotidianas, es decir, otorgar préstamos y avales a empresas de la región, que queden fuera de lo que se considera «significativo». Sin embargo, las decisiones significativas (como las decisiones sobre estrategia en materia de préstamos, dotación de personal y presupuestos) están sujetas a la influencia decisiva del poder adjudicador controlador y, en consecuencia, el Ministerio X ejerce sobre el banco un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

Además de las tareas que lleva a cabo para el Ministerio X, el banco tiene actividades comerciales que representan el 15 % del promedio de su volumen de negocios total.

En junio de 2016 (de conformidad con la Directiva 2014/24/UE), el Ministerio X desea confiar al banco las tareas de ejecución de un instrumento financiero. Dado que controla efectivamente el banco y dado que el banco destina más del 80 % de sus actividades a la ejecución de las tareas que le han confiado sus propietarios⁽⁴⁰⁾ (calculado en función del promedio del volumen de negocios total del banco durante los tres ejercicios precedentes a la adjudicación del contrato), existe una relación de dependencia interna entre el Ministerio X y el banco que permite al Ministerio X confiar las tareas de ejecución del instrumento financiero al banco, siempre que el banco cumpla los requisitos del artículo 7 del RDel.

3.6. Cooperación interadministrativa⁽⁴¹⁾

Una vez más, el hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye de por sí la aplicación de las normas de contratación.

No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le hayan sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos. Dada la necesidad de evitar la distorsión de la competencia en relación con los operadores económicos privados, la Directiva 2014/24/UE aclaró la cuestión de la cooperación interadministrativa.

En ese contexto, una autoridad de gestión, un organismo intermedio o un organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador podrán plantearse hacer uso de la cooperación interadministrativa para confiar las tareas de ejecución de un instrumento financiero, siempre que se cumplan las condiciones para dicha cooperación⁽⁴²⁾.

La cooperación interadministrativa para la ejecución de instrumentos financieros puede establecerse por medio de un contrato entre la autoridad de gestión, el organismo intermedio o el organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador y otro poder adjudicador que controle una entidad de propiedad 100 % pública capaz de ejecutar instrumentos financieros (es decir, una entidad interna). Otra opción es formalizar un acuerdo de financiación directamente entre la autoridad de gestión, el organismo intermedio o el organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador y el poder adjudicador que ejecute el instrumento financiero. El contrato o acuerdo de financiación debe regular las modalidades de remuneración del organismo ejecutor del instrumento financiero⁽⁴³⁾.

Cuando se utiliza la cooperación interadministrativa, una autoridad de gestión, un organismo intermedio o un organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador debe garantizar el cumplimiento de las disposiciones del artículo 7, apartados 1 y 2, del RDel.

⁽⁴⁰⁾ Para los fines del ejemplo, se presupone que se cumplen las condiciones de propiedad de una entidad interna establecidas en la Directiva 2014/24/UE y antes recordadas.

⁽⁴¹⁾ Siempre que se cumplan las condiciones para la cooperación interadministrativa, será posible adjudicar un contrato directamente a instituciones financieras establecidas en un Estado miembro con un fin de interés público y bajo el control de un poder público de conformidad con el artículo 38, apartado 4, letra b), inciso ii), del RDC, y a organismos de Derecho público o privado de conformidad con el artículo 38, apartado 4, letra b), inciso iii), del RDC.

⁽⁴²⁾ Un Estado miembro también podrá designar un organismo intermedio sujeto a cooperación interadministrativa. Este organismo intermedio podrá entonces confiar las tareas de ejecución de un instrumento financiero mediante cooperación interadministrativa, o a una entidad interna del organismo intermedio.

⁽⁴³⁾ En el caso de que se formalice un contrato con la entidad interna, el precio para el organismo ejecutor del instrumento financiero puede ser pagado directamente por la autoridad de gestión o indirectamente por el poder público que coopere con la autoridad de gestión. En el asunto C-480/06, Comisión/Alemania, Stadtreinigung Hamburg reservó una capacidad de 120 000 toneladas anuales para cuatro Landkreise por un precio calculado aplicando la misma fórmula para cada una de las partes. Ese precio se pagó al operador de la instalación, la contraparte contractual de Stadtreinigung Hamburg, por medio del intermediario de esta última (véase el apartado 5).

3.6.1. *Condiciones de cooperación interadministrativa hasta la transposición de la Directiva 2014/24/UE o hasta el 18 de abril de 2016 (la más temprana de esas fechas)*

Antes de adoptarse la Directiva 2014/24/UE, las condiciones en las que se podían formalizar contratos ⁽⁴⁴⁾ entre poderes públicos (cooperación interadministrativa) quedaban fuera del ámbito de las normas de contratación pública y se definían por la jurisprudencia.

La cooperación administrativa entre poderes públicos para asegurar que se lleve a cabo una tarea pública que todos ellos tienen que ejecutar está admitida fuera del ámbito de las normas de contratación pública ⁽⁴⁵⁾. Las normas de contratación pública no son de aplicación en tanto que:

- la cooperación administrativa concierna exclusivamente a poderes públicos, sin la participación de partes privadas,
- se respete el principio de igualdad de trato, de modo que ningún proveedor privado de servicios se sitúe en una posición de ventaja con respecto a sus competidores ⁽⁴⁶⁾, y
- la ejecución de esa cooperación se rija exclusivamente por consideraciones y requisitos relativos al cumplimiento de objetivos de interés público que dichos poderes deban ejecutar ⁽⁴⁷⁾.

No existe jurisprudencia sobre cooperación interadministrativa relacionada con instrumentos financieros. Sin embargo, los ejemplos de otros campos sirven para ilustrar la posición del TJUE sobre si la cooperación se rige exclusivamente por consideraciones y requisitos relativos al cumplimiento de objetivos de interés público.

El TJUE admite que las autoridades locales persiguen el objetivo de asegurar que una tarea pública se lleve a cabo en caso de cooperación en el campo de la eliminación de residuos para ejecutar las obligaciones establecidas en la legislación aplicable de la UE ⁽⁴⁸⁾.

El TJUE también analizó la cooperación entre una universidad y una empresa de propiedad pública de Derecho privado para la adquisición de un sistema informático de gestión de la enseñanza superior. El TJUE concluyó que dicha cooperación no estaba destinada a realizar una misión de servicio público que la universidad y la empresa en cuestión tuvieran que ejecutar, ya que a esta última no se le había confiado directamente la ejecución de una misión de servicio público ⁽⁴⁹⁾.

La cooperación interadministrativa para la ejecución de instrumentos financieros exige que las autoridades cooperantes lleven a cabo su trabajo en el interés público. Este es el caso si todas las actividades del poder adjudicador o de la entidad delegada se llevan a cabo bajo un mandato público establecido por ley, de modo que la ejecución del instrumento financiero permita a las autoridades desempeñar funciones que les hayan sido asignadas por el Derecho de la UE o nacional, como la financiación de medidas sociales o la financiación para determinados tipos de pymes o para promover el desarrollo económico o la investigación. Si una autoridad de gestión (organismo intermedio u organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador) persigue objetivos operativos y realiza actividades descritas en un programa (en lugar de actividades de apoyo, como el desarrollo de herramientas informáticas o el alquiler de las oficinas necesarias para alojar al personal dedicado a la ejecución de los Fondos EIE), estas se pueden considerar misiones de interés público. Si otros poderes públicos persiguen los mismos objetivos y realizan las mismas actividades, su ejecución puede dar lugar a la cooperación interadministrativa.

La cooperación entre poderes públicos debe regirse exclusivamente por consideraciones y requisitos relativos al cumplimiento de objetivos de interés público, que requiere un análisis caso por caso.

La remuneración pagada por la autoridad de gestión, el organismo intermedio o el organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder público para la ejecución del instrumento financiero al organismo ejecutor del instrumento financiero debe ser equivalente a la pagada por el resto de poderes públicos que utilicen los servicios del organismo ejecutor del instrumento financiero por los mismos tipos de productos financieros destinados a los mismos tipos de beneficiarios, siempre que se cumplan las disposiciones legales aplicables sobre costes y cargos de gestión (véanse, en particular, los artículos 12 y 13 del RDel).

⁽⁴⁴⁾ El Derecho de la UE no establece ningún requisito formal aplicable al contrato.

⁽⁴⁵⁾ Asunto C-480/06, Comisión/Alemania, apartados 37 y 44 a 47, y asunto C-159/11, ASL Lecce, apartados 35 a 37.

⁽⁴⁶⁾ Cuando los poderes públicos no puedan cumplir el 100 % de los servicios a través de la cooperación interadministrativa y deban adjudicar un contrato a una parte privada por el resto, deberán hacerlo por medio de un procedimiento de contratación pública, en su caso, para garantizar la igualdad de trato.

⁽⁴⁷⁾ Asunto C-480/06, Comisión/Alemania, apartados 44 a 47.

⁽⁴⁸⁾ Asunto C-480/06, Comisión/Alemania, apartado 37.

⁽⁴⁹⁾ Asunto C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH, apartados 16 y 35.

Conclusión:

Hasta la fecha de transposición de la Directiva 2014/24/UE o hasta el 18 de abril de 2016 (la fecha que sea más temprana), una autoridad de gestión, un organismo intermedio o un organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador podrá, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la jurisprudencia, formalizar acuerdos de cooperación interadministrativa con un poder público a quien se pueda confiar la misión de ejecutar instrumentos financieros.

3.6.2. Condiciones para la cooperación administrativa después de la transposición de la Directiva 2014/24/UE o después del 18 de abril de 2016

En virtud del artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE, los contratos formalizados exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedarán fuera del ámbito de la Directiva si se cumplen tres condiciones:

- i) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con el objetivo de garantizar que la finalidad de los servicios públicos de que disponen para llevar a cabo las tareas sea el logro de los objetivos que tienen en común. Como se indica en la sección 3.6.1, si una autoridad de gestión, un organismo intermedio o un organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador persigue objetivos operativos y realiza actividades descritas en un programa (en lugar de actividades de apoyo como el desarrollo de herramientas informáticas, el alquiler de oficinas necesarias para alojar al personal dedicado a la ejecución de los Fondos EIE), estas se pueden considerar misiones de interés público,
- ii) que la puesta en práctica de la colaboración se rija exclusivamente por criterios de interés público (véanse las consideraciones explicadas en la sección 3.6.1 en relación con la remuneración),
- iii) que los poderes adjudicadores participantes realicen menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación en el mercado abierto. En consecuencia, la limitación no se aplica a la actividad realizada en el mercado al margen de la cooperación.

Conforme a la última condición, que limita estrictamente las actividades realizadas en el mercado al margen de la cooperación, los poderes adjudicadores participantes deben llevar a cabo en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades incluidas en la cooperación.

Si las partes de la cooperación interadministrativa no realizan actividades económicas ni compiten de ningún otro modo con otros actores del mercado, se cumple la condición del artículo 12, apartado 4, letra c), puesto que no se realiza ninguna actividad en el mercado abierto.

En virtud del artículo 12, apartado 5, de la Directiva 2014/24/UE, para determinar el porcentaje de actividades se deberá tomar en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador de actividad alternativo apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Por definición, este cálculo no comprende actividades de nueva realización en el marco de la cooperación, es decir, actividades no realizadas por ninguno de los poderes adjudicadores participantes antes de la cooperación.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios u otro indicador de actividad alternativo apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, bastará con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

También están disponibles las clases de acuerdos contractuales descritas en la sección 3.6.1 ⁽⁵⁰⁾.

Conclusión:

Después de la fecha de transposición de la Directiva 2014/24/UE o del 18 de abril de 2016, una autoridad de gestión, un organismo intermedio o un organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador podrá formalizar acuerdos de cooperación interadministrativa que cumplan las condiciones establecidas en la Directiva con el resto de poderes adjudicadores en quienes se pudiera delegar la misión de ejecutar instrumentos financieros. También están disponibles las clases de acuerdos contractuales descritas en la sección 3.6.1.

⁽⁵⁰⁾ Es decir, el contrato directo entre la autoridad de gestión, el organismo intermedio o el organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador y otro poder adjudicador que controle una entidad de propiedad 100 % pública capaz de ejecutar instrumentos financieros (es decir, una entidad interna) y el contrato directo entre la autoridad de gestión, el organismo intermedio o el organismo ejecutor de un fondo de fondos que sea un poder adjudicador y el poder adjudicador que ejecute el instrumento financiero.

Ejemplo:

El Ministerio de Economía controla un banco de desarrollo de propiedad 100 % pública cuya misión, según la ley, es otorgar préstamos y avales a las pymes y apoyar la innovación en todo el territorio del país.

La Región Y ejecuta un programa destinado a fomentar la innovación en la región. No controla, ni individual ni conjuntamente, el banco de desarrollo nacional. Por tanto, no existe una relación interna entre ambos.

La cooperación interadministrativa podría ser posible si se cumpliesen las condiciones para tal cooperación:

1. El contrato de cooperación formalizado entre el Ministerio de Economía y la Región Y o entre el banco de desarrollo y la Región Y debe tener por objeto garantizar la prestación de los servicios públicos a que estén obligados el Ministerio y la Región Y a fin de cumplir los objetivos que tienen en común. En lo que respecta a la Región Y, basta con que el apoyo a la innovación en la región sea un objetivo del programa.
2. La puesta en práctica de la colaboración debe regirse exclusivamente por criterios de interés público. En particular, la remuneración del servicio debe tener las mismas condiciones para la Región que para el Ministerio. Si los productos financieros que la Región pide al banco que ejecute ya son suministrados por el banco al Ministerio, el banco cobra los mismos costes y cargos a la Región por la ejecución de un instrumento financiero que suministre estos productos. Si los productos financieros que la Región pide al banco que ejecute no son suministrados por el banco, el banco de desarrollo nacional aceptará cobrar a la Región los mismos costes y cargos que cobraría al Ministerio.
3. Los poderes adjudicadores participantes deben realizar menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación en el mercado abierto. El banco de desarrollo nacional no debe haber suministrado en el mercado abierto financiación del mismo tipo que sea objeto de la cooperación (es decir, el tipo de producto financiero suministrado a un determinado tipo de beneficiarios en un determinado sector; por ejemplo, capital para nuevas empresas de innovación) por más del 20 % del promedio de su volumen de negocios total durante los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Si el banco de desarrollo nacional cumple los requisitos del artículo 7 del RDel, la Región Y podrá adjudicar un contrato a ese banco y firmar el contrato con el banco directamente.

3.7. Requisitos del artículo 7 del RDel

El artículo 7 del RDel establece los criterios que debe aplicar la autoridad de gestión para seleccionar organismos ejecutores de instrumentos financieros. Las disposiciones del artículo 7, apartados 1 y 2, se aplican a la selección de organismos ejecutores de instrumentos financieros (con la excepción de la selección del BEI y del FEI), sea cual sea la cuantía del contrato y el procedimiento de selección de los organismos en cuestión (convocatoria abierta, procedimiento negociado, procedimiento de licitación o adjudicación directa). Las disposiciones del artículo 7, apartado 3, del RDel se aplican a la selección de intermediarios financieros por los organismos ejecutores de un fondo de fondos.

En expresión de los principios de transparencia y no discriminación recogidos en el Tratado, el artículo 7, apartado 2, del RDel establece que el proceso de selección debe ser transparente y justificarse por razones objetivas y no dar lugar a conflictos de intereses.

Cuando las tareas de ejecución de instrumentos financieros se confían a un tercero con arreglo a uno de los procedimientos de contratación establecidos en la Directiva de contratación pública, en vista del artículo 7 del RDel deberán introducirse al menos los criterios de selección y adjudicación y los elementos para el mandato señalados en los apartados 3.7.1 a 3.7.3. Al margen de esta situación, es decir, en caso de adjudicación directa de un contrato, deberán aplicarse los criterios de selección mencionados en el artículo 7 del RDel, pero no como criterios de selección, criterios de adjudicación y elementos indicados en el mandato.

3.7.1. Criterios de selección

Los criterios definidos en el artículo 7, apartado 1, letras a) a f), y apartado 2, párrafo primero, del RDel están relacionados con la capacidad jurídica, financiera, económica y organizativa del organismo al que se van a confiar las tareas de ejecución del instrumento financiero. Por lo tanto, deberá aplicarse el siguiente conjunto de criterios de selección mínimos.

3.7.1.1. Capacidad jurídica

Es necesario verificar la capacidad jurídica del organismo delegado para asegurarse de que el organismo seleccionado está autorizado para realizar las tareas de ejecución del instrumento financiero conforme al Derecho nacional y de la UE. Por lo tanto, en el procedimiento de selección se deberá comprobar que el organismo delegado está autorizado para realizar las tareas de ejecución pertinentes de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión [artículo 7, apartado 1, letra a), del RDel].

3.7.1.2. Capacidad económica y financiera

El organismo en el que se deleguen tareas de ejecución de instrumentos financieros deberá tener la capacidad económica y financiera necesaria para realizar el trabajo. Por consiguiente, en el procedimiento de selección será necesario verificar que la viabilidad económica y financiera del organismo delegado es adecuada [artículo 7, apartado 1, letra b), del RDel]. Se comprobará la idoneidad con referencia al tipo de tareas que se confiarán al organismo y sus modalidades de ejecución, incluida su duración.

3.7.1.3. Capacidad organizativa

El organismo en el que se deleguen tareas de ejecución de instrumentos financieros deberá tener la capacidad organizativa necesaria para ejecutar un instrumento financiero en el marco de un programa, es decir:

- capacidad adecuada para ejecutar el instrumento financiero, incluidos la estructura organizativa y el marco de gestión, de manera que se ofrezcan las garantías necesarias a la autoridad de gestión [artículo 7, apartado 1, letra c) del RDel]. La autoridad de gestión deberá evaluar cómo se dirige y se controla el sistema establecido en el organismo al que se vayan a confiar tareas de ejecución. El sistema establecido debe comprender aspectos como: planificación, establecimiento, comunicación, supervisión de los avances en el cumplimiento de los objetivos, gestión de riesgos y controles de gestión,
- un sistema de control interno eficaz y efectivo [artículo 7, apartado 1, letra d), del RDel]. Un sistema de control interno eficaz y efectivo debe garantizar que el organismo en quien se delegue la ejecución de instrumentos financieros disponga de un entorno de control adecuado y respete los procedimientos establecidos de ejecución, medición, seguimiento y reducción de riesgos,
- utilización de un sistema de contabilidad que facilite en tiempo oportuno información exacta, exhaustiva y fiable [artículo 7, apartado 1, letra e), del RDel].

3.7.1.4. Experiencia

A fin de asegurar la selección de los organismos más adecuados para que la ejecución de los instrumentos financieros sea eficaz, la autoridad de gestión debe tener debidamente en cuenta la experiencia del organismo al que se confíe la ejecución de un instrumento financiero en la ejecución de instrumentos financieros análogos (no necesariamente con fondos de la UE) en general, así como los conocimientos y experiencia particular de los miembros propuestos para el equipo en particular (artículo 7, apartado 2 del RDel). Este requisito no debe impedir la designación de una entidad de nueva creación, tras evaluar la experiencia de los miembros del equipo. La evaluación de la experiencia de los miembros del equipo será normalmente un criterio de adjudicación, ya que es relevante en lo que respecta a la oferta (evaluar quién trabajará en la prestación de los servicios licitados), y no en lo que respecta al licitador.

3.7.2. Criterios de adjudicación

El segundo conjunto de criterios definidos en el artículo 7, apartado 2, letras a) a f), del RDel está relacionado con el objeto del contrato para la ejecución del instrumento financiero. Por lo tanto, deberá aplicarse el siguiente conjunto de criterios de adjudicación mínimos. El uso de una metodología basada solo en el precio más bajo o solo en el coste (es decir, solamente en el marco de los cargos o costes de gestión de instrumentos financieros) para evaluar las ofertas presentadas por organismos ejecutores de instrumentos financieros no permitiría a las autoridades de gestión aplicar la totalidad del conjunto mínimo de criterios de evaluación. En consecuencia, las autoridades de gestión que seleccionen organismos ejecutores de instrumentos financieros deberán aplicar la metodología económicamente más ventajosa para evaluar las ofertas.

3.7.2.1. Metodología de inversión

La autoridad de gestión ha de evaluar las ofertas basándose en la metodología de inversión propuesta en las ofertas de los licitadores para la selección de intermediarios financieros o beneficiarios finales, según proceda, en los términos y condiciones aplicados en relación con la ayuda prestada a los beneficiarios finales, incluidos los precios, y, cuando el organismo ejecutor del instrumento financiero destine sus propios recursos financieros al instrumento financiero o comparta el riesgo, en las medidas propuestas para conciliar intereses y mitigar los posibles conflictos de intereses.

- Solidez y credibilidad de la metodología para identificar y valorar a los intermediarios financieros o a los beneficiarios finales según proceda [artículo 7, apartado 2, letra a), del RDel].
- Términos y condiciones aplicados en relación con la ayuda prestada a los destinatarios finales, incluidos los precios [artículo 7, apartado 2, letra c), del RDel]. Los precios deben comprender la escala de precios aplicable a distintos tipos de servicios y las ventajas adicionales ofrecidas en comparación con una transacción comercial estándar (por ejemplo, reducción de los depósitos de garantía, facilidades de reembolso en caso de dificultades, posibilidad de prestar o no asesoramiento técnico y financiero en campos concretos en proyectos complejos, etc.). Cuando el precio no esté predeterminado por el proveedor para un determinado tipo de servicio, se deberá prever y comunicar el método de cálculo del precio o una estimación suficientemente detallada.

Los términos y condiciones pueden materializarse en una sencilla guía paso a paso para ayudar a los beneficiarios finales a comprender cómo deben presentar sus solicitudes de inversión, qué tipos de servicios se prestan y qué tipo de remuneración comprende el contrato.

- En los casos en que el organismo que ejecuta el instrumento financiero asigne recursos financieros propios al instrumento financiero o comparta el riesgo, las medidas propuestas para alinear intereses y mitigar los posibles conflictos de intereses [artículo 7, apartado 2, letra f), del RDeI]. Una medida para alinear efectivamente los intereses entre los inversores sería la creación de una estructura adecuada de puesta en común de riesgos y beneficios para los recursos financieros invertidos por el organismo ⁽⁵¹⁾.

3.7.2.2. Capacidad de recaudar fondos adicionales ⁽⁵²⁾

A fin de garantizar el máximo efecto multiplicador posible para un determinado instrumento financiero, uno de los criterios que se aplicarán para seleccionar el organismo al que se confiará la ejecución de un instrumento financiero será su capacidad de recaudar fondos para la inversión en los beneficiarios finales, adicionales a las contribuciones del programa [artículo 7, apartado 2, letra d), del RDeI]. Por lo tanto, las ofertas deberán evaluarse en función de la capacidad del organismo para realizar inversiones adicionales.

3.7.2.3. Adicionalidad de la actividad de inversión ⁽⁵³⁾

A fin de garantizar el valor añadido de la intervención de los Fondos EIE, uno de los criterios que se aplicarán para seleccionar el organismo al que se confíe la ejecución de un instrumento financiero será su capacidad de demostrar que la ejecución del instrumento financiero generará una capacidad adicional a la actividad actual del organismo [artículo 7, apartado 2, letra e), del RDeI].

3.7.2.4. Nivel de los costes y cargos de gestión

Uno de los criterios que se aplicarán para seleccionar la oferta del organismo ejecutor de un instrumento financiero es el nivel de los costes y cargos de gestión que constituye el «precio» de los servicios prestados a la autoridad de gestión. Deberá tenerse en cuenta la metodología propuesta para el cálculo de los mimos.

3.7.3. Elementos para el mandato

Es recomendable introducir en el mandato las condiciones que deben aceptar los licitadores. Su introducción en el mandato no es la única manera de garantizar que se cumplan, pero se garantiza desde el principio que los posibles licitadores conozcan dichas condiciones.

A fin de asegurar que se pueda verificar el cumplimiento de las normas aplicables a los procedimientos establecidos y aplicados por el organismo al que se confíe la ejecución de instrumentos financieros, el organismo deberá aceptar ser auditado por las instituciones de control de los Estados miembros, la Comisión y el Tribunal de Cuentas Europeo [artículo 7, apartado 1, letra f), del RDeI]. A fin de asegurar que el organismo acepte ser auditado, se recomienda que esta condición se incluya en el mandato de la convocatoria y en el acuerdo de financiación correspondiente ⁽⁵⁴⁾. A fin de asegurar que se cumple el artículo 38, apartado 4, del RDC, también se recomienda que el mandato indique que el organismo ejecutor de un instrumento financiero no deberá establecerse ni mantener relaciones con entidades constituidas en territorios cuyos órganos competentes no colaboren con la Unión en la aplicación de las normas fiscales acordadas a nivel internacional; se incorporarán dichos requisitos en los contratos que se celebren con los intermediarios financieros elegidos.

4. Referencia, enlaces

SEC(2011) 1169 final DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público)

⁽⁵¹⁾ Véase la nota orientativa sobre remuneración preferente EGESIF 15-0030-00.

⁽⁵²⁾ El requisito de que los licitadores demuestren su capacidad para recaudar fondos adicionales también podría ser un criterio de selección si el poder adjudicador quisiera evaluar si el contratista recaudó fondos adicionales anteriormente, y no en relación con el instrumento financiero cuya gestión se licita.

⁽⁵³⁾ El requisito de que los licitadores demuestren la adicionalidad de la actividad de inversión también podría ser un criterio de selección si el poder adjudicador quisiera evaluar si el contratista es capaz de realizar actividades de inversión adicionales.

⁽⁵⁴⁾ Hay que señalar que, en lo que respecta al BEI (es decir, el BEI y el FEI de acuerdo con el artículo 2, apartado 23, del RDC), en virtud del artículo 9, apartado 3, del RDeI, la autoridad de gestión deberá encargar la realización de las auditorías a una empresa, que operará bajo un marco común establecido por la Comisión. En lo que respecta a organismos ejecutores de instrumentos financieros distintos del BEI, las autoridades de control podrán realizar las auditorías directamente o encargarlas a empresas externas. En este último caso, tendrán que seleccionar dichas empresas aplicando las normas y principios de contratación pública.

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_es.pdf

Directiva 2004/18/CE

Directiva 2014/24/UE

Nota orientativa sobre remuneración preferente EGESIF 15-0030-00
