



**INFORME 3/2016, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA, SOBRE INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

La Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública, en sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2016, aprobó por unanimidad, el siguiente informe:

**ANTECEDENTES**

El día 23 de septiembre de 2016 tiene entrada en el buzón de correo electrónico de la Junta de Contratación escrito firmado por la Consejera de Relaciones Ciudadanas e Institucionales del Gobierno de Navarra en el que se solicita informe de este órgano en relación con la Resolución del Parlamento de Navarra de fecha 30 de junio de 2016 que se reproduce a continuación:

*1.- Se insta al Gobierno de Navarra a dirigirse a la Junta de Contratación Pública de Navarra a los efectos de solicitar un informe sobre las cláusulas que se pueden incluir en las diferentes fases de los futuros pliegos de condiciones de contratación de las distintas Administraciones de Navarra, en relación a la responsabilidad fiscal de las empresas concurrentes que operan y tributan en paraísos fiscales, de acuerdo con el ordenamiento legal vigente y con el respeto a la libre competencia y la igualdad en acceso a los contratos.*

*2.-Se emplaza al Ejecutivo Foral a que, una vez obtenido el pronunciamiento favorable y atendiendo al alcance del mismo, se proceda a la elaboración inmediata de la normativa reglamentaria necesaria para la inclusión de estas cláusulas contractuales en los procesos de contratación pública que contemplen el tratamiento a las empresas concurrentes con criterios y/o actividad económica en paraísos fiscales, encaminadas a incorporar criterios que garanticen la transparencia pública, bien como requisito previo en la fase preparatoria, bien como elementos de valoración, favoreciendo en todo caso a aquellas empresas que cumplan correctamente con sus obligaciones fiscales o como una obligación en las condiciones de ejecución.*

*En caso de informe afirmativo, se solicita que se “explícite en los pliegos de condiciones que estas empresas que tributan en paraísos fiscales no concurren en igualdad de condiciones. En ese sentido, se solicitará la siguiente información con desglose por filial, es decir, para cada una de las filiales que tiene en cada país considerado territorio fiscal: nombre, actividad, número de empleados, cifra de negocios, beneficios/pérdidas, impuestos, subvenciones recibidas.*

*3.- Se conmina al Gobierno de Navarra a que en el nuevo proyecto de Ley Foral de Contratos se regule la exclusión de la contratación pública a empresas que estén radicadas o cuenten con amplia presencia en paraísos fiscales sin actividad económica que los justifique, favoreciendo a aquellas empresas que cumplen correctamente con sus obligaciones fiscales y, por tanto, presentan un mayor nivel de responsabilidad fiscal.*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 8 apartado b) del Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, por el que se regula la Junta de Contratación Pública de Navarra y los procedimientos y registros a su cargo, la solicitud de informe ha sido presentada por órgano legitimado.

**SEGUNDA.-** Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 208.4.c) de la LFCP, la Junta es competente para informar sobre cuestiones que atañen a la contratación pública y se sometan a su consideración. Por lo tanto la solicitud encaja dentro del ámbito objetivo de actuación de la Junta de Contratación Pública de Navarra.

**TERCERA.-** Antes de abordar cualquiera de los aspectos que se recogen en el texto de la Resolución, es preciso señalar que un acuerdo con idéntico contenido fue aprobado por el Pleno de las Cortes de Aragón de los días 19 y 20 de mayo de 2016 y ha sido objeto de pronunciamiento en todos sus puntos por parte de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón (informe 15/2016 de 20 de julio), cuya lectura resulta ilustrativa y su contenido, de aplicación en su totalidad en la Comunidad Foral, excepción hecha de las cuestiones competenciales en las que Navarra tiene un marco normativo distinto, que se analizará.

**CUARTA.-** Entrando ya en el contenido de la Resolución del Parlamento de Navarra de 30 de junio de 2016, la misma contiene 3 puntos, de los cuales, de acuerdo con su tenor literal, únicamente el primero requiere un pronunciamiento de la Junta de Contratación; no obstante se considera adecuado para la entera comprensión del asunto que se plantea, abordar el análisis de todo el texto, cuyo contenido puede sistematizarse de la siguiente forma:

- Posibilidad de incluir cláusulas en las diferentes fases de los pliegos de contratación en relación con la responsabilidad fiscal de las empresas que, residen, tributan u operan en paraísos fiscales, para favorecer a las empresas que cumplan correctamente con sus obligaciones fiscales, respetando en todo caso los principios de libre concurrencia e igualdad. Posibilidad de solicitar información complementaria a los licitadores que tengan residan tributen u operen en paraísos fiscales.
- Posibilidad de regular una nueva causa de exclusión en la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra.

I. Sobre la posibilidad de incluir cláusulas de responsabilidad fiscal en las diferentes fases de la licitación

**A. Cláusulas de los pliegos de contratación.**

El primero de los puntos, relativo a *“las cláusulas que se pueden incluir en las diferentes fases de los futuros pliegos de condiciones de contratación de las distintas Administraciones de Navarra en relación a la responsabilidad fiscal de las empresas concurrentes que operan y tributan en paraísos fiscales, de acuerdo con el ordenamiento legal vigente y con el respeto a la libre concurrencia y la igualdad en acceso a los contratos”* suscita numerosas cuestiones cuya respuesta dará luz, a su vez, a buena parte de las que aparecen en el resto de la Resolución.

En primer lugar resulta imprescindible conocer cuáles son los diferentes momentos de la contratación, qué cláusulas les son propias y qué requisitos debe reunir cada una de ellas para cumplir con la legalidad vigente.

Para ello, con carácter previo, hay que señalar que la legalidad en materia de contratación pública debe medirse de acuerdo con los parámetros establecidos por el Derecho de la Unión Europea, tanto el recogido en las Directivas y Reglamentos, como el desarrollado mediante los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que cobran una relevancia determinante como fundamento de cualquier desarrollo normativo en esta materia por parte de los Estados Miembros y como guía en la interpretación y aplicación del mismo. El Derecho Europeo en materia de contratación pública (representado ahora fundamentalmente por las Directivas 23/2014, 24/2014 y 25/2014) tiene un objetivo prioritario, la consecución de un mercado único, que la Unión considera un elemento central de la integración europea, capaz de generar un crecimiento sostenible de sus economías<sup>1</sup>, y para su realización, establece los principios que han de regir la actuación de los Estados Miembros en esta materia. Para obtener una idea clara de los mismos basta con reparar en el considerando (1) de la Directiva 24/2014 (en representación del conjunto de Directivas relativas a la contratación), que señala *“La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia...”* . Este es por tanto el marco en el que debe encajar cualquier decisión que se tome en materia de contratación pública por parte de los Estados de la Unión Europea y en consecuencia también todas las que ahora se plantean.

Volviendo a la cuestión relativa a los diferentes momentos dentro de los procedimientos de contratación y, en la parte que ahora nos interesa, los referentes a la relación con los licitadores, se pueden señalar los siguientes hitos:

- **Selección de licitadores**
- **Adjudicación del contrato**
- **Ejecución del contrato**

A cada uno de estos momentos dentro del procedimiento de contratación le son propias unas cláusulas que a su vez tienen unas determinadas exigencias, en parte

---

<sup>1</sup> Comité Económico y Social Europeo. 515o pleno del cese de los días 16 y 17 marzo de 2016.

compartidas y en parte exclusivas. A este respecto puede consultarse el Acuerdo 49/2013 de 17 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

#### A.1 Selección de licitadores.

En el primer hito señalado, la **selección de licitadores**, que en buena lógica se lleva a cabo al inicio del procedimiento, debe examinarse la aptitud del empresario para ser adjudicatario de un contrato público. Esta aptitud se aprecia por la ausencia de impedimentos para contratar (la no concurrencia de causas de prohibición de contratar) y por reunir la solvencia económica y financiera y técnica o profesional establecida. Solo la solvencia económica y financiera es relevante para el caso que nos ocupa y se define la como la capacidad que tiene una persona, de hacer frente a las obligaciones económicas que contrae.

Las prohibiciones de contratar determinan qué empresa o profesional puede y cual no puede participar en un procedimiento de contratación pública, en atención a su situación personal, con independencia de si en otros aspectos puede tener capacidad para ejecutar el contrato (considerando 101 párrafo 1 *in fine* Directiva 24/2014). En tanto que vedan la participación en la contratación pública son una “sanción” que impone el Derecho a quienes no hayan tenido un comportamiento honorable o fiable y resultan, en definitiva, una restricción a la competencia aunque ésta sea legal.

De todas las prohibiciones que regulan las directivas, denominadas causas de exclusión en la terminología europea y, en su aplicación, la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra, las que enlazan con el objeto de este informe son las que atañen a la moralidad profesional de los posibles licitadores y, en particular, la económica.

En cuanto a la concurrencia de los requisitos de solvencia se ha pronunciado el TJUE en el Asunto C-532/06, Lianakis: “(...)” 27. *En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») (...).* Estos criterios, por lo tanto, deben referirse a la empresa (licitadora) que presenta su oferta o candidatura y son notas que definen a la propia empresa, si bien no pueden exigirse con carácter

general sino que debe existir una necesaria vinculación al contrato de que se trate, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. La misión de los criterios de solvencia es determinar si los licitadores tienen o no la aptitud exigida para ese concreto contrato, que debe ser la necesaria para su correcta ejecución. La solvencia no se valora y por lo tanto no se tiene en cuenta si un licitador la muestra en mayor o menor medida que el resto (con la excepción del procedimiento restringido en el que sirve para clasificar y decidir cuáles de aquellos licitadores interesados -solo los mejores- podrán en un segundo momento presentar oferta). Su examen finaliza con la admisión o inadmisión del licitador en ese procedimiento, es decir, es un requisito de carácter eliminatorio y en consecuencia con un alto riesgo de producir efectos limitativos de la concurrencia, situación que debe en todo caso evitarse, de acuerdo con los principios de actuación que ya se han visto.

Para reputarse legales, los requisitos que deben cumplir los criterios de solvencia, de acuerdo con consolidada doctrina proveniente tanto de órganos consultivos como de Tribunales Administrativos de Contratos (véase Informe 36/07, de 5 de julio de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado), son los siguientes:

- Que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato.
- Que sean criterios determinados.
- Que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato.
- Que se encuentren entre los enumerados en los artículos 13 y 14 de la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos de Navarra.
- Que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio.

Desde la óptica de la legalidad o ilegalidad de posibles cláusulas de solvencia económica referidas a la responsabilidad fiscal de la empresa, sólo algunos de los requisitos anteriores resultan relevantes: su determinación, relación con el objeto del contrato e imposibilidad de resultar discriminatorios, que analizaremos a continuación.

Está dicho por la doctrina que el órgano de contratación no debe ceñirse a escoger uno o varios de los medios de prueba de la solvencia determinados en la Ley, sino que es necesario que precise cuáles son los requisitos mínimos que deben

cumplir, porque esta es la manera en que se alcanza el fin de garantía de una correcta ejecución del contrato. Así por ejemplo, habría que determinar la cifra mínima de volumen global de negocios que se entiende suficiente para asumir los riesgos económicos del contrato. En este sentido, la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón señala: *“Así, todavía son frecuentes los Pliegos en los que se indican los medios señalados para acreditar tanto la solvencia económica como la técnica mediante el simple recurso de transcripción del contenido de los artículos ... pero sin precisar, con la proporcionalidad adecuada, el nivel mínimo de solvencia económica y técnica que se considera suficiente para la futura ejecución contractual y, en ocasiones, sin concretar la forma de acreditación. ... sino que necesariamente determinen en los pliegos y en el anuncio, las condiciones mínimas que deban alcanzar los licitadores en cada medio seleccionado, así como el instrumento concreto exigido para la acreditación (declaración responsable, certificados etc.). Así, a modo de ejemplo, será adecuado establecer como medio de solvencia económica, el volumen global de negocio siempre que se señale un límite cuantitativo concreto y proporcionado con el objeto del contrato, y la forma en la que acreditarán los licitadores el cumplimiento del requisito exigido. De no hacerlo así, no pueden acordarse exclusiones en base a criterios no establecidos previamente, ya que supondría una quiebra al principio de concurrencia e igualdad de trato”*

Los criterios de solvencia deben estar relacionados con el objeto del contrato. Además de relación, habrá de existir proporcionalidad entre el importe del contrato y el de los medios requeridos como acreditación. La exigencia de proporcionalidad entre el importe del contrato y la solvencia que se exige está recogida en numerosas resoluciones de los Tribunales Administrativos. Como ejemplo puede citarse la Resolución 60/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que señala: *“... es necesario observar en primer lugar que la determinación de los niveles mínimos de solvencia deberá ser establecida por el órgano de contratación, si bien con un respeto absoluto al principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad*

*técnica del contrato y con su dimensión económica, sin olvidarnos que los mismos deben estar vinculados al objeto del contrato...”, o el más reciente Acuerdo 35/2016 de 5 de julio del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra: “En este sentido, la determinación de los niveles mínimos de solvencia debe ser establecida por el órgano de contratación, si bien con un respeto absoluto al principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse niveles mínimos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, sin olvidarnos que los mismos deben estar vinculados al objeto del contrato, y además que se incluya en alguno de los medios de acreditación de la solvencia establecidos en la LFCP... habida cuenta que admitida la viabilidad de que los pliegos puedan exigir en los contratos de asistencia una experiencia mínima como criterio acreditativo de la solvencia técnica, lo cierto es que deben, en todo caso, respetarse los principios generales inspiradores de la contratación pública, sobre todo y fundamentalmente los de concurrencia y proporcionalidad.”*

Finalmente es exigible que cualquier criterio de solvencia establecido, en ningún caso pueda producir discriminación para los posibles licitadores, como ya afirmó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en su Acuerdo 24/2013 de 3 de septiembre: “En consecuencia, tal requisito no es ajustado a derecho y al constituir una condición que coloca a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, lo que supone una infracción del principio de igualdad de trato, principio fundamental recogido en el Derecho comunitario, en el artículo 14 de nuestra Constitución y en el artículo 21 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, debe ser declarado nulo de pleno derecho...” De esta manera, no es posible utilizar como criterios de solvencia aquellos como el domicilio social, el origen u otros semejantes entre los que pueden incluirse el domicilio fiscal, que tengan relación con el arraigo territorial de los licitadores. En este sentido, el informe de 9/2009 de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa fue contundente al concluir: “El origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público “



## A.2. Adjudicación del contrato

Superado el primer momento clave dentro del procedimiento de contratación se alcanza el segundo de ellos, la adjudicación del contrato, que es una operación diferente de la selección de licitadores.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del TJUE, que se inició con la sentencia del Asunto C-31/87, Beentjes, y continuó con muchas otras entre las que cabe citar el Asunto C-532/06, Lianakis-, no es posible utilizar como criterios de adjudicación características propias de las empresas: *“(30) Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión (31)... Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que, por tanto, no tienen la cualidad de «criterios de adjudicación»”.*

La adjudicación es el resultado de la valoración de las ofertas presentadas por las empresas que fueron admitidas. Para llevar a cabo esta valoración resulta necesario establecer un elenco de criterios que, como se verá, tienen también sus propios requisitos y en todo caso deben referirse a las características de la prestación que debe ejecutarse y ser aplicados a todas las ofertas por igual. La adjudicación de un contrato público debe recaer en la oferta económicamente más ventajosa (considerando 89 y artículo 67.1 Directiva 24/2014), por lo que los criterios de adjudicación elegidos deben encaminarse exclusivamente a su determinación y, a diferencia de lo que se ha señalado con la solvencia, sí son objeto de valoración, por lo que cumplir en mayor medida con estos criterios dará lugar a la adjudicación del contrato.

Los requisitos que deben reunir los criterios de adjudicación para considerarse legales son los siguientes:

- Deben estar vinculados al objeto del contrato.
- Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.
- Deben publicarse previamente.

- Deben respetar el Derecho Comunitario, especialmente el principio de no discriminación, y correlativamente, la libre prestación de servicios y de establecimiento.

Al análisis que nos ocupa solo la vinculación al objeto del contrato y la necesidad de respetar el Derecho comunitario resultan relevantes. En cuanto al primero, de acuerdo con el artículo 51.1.b) de la LFCP, como criterio de adjudicación se utilizará bien el precio ofertado o bien, “...*criterios vinculados al objeto del contrato dando preponderancia a los criterios que puedan valorarse mediante fórmulas frente a criterios subjetivos, estableciéndose un mínimo del 50 por 100 de la puntuación a otorgar según estos primeros*”. Sin embargo es necesario tener en cuenta que en su determinación, la jurisprudencia comunitaria establece límites, al exigir no sólo que los criterios se adecuen al objeto del contrato, sino también que quede acreditada su necesidad para el mejor cumplimiento de la prestación (Sentencia TJUE Asunto Comisión-España C-158/03), y por lo tanto se establece la prohibición de que resulten excesivos, debiendo mantener una relación de proporcionalidad (Sentencia TJUE. Asunto Wienstrom C-448/01).

Cuestión muy relevante es la necesidad de que los criterios de adjudicación respeten el Derecho Europeo y en particular la prohibición de que resulten discriminatorios (*La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa*” –Considerando 90 Directiva 24/2014-). El Derecho Europeo entiende que cualquier criterio que pudiera favorecer a los licitadores locales y que disminuyera las posibilidades de los licitadores establecidos en otros Estados Miembros sería considerada una restricción de la libre prestación de servicios a efectos de lo dispuesto en el artículo 49 (ex 59) del Tratado CE y por lo tanto ilegal a efectos de la contratación pública.

Por su semejanza con el supuesto que nos ocupa, en el que parece relevante el mismo concepto de arraigo territorial vinculado a la tributación, merece la pena

destacar aquí ciertos criterios de adjudicación sobre los que ya existe una posición consolidada de la doctrina, negando su legalidad:

- Respecto del arraigo territorial el informe 16/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón concluye que la selección debe realizarse a favor de aquellas *“...empresas en disposición de cumplir el contrato que cumplan los requisitos señalados en el artículo 54 TRLCSP de plena capacidad de obrar, solvencia económica financiera y técnica y contar, en su caso, con una determinada habilitación empresarial o profesional, radiquen donde radiquen. Y la consulta a empresas de la localidad cuenta con los mismos límites expuestos...”* y la Resolución nº 119/2016 del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales que afirma *“...Sólo cabría admitirlo en el supuesto de que se evidenciara que la presencia en un ámbito geográfico determinado estuviera directamente vinculada con el objeto del contrato y su concurrencia implicara un beneficio significativo en la ejecución de la prestación, que, por lo demás, es lo que debe buscar el órgano de contratación a la hora de establecer los criterios por los que se valorarán las ofertas a fin de identificar la más ventajosa económicamente”*. En el mismo sentido, el ya citado Informe 9/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, tiene dicho: *“Igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración circunstancias que se refieran a alguna de las características de la empresa señaladas en la conclusión anterior”* (El origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial).

- El que la empresa se encuentre adherida a una junta arbitral de consumo, respecto de la que el Informe 4/2006, de 18 de mayo, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña ha señalado: *“...la incorporación de la cláusula de prevalencia propuesta comportaría, de hecho, la introducción en los procedimientos de licitación de una característica o requisito de las empresas licitadoras que sería un criterio de adjudicación y que, a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitaria ésta es una posibilidad únicamente admitida en los supuestos en que comporte para el órgano contratante una ventaja económica ligada al objeto del contrato (situación que difícilmente puede concurrir con la cláusula propuesta) o cuando lo prevea la misma norma. Por tanto, únicamente respetando las condiciones a qué se ha hecho referencia anteriormente y partiendo de la exigencia de vinculación entre el objeto contractual y la protección de las personas*

*consumidoras y usuarias finales, podría plantearse el uso adicional de la adhesión a un sistema arbitral como criterio de adjudicación.”*

### A.3. Ejecución del contrato

Finalmente, por lo que respecta a la ejecución del contrato, tercero de los hitos señalados, es posible establecer condiciones especiales de ejecución que acotan cómo debe realizarse la prestación objeto del mismo, además de lo ya establecido en las prescripciones técnicas.

Tradicionalmente, las Directivas han focalizado su interés en las fases de preparación y adjudicación del contrato de las que realizaban un desarrollo más o menos exhaustivo. Sin embargo, el interés y consecuente regulación de las Directivas se ha ampliado a determinados aspectos de la ejecución del contrato y en particular las condiciones de ejecución.

Estas condiciones consisten en una obligación que adquirirá únicamente el adjudicatario y que deben tomar forma durante la ejecución del contrato. Las condiciones especiales de ejecución, lo son del contrato y por lo tanto no se centran en aspectos de la empresa sino de la prestación contratada. Los requisitos que deben cumplir son los siguientes:

- Inclusión en el anuncio de licitación y en el pliego.
- Vinculación al objeto del contrato
- Exigencia respecto a la fase de ejecución del contrato.
- Carácter no discriminatorio.

Nuevamente, solo la vinculación con el objeto del contrato, por oposición a la vinculación con las características de la empresa, y su carácter no discriminatorio resultan ahora interesantes y han sido remarcados por el considerando 104 de la Directiva 24/2014: *“El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas. Las condiciones de ejecución de un contrato*

*deben ser compatibles con la presente Directiva siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias y estén vinculadas al objeto del contrato, que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización. Lo anterior incluye las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa.”*

Sobre la necesaria vinculación con el objeto del contrato ya se ha hablado con anterioridad en relación con los criterios de adjudicación y todas las consideraciones hechas resultan de aplicación. De la misma manera en lo que respecta a la necesidad de respetar el principio de igualdad y no discriminación.

De todo lo que se ha dicho hasta el momento se desprende una única **conclusión** y es que cualquier cláusula que se establezca en los pliegos debe estar relacionada con el objeto del contrato y no puede resultar discriminatoria. En la medida en que una determinada cláusula de responsabilidad fiscal cumpla con lo señalado, será acorde a Derecho, teniendo en cuenta además otro límite, que venga referida a las características de la empresa si se trata de una cláusula de solvencia o a las características de la propia oferta si es un criterio de adjudicación o una condición de ejecución.

#### **I. B) Sobre el respeto a los principios de libre competencia e igualdad.**

De acuerdo con el propio texto de la Resolución y con lo que se ha expuesto en los párrafos que preceden, resulta preciso abundar en los principios de libre competencia y de igualdad en el acceso a los contratos, y cómo pueden resultar afectados por las cláusulas propias de cada fase de la licitación.

Comenzaremos por realizar un análisis más detallado de ambos conceptos para determinar en última instancia si resultan compatibles con el establecimiento de cláusulas como las anteriormente analizadas.

Los principios generales de la contratación son ideas que deben guiar la contratación pública tal como se ha definido por las Directivas y la jurisprudencia

europea, sin importar cual sea el objeto del contrato, su cuantía o el poder adjudicador. Se caracterizan por ser transversales dado que afectan a todas las fases del procedimiento de contratación – también la ejecución- y tienen como misión conseguir el establecimiento del mercado interior en la Unión Europea, evitando que se falsee la competencia. El mantenimiento de estos principios, y en particular el de igualdad y no discriminación por razón de la nacionalidad, son la verdadera razón de ser de las Directivas en materia de contratación pública y por lo tanto deben dar luz a la interpretación de todas las normas y decisiones que se adopten en esta materia dentro de los Estados Miembros. De acuerdo con lo anterior, el TJUE en su sentencia de 12 de marzo de 2008, *Evropaïki Dynamiki*. T-345/03 afirma “(141)... *está obligada a velar, en cada fase del procedimiento, por el respeto de la igualdad de trato y, en consecuencia, por la igualdad de oportunidades entre todos los licitadores*”. Acerca del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad se ha pronunciado entre otras la Sentencia *Comisión/Francia*. C-264/03 de 20 de octubre de -2005, del TSJUE: “(66) *El artículo 49 CE prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios en el interior de la Comunidad Europea para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación. Por otra parte, según reiterada jurisprudencia, esta disposición exige la supresión de cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (véanse, en particular, las sentencias de 13 de julio de 2004, Comisión/Francia, C-262/02, Rec. p. I\_6569, apartado 22, y Bacardi France, C-429/02, Rec. p. I-6613, apartado 31 y la jurisprudencia que allí se cita). (67) En concreto, un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento, so pena de privar de eficacia a las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios (véase la sentencia de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia, C-180/89, Rec. p. I-709, apartado 15)*”. Y en la sentencia *Parking Brixen*. C-458/03 de 13 de octubre de 2005 se afirma: “(48)... *el Tribunal de Justicia ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad (véase en este sentido la*

sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartados 33 y 54).”

Parece claro por tanto, que estos principios deben ser tenidos en cuenta a lo largo de todo el procedimiento de contratación y que cláusulas (tanto de solvencia, como criterios de adjudicación y condiciones de ejecución) deben respetarlas sin que en particular la nacionalidad o la ubicación de la sede social de una empresa pueda determinar, por sí sola, la posibilidad de participar en un procedimiento o beneficiarle en el momento de la valoración de las ofertas.

Debe tenerse en cuenta también que la Unión Europea es signataria del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, tratado internacional vinculante, cuya finalidad es la apertura mutua de los mercados de contratación pública entre sus Partes, para lo que deben establecerse condiciones de competencia abiertas, equitativas y transparentes en la esfera de la contratación pública y cualquier vulneración de estas condiciones conlleva la del propio tratado.

### **I. C) Sobre la responsabilidad fiscal.**

Todo lo dicho hasta el momento deja pendiente interrogantes que trascienden de la teoría de la contratación pública pero que resultan pertinentes para llegar a una conclusión razonada. La duda principal es qué entender por responsabilidad fiscal, que debe ser delimitada y definida.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en su acepción primera, Responsabilidad es “*cualidad de responsable*” y Responsable es aquella persona “*Obligado a responder de algo o por alguien*”. De lo anterior se infiere que si no hay obligación no hay responsabilidad. A estos efectos también resulta ilustrativo el conocimiento de la Real Academia que contrapone obligación civil (aquella “*cuyo cumplimiento es exigible legalmente aunque no siempre sea valedera en conciencia*.”) a obligación natural (la que “*siendo lícita en conciencia, no es, sin embargo, legalmente exigible por el acreedor, aunque puede producir algunos efectos jurídicos*”). Así, podría definirse la responsabilidad fiscal como el cumplimiento de las obligaciones

fiscales, obligaciones que, si han de ser exigidas, deben ser legales (civiles) y no naturales.

Según parece desprenderse del texto de la Resolución que motiva este informe, la residencia, actividad o tributación en un paraíso fiscal, es entendido como una suerte de irresponsabilidad (incumplimiento de obligaciones) fiscal, sin embargo es necesario averiguar si ésta es una irresponsabilidad por incumplimiento de obligaciones fiscales legales (civiles, en la terminología de la Real Academia) o naturales, puesto que ello determinará su exigibilidad y las consecuencias que puedan derivarse.

Para llevar a cabo el anterior deslinde, es conveniente conocer y distinguir dos conceptos: elusión fiscal y evasión fiscal.

#### C.1 Elusión fiscal

La elusión fiscal supone dejar de pagar los impuestos que corresponderían a un sujeto según su capacidad económica, aprovechando los resquicios legales o determinadas deducciones, exenciones, y bonificaciones fiscales, mediante una política fiscal agresiva por parte de la empresa. Esto suele realizarse constituyendo estructuras societarias complejas, en ocasiones, con sede en paraísos fiscales (actualmente, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los que figuran en el listado contenido en el RD 1080/1991, actualizado conforme a los criterios introducidos RD 116/2003)<sup>2</sup>. Esta forma de actuar (en la que se encuadra la residencia, actividad o tributación en un paraíso fiscal), es legal y no genera ninguna responsabilidad en el plano fiscal por lo que su único cuestionamiento puede venir del ámbito de la “ética de la fiscalidad”, que en absoluto corresponde valorar a esta Junta de Contratación. En consecuencia, como ya ha señalado el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, difícilmente alguna de estas actuaciones pueden por sí solas fundamentar la imposición de sanciones administrativas (como lo es la prohibición de contratar) o incluso otras actuaciones disuasorias (como favorecer a quien no incurra en ellas).

---

<sup>2</sup> Véase el informe de 23 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Tributos sobre la vigencia de la lista actual de paraísos fiscales, en relación con la imposibilidad de actualizar automáticamente dicha lista.



**En definitiva, las actuaciones que encajan en el concepto de elusión fiscal no pueden ser entendidas como irresponsabilidad fiscal desde un punto de vista jurídico y en consecuencia no justifican la adopción de medidas en ninguna de las fases del procedimiento.**

### C.2. Evasión fiscal

La evasión fiscal o fraude fiscal, por su parte, es una actuación consistente en no pagar los impuestos que corresponderían con la capacidad económica del sujeto en contra de lo legalmente establecido (a diferencia de lo que se ha dicho acerca de la elusión) y por lo tanto sí encaja en el concepto de irresponsabilidad, como incumplimiento de obligaciones y da lugar a la adopción de las pertinentes medidas legales, que en el ámbito de la contratación pública se concretan en la prohibición de contratar (así el artículo 18.1.a), d) y e) de la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos de Navarra). En esta, como en todas las cuestiones anteriores, el pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón resulta intachable: *“para sancionar con la exclusión de la licitación o resolución de un contrato a un operador económico que tenga residencia o actividad en un paraíso fiscal, es necesario verificar que existe fraude fiscal a través de la incoación y resolución del oportuno procedimiento, puesto que no es compatible en nuestro ordenamiento jurídico dar cobertura a la presunción de culpabilidad sin que se haya acreditado fehacientemente la relación entre los hechos imputados y el resultado tipificado en las normas sancionadoras administrativas y penales.”*

Visto que las actuaciones fiscales ilegales ya tienen prevista una consecuencia en el ámbito de la contratación pública, es necesario saber si las actuaciones fiscales legales pueden ser utilizadas para el cumplimiento de fines que pueden denominarse sociales.

Pues bien, el cumplimiento de las obligaciones fiscales no puede servir para determinar la solvencia económica de una empresa que pretenda licitar a un contrato público porque la solvencia económica debe ser cuantificable y proporcionada al objeto del contrato sin que la residencia, actuación y consecuente tributación en uno u otro lugar (sea paraíso fiscal o no) haga diferencia alguna a efectos de determinar si

una empresa es capaz de asumir las obligaciones económicas derivadas de un contrato. En mayor medida, la residencia, actuación o tributación de una empresa en nada afecta a la forma en que va a llevarse a efecto la prestación objeto del contrato, ni su mayor o menor adecuación a las necesidades del órgano de contratación por lo que su utilización como criterio de adjudicación o como condición de ejecución, al infringir los principios de la contratación pública que ya se han visto, resultaría claramente ilegal.

Lo anterior enlaza con la propuesta del Parlamento por la cual la adopción de cualesquiera cláusulas referentes a la responsabilidad fiscal de las empresas, tendrá como finalidad favorecer a las que cumplan correctamente con sus obligaciones fiscales.

La respuesta parece obvia pero no por ello irrelevante, tal objetivo no es acorde a Derecho porque una empresa tiene la obligación de cumplir con sus obligaciones fiscales (civiles, se entiende) y en modo alguno puede favorecerse por ello sino en todo caso exigirle que así sea, imponiendo en caso de incumplimiento la sanción pertinente, entre las que, como se ha visto, se encuentra la prohibición de contratar. Ello es así porque, desde un punto de vista legal, una obligación, se cumple o no se cumple, pero no se cumple mejor o peor. El pretendido favor, comienza y acaba si así quiere verse, de la posibilidad de participar en el mercado de la contratación pública de quienes cumplen con sus obligaciones y son por tanto, fiscalmente responsables.

#### **I.D) Posibilidad de solicitar información complementaria a licitadores que tengan residencia, tributen u operen en paraísos fiscales**

Para acabar con este primer apartado de la exposición, faltaría un pronunciamiento sobre la posibilidad de señalar en los pliegos que las empresas que tributan en paraísos fiscales no concurren en igualdad de condiciones y por lo tanto solicitarles la información que se detalla en la Resolución con desglose por cada filial ubicada en un paraíso fiscal (nombre, actividad, número de empleados, cifra de negocios, beneficios/pérdidas, impuestos y subvenciones recibidas).

Desde un punto de vista jurídico, no se aprecia qué consecuencia puede tener la pretendida mención en los pliegos de la falta de igualdad de las empresas, más allá de una consideración del órgano de contratación sin otra virtualidad que una tacha, si se quiere moral, a determinados licitadores.

La exigencia de determinada documentación (numerosa y exhaustiva, por cierto) a determinadas empresas, para un propósito indeterminado parece no resultar acorde al objetivo de simplificación que se ha venido perfilando a nivel europeo desde el Libro Verde de la Comisión sobre modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea, "Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente" y a través de otros documentos hasta cristalizar en las últimas Directivas europeas en materia de contratación pública, donde se recoge de forma sintética en los considerandos 84 y 133 de la Directiva 24/2014 *"(84) Muchos operadores económicos, y en concreto las PYME, consideran que un obstáculo importante para su participación en la contratación pública son las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección. Limitar estos requisitos, por ejemplo mediante el uso de un documento europeo único de contratación consistente en una declaración actualizada del propio interesado, podría aportar una simplificación considerable que beneficiaría tanto a los poderes adjudicadores como a los operadores económicos."* *"(133) Debe utilizarse el procedimiento de examen para la adopción del formulario normalizado para las declaraciones de los interesados, debido a la repercusión de dichas declaraciones en la contratación y porque deben desempeñar un papel esencial en la simplificación de los requisitos documentales en procedimientos de contratación."* A la par, se recoge la posibilidad del poder adjudicador para recabar en cualquier momento la información que considere necesaria para la correcta aplicación de los procedimientos de contratación pero dado que no se explicita la finalidad para la que en este caso se habría de solicitar tal información y que la misma, además, viene referida a actuaciones de la empresa que ya se ha visto que son en principio legales, su aportación lejos de crear un valor, supone una restricción a la competencia por cuanto incrementa las cargas administrativas de forma desproporcionada, y por lo tanto no resulta acorde a Derecho.

Si bien la consideración de la contratación pública como un instrumento al servicio de otras políticas públicas, sociales, laborales, medioambientales, etc. sin duda va ganando fuerza en la normativa comunitaria<sup>3</sup>, Su utilización debe respetar siempre de forma rigurosa el marco de los principios generales de la contratación. A modo de valoración, y visto todo lo anterior, esta Junta considera que existen otros medios más adecuados que la contratación pública para combatir actuaciones que no se consideran correctas desde un punto de vista ético, en el comportamiento tributario de las empresas y profesionales y en relación con esta opinión hay que añadir que así lo ha entendido la propia Comisión Europea al aprobar el plan BEPS, consistente en un paquete de medidas de lucha contra la evasión fiscal, de acuerdo con las recomendaciones de la OCDE y el G20. En este sentido pueden citarse también el resto de medidas que la Junta de Consultiva de Contratación de Aragón cita en su consideración jurídica segunda y que no es necesario reproducir.

Esta posición conecta directamente con la cuestión que se plantea en el punto 3 de la Resolución del Parlamento de fecha 30 de junio, por la que se pretende, mediante su inclusión en el nuevo texto de Ley Foral de Contratos Públicos que ha de transponer las Directivas 23 y 24/2014 al ordenamiento jurídico navarro, de una nueva causa de exclusión para contratar.

## II. Sobre la posibilidad de regular una nueva causa de exclusión en la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra

Los interrogantes que surgen al hilo de este planteamiento tienen que ver por un lado con la competencia de la Comunidad Foral para regular esta cuestión, su extensión y límites, y por otro lado con la necesidad y/o conveniencia de llevar a cabo tal regulación, asunto este que en buena parte ya ha sido respondido anteriormente en sentido negativo.

En relación con la competencia de la Comunidad Foral para regular prohibiciones de contratar es preciso acudir al artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto de reintegración y mejoramiento del régimen foral de

---

<sup>3</sup> Vid. Considerandos 37, 92, 97, 98 y Artículos 18 y 67 entre otros, de la Directiva 24/2014 de Contratos Públicos.

Navarra (LORAFNA) en relación con el artículo 149.1.18ª de la Constitución, que debe entenderse delimitado por su Disposición Adicional Primera y en consecuencia por los Derechos Históricos recogidos en la LORAFNA. De acuerdo con ambos, la Comunidad Foral de Navarra tiene competencia legislativa exclusiva en materia de contratación pública.

Sobre esta cuestión existe consolidada doctrina jurisprudencial entre la que merece la pena destacar la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 140/1990 de 20 de septiembre, que si bien se refiere al apartado b) del mismo artículo 49.1 LORAFNA, debemos entender aplicable por analogía, tal como ya ha señalado acertadamente D. José Antonio Rázquin Lizarraga<sup>4</sup>, al ser éste también un Derecho histórico reconocido con carácter exclusivo, con el único límite de los derechos y obligaciones esenciales de la legislación básica. Por lo tanto, la competencia de la Comunidad Foral para la legislación en materia de contratación pública es exclusiva y topa con el único límite del respeto a la unidad constitucional y a los principios esenciales de la legislación básica. Conviene, por lo tanto, preguntarse cuál es el contenido de esos principios esenciales.

También el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse repetidamente sobre esta cuestión, tanto desde un punto de vista genérico referido al concepto de bases, como sobre qué debe entenderse por bases concretamente en materia de contratación Administrativa. Sobre el primer punto el Tribunal defiende un concepto material y afirma “de esta noción material de bases se infiere que unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales” (STC 1/1982); y recuerda que la finalidad de la normativa básica es dar eficacia a los principios esenciales (que equipara con los objetivos del legislador al aprobar una norma) y que en materia de contratación concreta en *“proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas”*, objetivo compartido como el mismo Tribunal recoge, con las Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública. A este respecto, véase la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 141/1993 de 22 de

abril, F.J.5. Sobre la competencia de Navarra en materia de contratación pública puede también consultarse la posición de D.Juan Cruz Alli Aranguren en “Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos”<sup>5</sup>

Así las cosas, queda claro que la Comunidad Foral de Navarra tiene competencia legislativa exclusiva en materia de contratación pública siempre que respete los principios esenciales de la normativa básica, principios esenciales que en esta materia son los recogidos por las Directivas. En esta medida, se entiende que la regulación de la Ley Foral de Contratos Públicos será legal si cumple lo anterior, con independencia de que su contenido se asemeje o no al de la normativa estatal puesto que en palabras de la propia LFCP “*puede legítimamente aspirar a la originalidad*” dentro de los límites establecidos.

Todo lo dicho configura la capacidad de la Comunidad Foral de legislar acerca de las prohibiciones de contratar en relación con sus competencias dentro del sistema de reparto estatal.

Pero es necesario medir también en relación con el otro parámetro señalado, su adecuación al sistema establecido por las Directivas europeas en materia de contratación pública, y puesto que las prohibiciones de contratar son una medida claramente restrictiva de la competencia, deben ser reguladas y aplicadas con cautela. En este sentido se ha pronunciado el propio Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea quien señala que las causas que pueden justificar la exclusión de un contratista son, exclusivamente, las enumeradas por las Directivas, y que no es posible que los Estados Miembros, en su legislación interna completen la lista añadiendo nuevas causas de exclusión. Esto no excluye, en palabras del propio Tribunal la facultad de los Estados Miembros para adoptar normas que garanticen el principio de igualdad de trato y de transparencia, habida cuenta que las medidas adoptadas para este fin deben ser siempre moduladas por el principio de proporcionalidad. Las Sentencias Michaniki C-213/07 de 16 de diciembre de 2008 (43)

---

<sup>4</sup> José Antonio Rázquin Lizarraga. Doctor en Derecho. Director de la Asesoría Jurídica del Gobierno de Navarra. “La competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de contratación administrativa” p. 101.

<sup>5</sup> Juan Cruz Alli Aranguren. Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006 de 9 de junio). Colección Pro Libertate, núm. 15. Pamplona 2006, pp. 43-119.

(44) (48) y La Cascina y Zlinch C-226/04 y C-228/04 de 9 de febrero de 2006 recogen esta posición, y en particular estas últimas señalan “(21)..., el artículo 29 de la Directiva prevé siete causas de exclusión de la participación de los candidatos a un contrato público, que se refieren a la honestidad profesional, a la solvencia o a la fiabilidad de éstos. Dicha disposición deja la aplicación de todos estos casos de exclusión a la apreciación de los Estados miembros, como muestra la expresión «podrá ser excluido de la participación en un contrato [...]», que figura al principio de dicha disposición, y, en las letras e) y f), se remite expresamente a las disposiciones legales nacionales. (22) ...establece los únicos límites de la facultad de los Estados miembros, en el sentido de que éstos no pueden establecer causas de exclusión que no sean las indicadas en dicha norma. Esta facultad de los Estados miembros queda circunscrita asimismo por los principios generales de transparencia y de igualdad de trato (véanse, en particular, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 91 y 92, y de 16 de octubre de 2003, *Traunfellner*, C-421/01, Rec. p. I-11941, apartado 29). (23)...los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión, optando por la participación más amplia posible en los procedimientos de formalización de contratos públicos, o bien para integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional. Al respecto, los Estados miembros pueden moderar o hacer más flexibles los requisitos establecidos en el artículo 29 de la Directiva.”

Sobre esta cuestión merece la pena traer a colación las recientes conclusiones del abogado general M. Campos Sánchez-Bordona presentadas precisamente el 30 de junio de 2016 (*Connexion Taxi Services*, Asunto C-171/15) que parecen dejar claro que no resulta adecuado hacer una interpretación extensiva de las prohibiciones de contratar sino que más bien deben ser aplicadas de forma proporcionada: según las cuales “*El presente conflicto se plantea en relación con una licitación a escala europea para adjudicar el “servicio de transporte interregional recreativo-social para personas con movilidad reducida”.* Se da la circunstancia de que uno de los licitadores había incurrido en una falta grave en materia profesional, conducta recogida en el «documento descriptivo» de la oferta como motivo de eliminación. Sin embargo, el poder adjudicador no solo aceptó su participación, sino que finalmente le adjudicó el

*contrato: mantenía su decisión de adjudicar el contrato a Unión de Empresas, porque, no obstante haber cometido una «falta grave en materia profesional», su exclusión sería desproporcionada...«1) El artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no se opone a una norma nacional, como la controvertida en este litigio, en cuya virtud el poder adjudicador ha de aplicar el principio de proporcionalidad para excluir a un licitador que haya cometido una falta grave en materia profesional, aun cuando en el documento descriptivo del contrato no figure explícitamente esta facultad. “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se ha pronunciado sobre las causas facultativas de exclusión, rechazando su aplicación automática corrobora la necesidad de proceder a esta «interpretación conforme». Se deduce de la sentencia Forposta y ABC Direct Contact que el automatismo (en cuanto a la exclusión del licitador responsable de faltas graves) podría sobrepasar el margen de apreciación conferido a los Estados miembros por el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18. Según dicha sentencia, de entrada, se ha de llevar a cabo «una apreciación concreta e individualizada de la actitud del operador económico de que se trate»”. En este mismo sentido, el considerando 101, tercer párrafo de la Directiva 24/2014 señala lo siguiente: “Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales” y así cobra sentido la novedosa previsión de la Directiva en relación con la posibilidad de establecer la posibilidad de presentar pruebas de las medidas adoptadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas para evitar la prohibición de contratar que en que estén incursas.*

**Lo anterior, lleva, sin duda, a desechar la posibilidad de regular una causa de prohibición de contratar basada en actuaciones tales como la residencia, actuación o tributación de una empresa en un paraíso fiscal.**

De acuerdo con todo lo anterior, se llega a la siguiente



## ONCLUSIÓN

1. Cualquier cláusula de responsabilidad fiscal que incluya un pliego de contratación debe, entre otros requisitos, tener vinculación con el objeto del contrato y no producir efectos discriminatorios para poder considerarse legal.
2. Las cláusulas relacionadas con la residencia, actuación o tributación de una empresa en un paraíso fiscal no pueden considerarse legales por las siguientes razones:
  - a. Como solvencia económica, porque la misma debe ser cuantificable y proporcionada al objeto del contrato sin que la residencia, actuación y consecuente tributación en uno u otro lugar tenga relación con la capacidad de la empresa de asumir las obligaciones económicas derivadas de un contrato.
  - b. Como criterio de adjudicación o como condición de ejecución, porque la residencia, actuación o tributación en uno u otro lugar en nada afecta a la forma en que va a llevarse a efecto la prestación objeto del contrato, ni su mayor o menor adecuación a las necesidades del órgano de contratación.
3. La Comunidad Foral no puede regular una nueva causa de prohibición de contratar relativa a la residencia o tributación en un paraíso fiscal dado que este motivo no se contempla en las Directivas comunitarias como causa de exclusión.

Pamplona, 16 de diciembre de 2016

LA PRESIDENTA

LA VOCAL

LA SECRETARIA

Marta Echavarren Zozaya

Cristina Abaurrea Arizmendi

Silvia Baines Zugasti

