



V. Aspectos del desarrollo del negocio en el mercado polaco

1. La contratación pública en Polonia

I. Introducción

La normativa polaca de contrataciones públicas (en adelante, “**PZP**”) se encuentra adaptada en muy buena medida a los estándares europeos, siendo en su gran mayoría consecuencia de la transposición de la legislación de la Unión Europea. No obstante, es preciso tener en cuenta las especificidades de las normas polacas, que tienen sin duda una influencia considerable en la forma de contratación con las administraciones públicas. Se hace pues a todas luces necesario comprender los entresijos de esta normativa así como interpretarla correctamente, puesto que de ello depende en buena medida la obtención de un contrato con las administraciones públicas.

En este artículo se presentarán algunas de las instituciones más importantes y las reglas vigentes para los contratistas y los poderes adjudicadores en el curso de cualquier procedimiento de adjudicación. Su conocimiento y entendimiento, o a veces un punto de vista nuevo, permitirá participar de manera más eficaz en los procedimientos de adjudicación en Polonia, así como evitar problemas fácilmente evitables.



II. Derecho de contrataciones públicas – esquema básico de los procedimientos

II.1 Procedimientos por debajo y por encima de los umbrales comunitarios – diferencias en función del valor del contrato.

Las características principales de un procedimiento de adjudicación de un contrato público podrían variar dependiendo de su valor (por debajo o por encima de los llamados umbrales comunitarios).

Los procedimientos por encima del umbral se inician a través de la entrega del anuncio sobre la contratación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Según el carácter legal y el estatus del poder adjudicador, estamos ante un procedimiento por encima del umbral si el valor de la contratación (es decir, la cuantía que el poder adjudicador puede asignar a la realización de la contratación) equivale o excede el importe de 130.000 hasta 400.000 euros para los suministros o el importe de 5.000.000 euros en el caso de las obras de construcción.

El segundo tipo de procedimientos son los procedimientos por debajo del umbral iniciados si el valor de las contrataciones no excede los importes arriba indicados, a través de la publicación del anuncio sobre la contratación en una editorial polaca llamada Boletín de Contrataciones Públicas. Es posible consultar el contenido de los anuncios actuales en la página de Internet con dirección <http://bzp1.portal.uzp.gov.pl/index.php?ogloszenie=brower>.

Como se ha señalado en la introducción, existen diferencias significativas entre los tipos de los procedimientos de adjudicación relacionadas con el valor de la contratación. En pocas palabras, se puede decir que PZP trata de manera más rigurosa los procedimientos por encima del umbral en contraste con los procedimientos por debajo del umbral.

La primera diferencia entre los procedimientos indicados se nota ya en la etapa de determinar por parte del poder adjudicador las condiciones de participación en el procedimiento y la documentación que confirme el cumplimiento de estas condiciones por los contratistas.

En el caso de los procedimientos por encima del umbral, el poder adjudicador está obligado a requerir documentos y declaraciones que confirmen el cumplimiento de las condiciones de participación en el procedimiento, mientras que en el caso de los procedimientos por debajo de las cuantías indicadas es de carácter opcional requerir dichos documentos. Sin embargo, en la situación cuando en los procedimientos por debajo del umbral el poder adjudicador utilice la posibilidad de requerir los documentos que confirmen el cumplimiento de condiciones de participación en el procedimiento, no tiene que justificar tal decisión.

El catálogo de documentos que puede requerir el poder adjudicador (independientemente del tipo del procedimiento) está determinado en el reglamento de ejecución de PZP titulado “*Resolución del Presidente del Consejo de Ministros del 30 de diciembre de 2009 sobre los documentos que puede requerir el poder adjudicador del contratista y las formas en las que pueden presentarse estos documentos*”¹. El catálogo de los documentos indicados allí tiene un carácter cerrado, lo que significa que en la situación cuando el poder adjudicador requiere de los contratistas documentos fuera del catálogo especificado, los contratistas tienen derecho a utilizar medios de impugnación. Si no lo hacen, estarán, no obstante, obligados a presentar los documentos requeridos.

Otra diferencia significativa entre los tipos descritos de procedimientos es la cuestión de la garantía provisional. En los procedimientos por encima del umbral el poder adjudicador está obligado a requerir de los contratistas que efectúen la garantía en contraste con los procedimientos por debajo del umbral en los que el poder adjudicador puede expresar este requerimiento pero no tiene por qué hacerlo.

Otra cuestión muy significativa desde el punto de vista de los contratistas son los plazos determinados para presentar las ofertas o las solicitudes de participación en el procedimiento: la determinación de los plazos constituye la obligación del poder adjudicador y con este objetivo el mismo debería publicar la información adecuada. Los plazos para presentar las ofertas o las solicitudes se calculan en días

¹ Diario Oficial 2009 N° 226 pos. 1817



según las normas del Código civil polaco. En el caso de los procedimientos por debajo del umbral, el plazo para presentar las ofertas tiene que tener en cuenta el tiempo necesario para su preparación y presentación: como mínimo 7 días para servicios y suministros y 14 días para las obras de construcción.

En cuanto a los procedimientos por encima del umbral, el plazo de presentación de ofertas no puede ser inferior a 40 días a contar desde el día de la entrega del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea por correo electrónico y de 47 días en el caso de que el anuncio se entregue de otra forma. Merece la pena subrayar el momento a partir del cual se calculan los plazos, ya que el cálculo se efectúa no desde el momento de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, sino desde el momento real de la entrega del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

PZP prevé la posibilidad de acortar el plazo aplicado en los procedimientos por encima del umbral respectivamente a 22 ó 29 días dependiendo de la manera de entrega del anuncio sobre la contratación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Una condición necesaria para utilizar esta posibilidad es que la información sobre la contratación se incluya en un anuncio informativo preliminar si éste contiene toda la información requerida en un anuncio, en el marco en el cual estas informaciones están disponibles en el momento de la publicación de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea o incluidas en el perfil del adquirente por lo menos 52 días y no más de 12 meses antes de la fecha de la entrega del anuncio sobre la contratación.

En el procedimiento restringido el plazo indicado para la presentación de las solicitudes de participación también tiene su mínimo. En los procedimientos por debajo del umbral, el plazo para presentar las solicitudes de participación no puede ser inferior a 7 días a partir del día de la publicación del anuncio en el Boletín de Contrataciones Públicas. En los procedimientos por encima del umbral, estos plazos no pueden ser inferiores a 30 y 37 días, dependiendo de la manera de entregar el anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Merece la pena recordar que también en el caso del plazo para presentar la solicitud de participación en un procedimiento restringido, se calcula el plazo a partir del día de la entrega del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

En el caso de los procedimientos restringidos por encima del umbral, existe la posibilidad de acortar los plazos mínimos a 10 y 15 días (dependiendo de la forma de entrega del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea), si hay una necesidad urgente de adjudicar la contratación.

Otra gran diferencia entre los procedimientos mencionados es que en los procedimientos por debajo del umbral la posibilidad de presentar recursos se limita a determinados actos u omisiones del poder adjudicador, de lo cual hablaremos de forma más detallada en los capítulos siguientes.

II.2 Tipos de procedimientos de adjudicación de contratos públicos

A continuación presentaremos los tipos de procedimientos de adjudicación más frecuentes en la práctica de licitaciones públicas: el procedimiento abierto, el procedimiento restringido y la adjudicación directa.

[Procedimiento abierto]

El procedimiento abierto junto con el restringido son los tipos básicos de adjudicación de contratos públicos. Es el procedimiento más frecuente en Polonia, sobre la base del cual en respuesta a un anuncio público sobre la contratación, todos los interesados en la adjudicación pueden presentar sus ofertas. Sus ventajas más grandes son el acceso general a la contratación y la competitividad.

Después del anuncio y la publicación del Pliego de Condiciones Particulares del Contrato de acuerdo con PZP, el poder adjudicador no lleva a cabo una precalificación de los contratistas en una fase aparte. La evaluación del cumplimiento de las condiciones de participación en el procedimiento, el análisis de circunstancias que justifiquen la exclusión del contratista y la evaluación sustantiva de las ofertas se llevan a cabo en la única fase del procedimiento.

[Procedimiento restringido]

El procedimiento restringido, al lado del procedimiento abierto, es uno de los tipos básicos del procedimiento de adjudicación de contratos públicos. Como en el caso del procedimiento abierto,



este tipo de procedimiento empieza por la publicación del anuncio sobre la contratación en un lugar público en la sede del poder adjudicador y en su página web, así como, por supuesto, en la publicación correspondiente según el valor del contrato objeto del procedimiento.

Este procedimiento consta de dos etapas. La primera etapa es la evaluación de los contratistas sobre la base de las solicitudes de participación presentadas. La evaluación se realiza basándose en el anuncio sobre la contratación y termina con la invitación a presentar ofertas. Durante esta segunda etapa, realizada de acuerdo con el Pliego de Condiciones Particulares del Contrato, se evalúan únicamente las ofertas presentadas por los contratistas invitados a participar en la misma.

[Adjudicación directa]

La adjudicación directa es un procedimiento no competitivo. Esta institución únicamente por su carácter implica la participación de un solo contratista. Se celebra el contrato cuando el contratista elegido y el poder adjudicador en el curso de las negociaciones llegan a un acuerdo en cuanto a todas las estipulaciones del contrato en que se centraban las negociaciones.

Para el procedimiento de adjudicación directa se ha introducido la institución del anuncio sobre la intención de adjudicar el contrato en el diario nacional o comunitario correspondiente. Esta solución debería permitir a los contratistas adquirir conocimiento sobre las contrataciones adjudicadas de forma directa y, en su caso, cuestionar tal adjudicación.

Es importante señalar que, al tratarse de un procedimiento no competitivo, este mismo se puede aplicar sólo en los casos estrictamente determinados en PZP.

III. Nueva premisa de exclusión del procedimiento

A partir del día 11 de mayo de 2011 se encuentra en vigor una nueva premisa de exclusión del procedimiento de adjudicación de contratos públicos. En virtud de lo dispuesto en el art. 24 apartado 1 punto 1a) PZP, *“se excluye del procedimiento de adjudicación los contratistas, con los que el poder adjudicador haya resuelto con o sin preaviso o rescindido el contrato público, por las condiciones por las que haya sido responsable el contratista, si la resolución o la rescisión del contrato o el desestimiento del contrato ha tenido lugar en el periodo de 3 años anteriores al procedimiento de adjudicación y el valor de la contratación no realizada era por lo menos el 5% del valor del contrato.”*

Es decir, para que el poder adjudicador pueda de manera eficaz, sobre la base de la disposición arriba indicada, excluir al contratista del procedimiento de adjudicación, tienen que darse conjuntamente las siguientes premisas:

- a) con carácter previo al procedimiento del cual se pretende excluir a un contratista determinado, a las mismas partes (identidad de sujetos), es decir, al mismo contratista y al mismo poder adjudicador, les debe haber vinculado un contrato público resuelto o rescindido por este último ;
- b) el desestimiento (la resolución o la rescisión) tiene que producirse por las razones por las que está responsable este licitador;
- c) el desestimiento (la resolución o la rescisión) ha tenido que producirse en el periodo de 3 años anteriores al inicio del procedimiento en el cual se pretenda aplicar la medida de exclusión del contratista;
- d) el valor no realizado del contrato rescindido o resuelto fue por lo menos el 5% de su totalidad.

Lo que es muy importante desde el punto de vista del contratista es que la disposición comentada no obliga al poder adjudicador a obtener una resolución judicial que confirme la correcta resolución o rescisión del contrato anterior antes de aplicar la medida de la exclusión en todos los procedimientos durante los tres años seguidos. Es más, una vez cumplidas las premisas enumeradas anteriormente, la exclusión es obligatoria.

La disposición del artículo 24 apartado 1 punto 1a) PZP establece un tipo de sanción por la ejecución indebida de las obligaciones contractuales por parte del licitador. A pesar de cierta incertidumbre



generada tras la entrada en vigor de esta norma, es preciso tenerla en cuenta a la hora de tomar decisiones relativas, sobre todo, a la fase de ejecución de los contratos públicos.

IV. Retención de la garantía provisional en virtud del art. 46 apartado 4a PZP

La disposición del art. 46 apartado 4a PZP indica que en el caso en que el contratista debidamente requerido por parte del poder adjudicador a subsanar los documentos, declaraciones o poderes presentados en el marco del procedimiento de adjudicación no atienda tal requerimiento, se cumplirá la causa de retención de la garantía provisional abonada por este contratista. La excepción a esta regla es la situación en que la falta de subsanación de declaraciones, documentos o poderes tenga lugar por causas que no sean imputables al contratista, es decir, por causas independientes a este último.

La sanción de retención de la garantía provisional no se aplica en la situación en que el contratista, a efectos de cumplir el requerimiento del poder adjudicador y de demostrar la aptitud para contratar con la Administración, presente los documentos correspondientes incluyendo, en particular, los relacionados con la experiencia del propio contratista o la experiencia de su personal. La evaluación de estos documentos presentados por el contratista debe realizarse por el poder adjudicador para averiguar si el licitador cumple o no las condiciones de participación en el procedimiento. En caso de que no demuestre el cumplimiento de estas condiciones, se producirá la exclusión del procedimiento, pero, en un principio, no se llevará a cabo la retención de la garantía provisional.

En todo caso, recomendamos la máxima precaución si se recibe un requerimiento de subsanación o de aclaración de los documentos presentados junto con la solicitud de participación en el procedimiento o junto con la oferta presentada.

V. Secreto empresarial

V.1 ¿Qué contenidos se pueden reservar en la oferta presentada? Plazos y forma de realizar la reserva

Uno de los principios más importantes del procedimiento de adjudicación de contratos públicos es el de transparencia. Se manifiesta en dos aspectos. Por un lado, es el derecho de cada uno de los contratistas de acceder a la información sobre el procedimiento en curso. Con este derecho está relacionada la obligación de los poderes adjudicadores de garantizar a los contratistas, en cada etapa del procedimiento, el acceso a la información sobre la contratación pública.

PZP introduce una excepción al principio de transparencia en un marco determinado. Es posible reservar el secreto empresarial entendido de acuerdo con las disposiciones sobre la lucha contra la competencia desleal, si el contratista, como más tarde en el plazo de la presentación de ofertas o solicitudes de participación en el procedimiento, ha reservado que estas informaciones no pueden revelarse. El contratista no puede reservar la información relacionada con la denominación (razón social) y la dirección, y tampoco la información sobre el precio, el plazo de ejecución del contrato, el periodo de garantía y condiciones de pago incluidas en la oferta.

Mantener la confidencialidad de determinada información implica reservar que determinados documentos no pueden ponerse a disposición de otros contratistas. Para definir la noción “secreto empresarial” hay que referirse a la *ley de 16 de abril de 1993 de lucha contra la competencia desleal*². Secretas son las informaciones técnicas, tecnológicas, organizativas de la empresa no reveladas al público u otra información que tenga valor económico, en relación con las cuales el empresario haya tomado las medidas necesarias para preservar su confidencialidad. Por ejemplo: se considera razonable preservar la confidencialidad del listado de personal altamente cualificado, puesto que otros contratistas que funcionan en el mercado pueden intentar atraer estas personas a su empresa³. El análisis de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Alzada (en adelante, “KIO”) lleva a la conclusión de que es posible indicar como confidenciales las informaciones relacionadas con la experiencia, know-how y el potencial técnico. No obstante, es preciso señalar que en cada caso hay

² Diario Oficial de 2003, N° 153, pos. 1503 con cambios;

³ Por ejemplo la Cámara Nacional de Alzada en la sentencia de fecha 16 de agosto de 2011, número de autos: KIO 1615/11;



que evaluar individualmente si la información que el contratista pretende indicar como confidencial realmente tiene este estatus.

No se puede considerar como secreto empresarial los datos que uno pueda obtener de manera legal, por ejemplo, de los registros públicos, por lo que este tipo de datos no pueden reservarse.

Es el poder adjudicador quien evalúa si la información reservada por el contratista constituye o no su secreto empresarial. Cuando el poder adjudicador tiene dudas en cuanto al carácter de la información reservada por un contratista determinado, debe solicitar explicaciones al respecto.

En la situación en que las informaciones reservadas por el contratista no constituyan un secreto empresarial en la opinión del poder adjudicador, este último las revelará al público suprimiendo la cláusula de confidencialidad.

V.2 Alegaciones de otros contratistas en el caso de que se clasifique una información como “secreto empresarial”. ¿Cómo defenderse?

Es el contratista quien tiene que demostrar que las informaciones reservadas efectivamente constituyen su secreto empresarial. El contratista contra cuya oferta se presente la alegación de reserva indebida de información como el secreto empresarial, debe demostrar que las informaciones reservadas cumplen tres condiciones: son de carácter técnico, tecnológico, organizativo o comercial y tienen un valor económico real o potencial, esta información no se ha revelado al público y se han tomado medidas adecuadas para mantener la información determinada como confidencial⁴.

La carga probatoria se invierte en el caso de que el contratista que intente obtener informaciones confidenciales impugne frente a KIO la acción de no revelar estas informaciones por el poder adjudicador. En esta situación es el recurrente el obligado a demostrar que las informaciones reservadas no constituyen de hecho secreto empresarial según la ley y que el poder adjudicador ha violado las disposiciones de PZP desistiendo de revelarlas, lo cual, por motivos obvios, puede resultar extremadamente difícil.

V.3 ¿Cómo y cuándo impugnar las acciones de reservar la información confidencial por otros contratistas?

Como se ha indicado arriba, es el poder adjudicador quien está obligado a investigar la legitimidad de reserva del secreto empresarial..

En el caso en que el poder adjudicador tenga dudas en cuanto a la legitimidad de reserva de la información, tiene que requerir al contratista para que le presente las justificaciones relacionadas con el contenido de la oferta presentada. Si las justificaciones presentadas no son suficientes para considerar las informaciones en cuestión como confidenciales, el poder adjudicador revelará la parte reservada de la oferta.

En los procedimientos por encima del umbral, el contratista tiene la posibilidad de presentar un recurso ante KIO por la reelación indebida de su información confidencial o, por el contrario, por la no revelación de la información perteneciente a un competidor en el caso de considerarla como no confidencial.. En este último caso, en circunstancias concretas puede ser difícil demostrar lo arriba indicado debido a que el contratista pueda sólo sospechar qué abarca la parte reservada de la oferta.

El plazo para presentar el recurso ante KIO relacionado con las acciones mencionadas del poder adjudicador, según nuestra opinión, debería contarse a partir del día en que el poder adjudicador remita la información sobre la elección de la oferta más beneficiosa, es decir, en cuanto finalice la valoración de las ofertas. No obstante, es preciso mencionar que no hay una opinión unánime respecto al modo de calcular el plazo en cuestión, lo cual se refleja también en la jurisprudencia de KIO. Una de las alternativas a la interpretación ofrecida arriba es que el plazo empieza a correr ya a partir del día de la presentación y la apertura de las ofertas, ya que a partir de este día todos los contratistas tienen derecho a analizar las ofertas presentadas y pueden adquirir conocimiento sobre las reservas efectuadas. Otra idea dice que el plazo debería contarse a partir del día en el que el poder adjudicador

⁴ KIO en la sentencia del 20 de julio de 2011, número de autos: KIO 1438/11;



deniega el acceso al contratista interesado a la información reservada en la oferta de un competidor suyo (en este caso, es necesario presentar al poder adjudicador la solicitud de acceso a las informaciones confidenciales y el plazo se cuenta a partir del día de la falta de su consentimiento). Respecto a este tema y teniendo en cuenta las discrepancias presentadas, recomendamos analizar detenidamente las circunstancias de cada caso concreto.

VI. Baja temeraria

VI.1 Noción de la baja temeraria

PZP no contiene una definición de la baja temeraria. Al analizar la jurisprudencia de KIO, debe considerarse como baja temeraria el precio que un contratista determinado ha ofrecido por debajo de los costes de realización del servicio o de la obra⁵. Se considera baja temeraria el precio irreal, no adecuado al marco y los costes de las obras que constituyen el objeto de la contratación. El precio fuera de mercado es un precio que en general no aparece en el mercado en el que los precios se determinan, entre otros, por la situación económica general en un sector concreto y su entorno empresarial, el progreso tecnológico y organizativo y la presencia y el funcionamiento de los competidores que actúan racionalmente en el mercado⁶.

La disparidad de los precios ofrecidos por los contratistas no constituye base para considerar un precio como baja temeraria. El precio tiene que ser anormalmente bajo en relación con el objeto de la contratación, puesto que es el precio correspondiente a la totalidad del servicio ofrecido. Esto significa que el precio propuesto por el contratista hay que relacionarlo con el valor de la contratación entera, habiendo pocas excepciones al respecto.

Por lo tanto, por regla general, la oferta no debería ser rechazada porque uno de los precios unitarios sea significativamente diferente de los precios de mercado. Es el contratista quien debe determinar los precios unitarios de la obra y nada obsta para que pueda compensar un precio bajo de un servicio con un precio más alto de otro. Si en sus cálculos es capaz de realizar una parte concreta de la contratación por el precio ofrecido y, al mismo tiempo, el precio total no difiere significativamente del valor del objeto de la contratación, esta oferta no debería considerarse anormalmente baja.

VI.2 ¿Cómo explicar los componentes del precio?

En la situación en que el poder adjudicador tenga dudas de si el precio ofrecido es una baja temeraria, debe dirigirse al contratista para que aclare este punto y presente justificaciones en un plazo indicado. Las explicaciones presentadas por el contratista pueden y deben referirse a las condiciones de desarrollo de su actividad económica en un nivel jurídico, económico y social. El contratista debe demostrar qué factores en concreto y en qué medida han influido en su cálculo del precio. Estos factores deben ser, por supuesto, legales y tener carácter objetivo, es decir, garantizar la competencia.

Al preparar la descripción de los factores que tienen la influencia en el precio, el contratista puede referirse sobre todo a los ahorros resultantes del método escogido para la realización de la contratación, las soluciones técnicas elegidas, las condiciones excepcionalmente favorables para la realización de la contratación que estén a su alcance, la originalidad de su proyecto, o la influencia de la ayuda pública concedida en un momento determinado. Estos factores tienen carácter de ejemplo, lo que significa que el contratista debe estudiar la situación de una contratación determinada y responder al requerimiento del poder adjudicador según corresponda en cada caso concreto.

En este contexto, es necesario subrayar que las explicaciones superficiales y poco concretas no son suficientes. Además, según nuestra evaluación, es imprescindible que el contratista presente junto con la explicación también documentos (pruebas) que confirmen la veracidad y fiabilidad de sus explicaciones. Estos documentos pueden ser, por ejemplo: los contratos o las ofertas de los proveedores o subcontratistas, cálculos detallados del precio, resultados financieros, etc.

⁵ Por ejemplo KIO en la sentencia de fecha 5 de octubre de 2011, número de autos: KIO 2052/11, KIO 2055/11, KIO 2064/11;

⁶ KIO en la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2011, número de autos: KIO 1836/11;



VI.3 Posibles formas de impugnación del precio en caso de competencia entre contratistas

La obligación de desestimar la oferta que contenga una baja temeraria resulta de una parte de la obligación de asegurar la debida ejecución del contrato, y de otra de la necesidad de respetar las normas de competencia y de trato no discriminatorio entre los contratistas.

Si se insta a un contratista a que presente las aclaraciones referentes al precio y este no las presenta o bien se determina, después del análisis correspondiente, que la oferta contiene una baja temeraria en relación con el objeto del contrato, el poder adjudicador está obligado a rechazar tal oferta.

En consecuencia, si el poder adjudicador no lleva a cabo las acciones correspondientes en relación a la oferta cuyo precio, según la información que maneje el poder adjudicador, suponga una baja temeraria, es decir, si no inicia un procedimiento de aclaraciones o no rechaza la oferta, infringe la normativa de contrataciones públicas. En tal caso, el resto de contratistas están facultados para presentar recurso de alzada ante KIO, de acuerdo con las siguientes causas, según el caso: (i) no haber rechazado una oferta con baja temeraria, (ii) no haber realizado una adecuada evaluación y análisis de las ofertas, incluyendo la evaluación de las aclaraciones sobre el precio ofertado, (iii) no haber rechazado la oferta que contenga baja temeraria, al no haber presentado el contratista correspondiente la prueba en que base sus aclaraciones.

VII. Recursos contra actos u omisiones del poder adjudicador

PZP prevé actualmente dos tipos de recursos que pueden utilizar los contratistas. El primero de ellos es el recurso de alzada ante KIO. La resolución de KIO puede ser impugnada, en segunda instancia, mediante el recurso de queja ante el tribunal ordinario (civil) competente en función del domicilio social del poder adjudicador cuyo acto u omisión se pretenda impugnar. Debido al elevado coste de interposición del recurso judicial de queja, en la actualidad este recurso es muy poco utilizado en la práctica. El uso del recurso de alzada es, en cambio, un medio de impugnación muy habitual en el curso de las contrataciones públicas en Polonia.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación nos centramos en comentar las cuestiones básicas relativas al recurso de alzada.

VII.1 Premisas del recurso de alzada

Para la utilización efectiva del recurso de alzada, es necesario que concurran tres circunstancias cuya prueba corre a cuenta del contratista que presente el recurso: (i) infracción del poder adjudicador de la normativa de contrataciones públicas; (ii) interés del licitador en la obtención del contrato público; (iii) surgimiento o posibilidad de surgimiento de daños y perjuicios por parte del licitador como resultado de actos u omisiones del poder adjudicador.

Al analizar las premisas correspondientes, es preciso tener en cuenta que no toda infracción de la normativa de contrataciones públicas implica la posibilidad de interponer recurso. Únicamente serán tenidas en cuenta las infracciones de la ley que hayan tenido o hayan podido tener influencia en el resultado del procedimiento de adjudicación.

Todo contratista que haya tenido o tenga interés en la obtención del contrato se encuentra legitimado para presentar recurso. El concepto de interés implica un interés jurídico así como también de hecho. Esto amplía el círculo de entidades habilitadas para presentar recurso.

El hecho de poseer interés en la obtención de un contrato es algo que se evalúa en el transcurso del procedimiento ante KIO. Si el recurrente no demuestra poseer interés en la obtención de un contrato público, el recurso es inadmitido.

La infracción de la ley por parte del poder adjudicador debe estar relacionada con daños y perjuicios soportados o que haya podido soportar el contratista. El concepto de daños y perjuicios implica un daño patrimonial que en la práctica abarca el lucro cesante, y concretamente la posibilidad de obtener un contrato público. Normalmente, una vez justificado el interés en la obtención del contrato, no



resulta difícil justificar el posible daño que un contratista determinado haya podido sufrir por los actos u omisiones del poder adjudicador contrarios a la ley.

VII.2 Efectos del valor del contrato sobre el derecho a recurrir de los contratistas

El valor del contrato tiene en realidad un efecto importante en el alcance de los medios de impugnación que les corresponden a los contratistas.

En el marco de los procedimientos por encima del umbral, existe una protección jurídica más amplia. El recurso de alzada se puede interponer ante acciones u omisiones del poder adjudicador que no sean acordes con la normativa de contrataciones públicas.

En el caso de los procedimientos por debajo del umbral, la legitimación para utilizar los medios de protección jurídica se encuentra muy limitada. Se puede interponer recurso de alzada única y exclusivamente ante las situaciones siguientes: (i) elección del procedimiento negociado sin publicidad, adjudicación directa o solicitud de precio; (ii) descripción de la forma de la evaluación del cumplimiento de las condiciones de participación en el procedimiento; (iii) exclusión del recurrente del procedimiento de contratación pública, lo cual no equivale a la posibilidad de impugnar la falta de exclusión de otro contratista; (iv) desestimación de la oferta del recurrente, lo cual tampoco se refiere a la falta de rechazo de la oferta de otro contratista.

Las limitaciones anteriores las pretende compensar la solución introducida en el art. 181 PZP, de acuerdo con la cual el contratista interesado puede informar al poder adjudicador sobre otros actos u omisiones contrarios a la ley ante los cuales no corresponda el recurso de alzada. En base a la información recibida, el poder adjudicador puede (de forma voluntaria) corregir sus actos u omisiones, aunque no está obligado a hacerlo. Por tanto, como pueden observar, es una solución poco efectiva desde el punto de vista del contratista.

VII.3 Plazos

PZP tiene plazos distintos para la interposición de los recursos de alzada en función del valor del contrato, de la forma de transmisión de información sobre una determinada acción del poder adjudicador pendiente de ser recurrida y, finalmente, del tipo de acción u omisión a recurrir. En la mayoría de los casos, hablaremos de un plazo de 10 ó 5 días a contar desde diversos momentos en el marco de un procedimiento según cada caso.

El cumplimiento de los citados plazos está sujeto a rigor formal, lo cual quiere decir que en caso de que se presente recurso de alzada fuera de plazo, el mismo será inadmitido. Es preciso recordar que en el procedimiento de recurso de alzada no es posible modificar el plazo de interposición. Por ello, teniendo en cuenta los cortos plazos que impone la ley de contrataciones públicas en este sentido, hay que tener sumo cuidado a la hora de calcular el plazo de interposición de un recurso de alzada.

VIII. Ejemplos de errores típicos cometidos por los contratistas

Tal y como hemos visto, en Polonia existen ciertas particularidades en la forma de contratación con las administraciones públicas que es necesario conocer. De esta manera, evitaremos errores típicos que se pueden evitar con una mera labor preventiva. Por ello, a continuación se citan algunos ejemplos de los errores más comunes cometidos por contratistas, especialmente los extranjeros.

1. **Asesor polaco** – para manejar eficientemente los documentos preparados por el poder adjudicador, es necesario el conocimiento especializado no solamente de numerosas áreas de derecho (sobre todo en las contrataciones grandes y complejas), sino también la capacidad de interpretar PZP basándose en, por lo menos, la jurisprudencia de KIO. Por tanto, el apoyo y el soporte de un asesor polaco cualificado y con experiencia en contrataciones públicas a lo largo de todo el proceso debería permitir la participación eficaz en el procedimiento de adjudicación de un contrato público. La involucración de un asesor solo desde el momento de la exclusión del procedimiento o del rechazo de la oferta presentada puede resultar una reacción tardía.



2. **Anticipación** – el pliego de condiciones particulares del contrato que contiene, entre otros, la descripción de las condiciones de participación en el procedimiento y los criterios de la evaluación de las ofertas no lo es todo. Lo difícil no es preparar la oferta y presentarla, sino ejecutar la contratación adjudicada, sacar provecho de la ejecución del contrato y finalizarlo con buenas referencias emitidas por el poder adjudicador. Mientras tanto, muchos contratistas a la hora de ofertar casi no analizan las estipulaciones del contrato futuro. Si a todo esto añadimos la falta de conocimiento del mercado polaco, sus especificidades y características (duración de los procedimientos administrativos, acuerdos, etc.), pueden surgir cuestiones no previstas si el contratista no se prepara adecuadamente.
3. **Apoderado** – los contratistas que tienen su domicilio fuera de las fronteras de Polonia apoderan, en ocasiones, a personas físicas residentes en el extranjero para la presentación de las ofertas. Esto se refiere tanto a los contratistas que solicitan conjuntamente la adjudicación de la contratación (consorcios) como a los contratistas individuales. Esta práctica tiene por lo menos dos defectos. En primer lugar, es definitivamente mejor apoderar a una persona que reside permanentemente o por lo menos para el tiempo que dure el procedimiento en Polonia. El procedimiento de adjudicación de la contratación pública es un procedimiento dinámico, durante el cual el poder adjudicador frecuentemente contacta con el contratista, indicando plazos limitados, a menudo muy cortos, para que el contratista realice un acto concreto. En relación con esto no sólo es necesaria una decisión rápida, sino también la decisión adecuada para seguir con el procedimiento. En segundo lugar, frecuentemente ocurre que en el curso del procedimiento es difícil contactar con el apoderado persona física residente en el extranjero. Según nuestra experiencia, resulta que la solución de más flexibilidad es apoderar a una persona jurídica que actúa a través de sus órganos (preferiblemente con domicilio en Polonia).
4. **Documentos** – otro error frecuente cometido por los contratistas es adjuntar a las solicitudes de participación en el procedimiento presentadas o a las ofertas documentos no apropiados. Los contratistas suelen presentar documentos con defectos de forma, con un contenido no adecuado, después del vencimiento del plazo requerido por el poder adjudicador, emitidos antes de la fecha indicada, con errores o sin traducciones. Dado que el mercado de contrataciones públicas en Polonia es muy competitivo, es necesario tener en cuenta que los errores en la documentación serán con toda seguridad detectados, bien por el propio poder adjudicador (muy acostumbrado a estas alturas a revisar la documentación extranjera y muy habituado a ella) o por otros contratistas. Estos últimos no dudarán en aprovechar los errores cometidos por su competidor para eliminarlo del procedimiento presentando el recurso de alzada ante KIO. Por tanto, es necesario prestar mucha atención en la fase de preparación de toda la documentación necesaria para evitar que una buena oferta desde el punto de vista técnico o económico sea rechazada por cuestiones meramente formales o legales.
5. **Explicaciones/subsanación de documentos** – la participación en el procedimiento de adjudicación de contratos públicos en Polonia exige del contratista la dedicación adecuada. Como se ha mencionado, el procedimiento de adjudicación de la contratación pública tiene un carácter dinámico. A pesar de que a partir del momento de la publicación del anuncio hasta la elección de la oferta más beneficiosa transcurren aproximadamente 3 meses, en las relaciones entre el poder adjudicador y el contratista se realizan varios actos en intervalos muy cortos. Con relativa frecuencia sucede que el poder adjudicador requiere a los contratistas a presentar aclaraciones sobre algunas cuestiones, es decir, por ejemplo, sobre el contenido de la oferta o de los documentos presentados, o bien la subsanación de estos últimos. Desafortunadamente, relativamente a menudo los contratistas tratan el requerimiento del poder adjudicador demasiado a la ligera. Preparan las explicaciones en el último momento, las entregan después del vencimiento del plazo con un contenido además lacónico y que no constituye para el poder adjudicador ningún valor añadido. En consecuencia, los poderes adjudicadores excluyen a los



- contratistas o rechazan sus ofertas. En los casos más graves, se quedan con las garantías provisionales aportadas.
6. **Garantía provisional** – los contratistas cometen frecuentemente errores relacionados con la garantía provisional. Es extraño, puesto que el poder adjudicador regula de manera muy precisa la forma aceptable, el plazo y el periodo de validez de la garantía provisional. Igualmente bien están reguladas las premisas de retención de la garantía provisional. A pesar de todo, puede suceder que la garantía provisional se aporte fuera del plazo indicado, no abarque todo el periodo relacionado con la oferta o las premisas de retención indicadas en las garantías bancarias o de seguro no sean acordes con PZP o con las expectativas del poder adjudicador. Otro error igualmente frecuente relacionado con la garantía provisional es el fallo ocurrido durante la prórroga del periodo de vigencia de la oferta. Los contratistas olvidan que están obligados al mismo tiempo a asegurar la garantía provisional para el periodo ampliado de vigencia de la oferta.
 7. **Aclaraciones relacionadas con la sospecha de baja temeraria** – la crisis económica del año 2008 se reflejó también en el mercado de las contrataciones públicas. Desde el final del año 2008 se puede observar una disminución constante de los precios sobre todo en las contrataciones públicas para las obras de construcción. La consecuencia de esta tendencia es el aumento de la sensibilidad de los poderes adjudicadores en relación a precios que difieran de las estimaciones realizadas por ellos mismos. El problema con la baja temeraria y las explicaciones relacionadas con el precio ofrecido por el contratista consiste en que, tal y como hemos mencionado anteriormente, no existe una definición legal de baja temeraria, y el modo de evaluación de la explicación del precio ofrecido por el contratista es muy subjetivo. Mientras tanto, está en el interés del contratista la preparación de una aclaración más precisa posible de la metodología del cálculo de precio aplicada. Los contratistas olvidan frecuentemente que estas aclaraciones no deben ser generales, lacónicas y basadas en fórmulas triviales. Las explicaciones deben basarse en un análisis económico del que resulte que el precio ofrecido permite al contratista obtener una ganancia real realizando el contrato.
 8. **Tardía evaluación de las estipulaciones de los pliegos de condiciones** – una práctica frecuente entre los contratistas es la preparación de las solicitudes de participación en el procedimiento o de las ofertas en el último momento. Mientras tanto, el éxito del proceso relacionado con la participación en el procedimiento y la posterior ejecución del contrato dependen de los primeros días. En este periodo, los contratistas pueden con éxito presentar recurso contra las estipulaciones del pliego de condiciones, incluyendo el contrato adjunto. Igualmente, existe la posibilidad (también limitada en el tiempo) de formular preguntas al poder adjudicador y, de este modo, intentar influir en el contenido de los pliegos. En consecuencia, se recomienda realizar una valoración de los pliegos (como mínimo, con carácter inicial) inmediatamente tras su publicación, con el objetivo de detectar a la mayor brevedad incongruencias significativas en la documentación del procedimiento, partes incomprensibles, requisitos no acordes a la ley o cláusulas contractuales abusivas, en un plazo que permita tomar las acciones adecuadas.
 9. **Desestimación de la oportunidad de adjudicación del contrato** – la clasificación de la oferta del contratista en el segundo, tercer o quinto lugar no significa automáticamente que dicho contratista pierda su oportunidad para la adjudicación del contrato y, al mismo tiempo, la elección de la oferta del contratista no significa que este contratista vaya a realizar el contrato. En principio, los diez días siguientes (en los procedimientos por encima del umbral) al momento en que el poder adjudicador anuncia la decisión sobre la elección de la oferta más beneficiosa tienen una influencia decisiva en el resultado final del procedimiento, ya que, tal y como hemos mencionado anteriormente, en Polonia es muy habitual recurrir la adjudicación. Por tanto, hay que estar preparado para actuar, en caso de necesidad, como recurrente o como parte cuya oferta constituya el objeto del recurso de un competidor. Es más, dados los plazos



extremadamente cortos, se recomienda actuar rápido y, dentro de lo posible, adelantarse a los acontecimientos, es decir, preparar las estrategias y argumentaciones adecuadas incluso en el intervalo entre la apertura de las ofertas y la adjudicación.

Los contratistas que pretenden participar en el mercado polaco de la contratación pública deben estar preparados convenientemente también desde un punto de vista jurídico-formal. No obstante, sin duda este esfuerzo de preparación vale la pena, teniendo en cuenta el número y el valor de los contratos que se adjudican en estos momentos en Polonia, uno de los pocos mercados en crecimiento constante en los últimos años.

Elaboración:

*Katarzyna Kuźma, Socia, Área de Infraestructura y Energía
del despacho Domański Zakrzewski Palinka sp. k., Varsovia, Polonia*

■■■ Domański Zakrzewski Palinka