

Unión Europea

## APROBACIÓN DEL INSTRUMENTO DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL (ICI) POR EL QUE SE PERMITE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS LIMITATIVAS DEL ACCESO DE LOS OPERADORES DE TERCEROS PAÍSES AL MERCADO EUROPEO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Fátima Díaz-Grande Rojo

*Abogada del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)*

**Aprobación del Instrumento de Contratación Internacional (ICI) por el que se permite la adopción de medidas limitativas del acceso de los operadores de terceros países al mercado europeo de contratación pública**

*El Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado un Reglamento con el objetivo de promover la reciprocidad en el acceso a los mercados de contratación pública internacionales. Este acto legislativo permitirá a la Comisión adoptar actos de ejecución consistentes en medidas limitativas del acceso a los mercados de contratación pública europeos para terceros países que desarrollen medidas o prácticas limitativas del acceso de los operadores de la Unión a sus mercados de contratación pública.*

**PALABRAS CLAVE:**

INSTRUMENTO DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL, MEDIDA ICI, CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA, RECIPROCIDAD, ACCESO A LOS MERCADOS.

### **Approval of International Procurement Instrument (IPI) which introduces measures to limit access for third-country operators to the European procurement market**

*The European Parliament and the Council have passed a Regulation that promotes reciprocity to access international procurement markets. The Regulation will enable the Commission to pass provisions limiting access to European public procurement markets for economic operators in third countries that implement measures or practices restricting access for EU operators to their public procurement markets.*

**KEYWORDS:**

INTERNATIONAL PROCUREMENT INSTRUMENT, IPI MEASURE, EUROPEAN PUBLIC PROCUREMENT, RECIPROCIDAD, MARKET ACCESS.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 2-7-2022**

**FECHA DE ACEPTACIÓN: 7-7-2022**

Díaz-Grande Rojo, Fátima (2022). Aprobación del Instrumento de Contratación Internacional (ICI) por el que se permite la adopción de medidas limitativas del acceso de los operadores de terceros países al mercado europeo de contratación pública. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 212-219 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

---

El 30 de junio de 2022 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* ("DOUE") el Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2022, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios (los "Operadores") de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los Operadores de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (Instrumento de contratación internacional-ICI) (el "Reglamento ICI" o "Instrumento de Contratación Internacional").

La Unión busca con la aprobación de este texto promover la reciprocidad en el acceso a los mercados internacionales de contratación pública, garantizando que las empresas de la Unión tengan un acceso en condiciones de no discriminación a los mercados de terceros países y unas condiciones de competencia equitativas en ellos, y generando mayores oportunidades de negocio para las empresas europeas. Se trata de corregir el desequilibrio existente, pues, actualmente, mientras que los mercados de contratación pública de la Unión están ampliamente abiertos a empresas de terceros países, no sucede así a la inversa, dado que en ellos las empresas europeas no siempre tienen acceso a estos mercados en las mismas condiciones.

Para ello, el Instrumento de Contratación Internacional establece procedimientos para que la Comisión pueda llevar a cabo investigaciones sobre supuestas medidas o prácticas de terceros países contra los Operadores de la Unión, inicie consultas con ellos y pueda en su caso imponer medidas en relación con tales prácticas con el fin de restringir el acceso de Operadores de los terceros países a los procedimientos de contratación de la Unión.

El Reglamento ICI entró en vigor el día 29 de agosto de 2022.

## 2. El procedimiento de investigaciones y consultas

---

El procedimiento de investigación se iniciará mediante la publicación de un anuncio en el DOUE, anuncio que incluirá una evaluación preliminar de la Comisión de la concreta medida o práctica del tercer país cuestionada. Esta medida o práctica se define en el Reglamento ICI como *“toda medida, práctica o procedimiento legislativo, reglamentario o administrativo, o combinación de los mismos, que adopten o mantengan autoridades públicas o poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras individuales de un tercer país, a cualquier nivel, que dificulte de forma grave y recurrente el acceso de los operadores económicos, bienes o servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos o de concesiones de dicho tercer país”*.

El inicio del procedimiento puede obedecer a la iniciativa propia de la Comisión o a una previa reclamación fundamentada de un interesado de la Unión o de un Estado miembro, entendiéndose por interesado toda persona o entidad cuyos intereses puedan verse afectados por una medida o práctica de un tercer país (como empresas o asociaciones de empresas u organizaciones interprofesionales representativas de agentes sociales a escala de la Unión).

El procedimiento tiene por objetivo eliminar o subsanar toda medida o práctica restrictiva y, de este modo, aumentar las posibilidades de licitación de los Operadores de la Unión en los mercados de contratación del país tercero. En esta fase, la Comisión examinará hasta qué punto la legislación, la reglamentación u otras medidas sobre mercados de contratos públicos o concesiones garantizan una transparencia acorde con las normas internacionales y no dan lugar a restricciones graves y recurrentes contra los Operadores de la Unión, verificando en qué medida los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras (los “Adjudicadores”) del tercer país adoptan o mantienen prácticas restrictivas frente a los Operadores de la Unión.

En el anuncio que habrá de publicarse se incluirá la evaluación preliminar de la Comisión de la medida o práctica del tercer país, y a partir de su publicación invitará a los interesados y a los Estados miembros a facilitar la información pertinente y también al tercer país de que se trate a presentar sus puntos de vista, aportar la información oportuna y entablar consultas con la Comisión con el fin de eliminar o subsanar la presunta medida o práctica del tercer país. La investigación y las consultas podrán extenderse durante un periodo de hasta nueve meses, pudiendo prorrogarse por cinco meses más en “casos justificados”. El procedimiento concluirá con un informe sobre los principales resultados de la investigación, que será presentado al Parlamento Europeo y al Consejo, en el que se fijen las principales conclusiones de la investigación y el curso de acción propuesto.

Si de las investigaciones de la Comisión se concluye que la medida o práctica del tercer país no se mantiene, esto es, que ha dejado de aplicarse, o que con ella no se dificulta de forma grave y recurrente el acceso de los Operadores de la Unión a los mercados de contratación del tercer país, se dará por finalizado el procedimiento y deberá publicarse el anuncio de finalización en el DOUE.

La Comisión también está habilitada para suspender el procedimiento de investigación y consultas en cualquier momento si el tercer país en cuestión adopta medidas correctoras satisfactorias, eliminando o subsanando el obstáculo o la dificultad, mejorando así el acceso, o incluso si este asume compromisos en la línea de suprimir o eliminar gradualmente las medidas o prácticas en

un plazo razonable, que no podrá exceder de seis meses desde la asunción del compromiso. La suspensión podrá dejarse sin efecto en cualquier momento, reanudándose así la investigación y las consultas cuando los motivos que permitieron la suspensión dejen de ser válidos.

Si de las investigaciones se concluye que efectivamente existe una medida o práctica restrictiva de un tercer país, la Comisión podrá entonces limitar el acceso de los Operadores de terceros países al mercado de contratación europeo. Es a lo que el Instrumento de Contratación Internacional se refiere cuando habla de adoptar una "Medida ICI".

### 3. Contenido y procedimiento para la adopción de las Medidas ICI

---

La Comisión está facultada por el artículo 6 del Instrumento de Contratación Internacional para la adopción de una Medida ICI cuando considere que esta redundaría en interés de la Unión, sobre la base de una valoración de los diferentes intereses considerados en su conjunto. En esta valoración, es importante que la Comisión preste especial atención al objetivo general de lograr la reciprocidad en la apertura de los mercados de terceros países y mejorar las oportunidades de acceso al mercado para los operadores económicos de la Unión, así como al objetivo de limitar toda carga administrativa innecesaria para los Adjudicadores y para los operadores económicos.

La Medida ICI podrá tomar la forma de un ajuste de puntuación a las ofertas presentadas por operadores económicos del tercer país a efectos de la evaluación y clasificación de las ofertas (ajuste que, con carácter general, podrá ser de un máximo del 50 % de la puntuación de evaluación de la oferta) o de la exclusión de estas ofertas, imponiéndose la obligación de su aplicación a los Adjudicadores correspondientes.

La Comisión deberá especificar el ámbito de aplicación de la Medida ICI, pudiendo aplicarse a determinados sectores o categorías de bienes, servicios y concesiones o a categorías específicas de Adjudicadores o de operadores económicos.

En la determinación de la Medida ICI, la Comisión deberá observar necesariamente su proporcionalidad respecto de la medida o práctica del tercer país y la disponibilidad de fuentes alternativas de suministro de los bienes y servicios en cuestión, con el fin de evitar o minimizar un impacto negativo significativo en los Adjudicadores.

El Reglamento ICI recoge que las Medidas ICI expirarán cinco años después de su entrada en vigor, pudiendo prorrogarse por un nuevo período de cinco años. Entre los nueve y seis meses antes de la expiración de la Medida ICI, la Comisión deberá llevar a cabo un procedimiento de revisión sobre el cual decidirá en el sentido de prorrogar su duración, ajustarla adecuadamente o sustituirla por otra Medida ICI. La Comisión también está facultada para retirar la Medida ICI o para suspender su aplicación cuando el tercer país adopte medidas correctoras satisfactorias o asuma un compromiso de poner fin a la medida o práctica discriminatoria, así como, en su caso, restablecerla cuando dejen de cumplirse las anteriores circunstancias.

La adopción de las Medidas ICI, así como su retirada, su suspensión o su reanudación, constituyen actos de ejecución de la Comisión, para los que debe contar con la asistencia de un comité de representantes de los Estados miembros (la llamada *comitología*), que en este procedimiento será el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio (el “Comité”).

En esencia, el procedimiento pasa por que el Comité emita un dictamen favorable sobre la adopción del proyecto de Medida ICI. De emitirse un dictamen no favorable, se podrá, o bien presentar una versión modificada del proyecto de acto en un plazo de dos meses, o bien ser presentado a un comité de apelación para una nueva deliberación en el plazo de un mes, comité que también se compone de representantes de los Estados miembros, a un nivel de representación superior, y está presidido por un miembro de la Comisión. En ausencia de dictamen, la Comisión podrá adoptar el proyecto de acto de ejecución, salvo que la Medida ICI consistiera en la exclusión de la oferta presentada por Operadores de terceros países. En este caso, si se considera necesario el acto de ejecución, podrá actuarse del mismo modo que ante un dictamen desfavorable (presentando una versión modificada del acto o acudiendo al comité de apelación). Este mismo Comité también debe ser informado periódicamente sobre los progresos de los procedimientos de investigación y consultas.

En el caso de que los Adjudicadores aplicaran indebidamente las Medidas ICI y este hecho afectara de manera negativa a las oportunidades de los operadores económicos que tienen derecho a participar en el procedimiento de contratación pública —por ejemplo, si consideran que debiera haberse excluido a un operador económico competidor o que debería haberse clasificado una oferta en una posición inferior debido a la aplicación de una Medida ICI—, estos operadores afectados podrán iniciar un procedimiento de recurso de conformidad con el derecho nacional.

## 4. Ámbito de aplicación del Instrumento de Cooperación Internacional y de las Medidas ICI: exclusiones y excepciones

---

Una Medida ICI únicamente podrá aplicarse a los procedimientos de contratación pública que estén cubiertos por ella —incluidos acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición con determinadas limitaciones— y que se hayan iniciado entre la fecha de entrada en vigor de la Medida ICI y su expiración, retirada o suspensión.

A este efecto, los Adjudicadores incluirán una referencia en los pliegos de las correspondientes contrataciones a la aplicación del Instrumento de Contratación Internacional y de cualquier Medida ICI que resultara de aplicación, así como a una serie de obligaciones que deberá cumplir el adjudicatario (*i. e.*, no subcontratar más del 50 % del valor total del contrato con operadores económicos originarios de un tercer país sujeto a una Medida ICI; garantizar en el caso de contratos cuyo objeto comprenda el suministro de bienes que durante la vigencia del contrato los bienes o servicios suministrados o prestados originarios del tercer país sujeto a Medida ICI no representen más del 50 % del valor total del contrato, con independencia de quién sea el suministrador o prestador; y facilitar prueba de lo anterior al poder adjudicador o a la entidad adjudicadora a

petición de estos y pagar un cargo proporcional en caso de incumplimiento de cualquiera de las dos obligaciones anteriores de entre el 10 y el 30 % del valor total del contrato). Estas medidas buscan evitar la elusión de lo dispuesto por el Reglamento ICI.

En todo caso, se hace necesario destacar que las medidas adoptadas con arreglo al Instrumento de Contratación Internacional solo podrán aplicarse a los Operadores de terceros países que no sean parte en acuerdos internacionales (multinacionales o bilaterales) de la Unión en materia de contratación pública, salvo que estos acuerdos no incluyan compromisos de apertura de mercado para estos o no cubran determinados procedimientos de contratación pública de bienes, servicios o concesiones. Solo en estos casos no estaría asegurado el acceso a los procedimientos de contratación de la Unión, pudiendo ser excluidos de ellos. Y es precisamente en estos supuestos cuando resultará pertinente la aplicación del Reglamento ICI, pues en los restantes casos el operador económico gozará ya de instrumentos y mecanismos para garantizar la reciprocidad en el acceso. A esta limitación en su ámbito de aplicación se refiere el Instrumento de Contratación Internacional como "*contrataciones no cubiertas*", a las que define como aquellos "*procedimientos de contratación respecto de los que la unión no ha asumido compromisos de acceso al mercado en un acuerdo internacional en materia de contratos públicos o concesiones*" (artículo 2 del Reglamento ICI).

Adicionalmente, a lo largo del Reglamento ICI se recogen otras excepciones y exenciones respecto de la aplicación de los procedimientos y medidas que regula:

- i. La Comisión no iniciará un procedimiento de investigación con respecto a los países menos desarrollados que se enumeran en el anexo IV del Reglamento (UE) n.º 978/2012 (que elimina aranceles y cuotas para las importaciones de bienes que llegan a la UE procedentes de estos países; el llamado régimen "*todo menos armas*"). Esta exención se basa en el objetivo de política general de la Unión de apoyar el crecimiento económico de los países menos desarrollados y su integración en las cadenas de valor mundiales.
- ii. Con carácter general, las Medidas ICI solo podrán aplicarse a procedimientos de contratación pública con un valor estimado superior a un umbral que habrá de determinar la Comisión en cada caso a la vista de los resultados de la investigación y las consultas, y que no podrá ser inferior a 15 millones de euros (IVA excluido) para el caso de obras y concesiones y a 5 millones de euros (IVA excluido) en el caso de bienes y servicios (artículo 6 del Reglamento ICI).
- iii. Se recoge la posibilidad de que, previa solicitud motivada de un Estado miembro, la Comisión adopte una lista de los poderes adjudicadores locales dentro de unidades administrativas con población inferior a 50.000 habitantes que puedan resultar eximidos de la aplicación del Instrumento de Contratación Internacional (artículo 7 del Reglamento ICI). De cualquier modo, la exención solo podrá otorgarse si el valor total de los contratos por encima de los umbrales fijados de acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, adjudicados por los Adjudicadores que no deban quedar exentos, excede del 80 % del valor total de los contratos por encima de los umbrales que entren en el ámbito de aplicación de las Directivas de Contratación pública —Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE—, adjudicados en el Estado miembro solicitante en los tres últimos años desde el 31 de diciembre precedente a la solicitud de exención. En su solicitud, el Estado miembro

deberá solicitar información detallada sobre la justificación de la solicitud de exención y el valor de los contratos por encima de los umbrales adjudicados por todos los Adjudicadores enumerados en la lista durante el mismo periodo de tres años. La exención se limitará en todo caso a lo estrictamente necesario y proporcionado, teniendo en cuenta la capacidad administrativa de los poderes adjudicadores que deban quedar exentos. La lista adoptada y publicada en el DOUE tendrá validez por un periodo de tres años, pudiendo revisarse o renovarse cada tres años previa solicitud motivada por parte del Estado miembro en cuestión.

- iv. Los Adjudicadores podrán decidir, con carácter excepcional, no aplicar una Medida ICI con respecto a un procedimiento de contratación pública si los requisitos de la oferta solo se cumplen por parte de operadores económicos originarios de un tercer país sujeto a Medida ICI o si la decisión de no aplicarla se justifica por razones imperiosas de interés general, como la salud pública o la protección del medio ambiente, casos en los que deberán remitir a la Comisión, en un plazo de treinta días desde la adjudicación, información detallada y motivada sobre el contrato, el origen de los operadores económicos y la decisión de inaplicación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 del Reglamento ICI.
- v. Con carácter general, cuando un operador económico sea un grupo de personas físicas o jurídicas, entidades públicas o una combinación de estas, y al menos una de tales personas o entidades sea originaria de un tercer país cuyos Operadores estén sujetos a una Medida ICI, esta se aplicará a las ofertas presentadas por dicho grupo, salvo que la participación de tales personas o entidades en el grupo equivalga a menos del 15 % del valor de la oferta presentada por el grupo (salvo el caso, a su vez, de que dichas personas o entidades sean necesarias para cumplir la mayor parte de, al menos, uno de los criterios de selección en un procedimiento de contratación pública) (artículo 3 del Reglamento ICI).

## 5. Consideraciones finales

---

A fin de facilitar la aplicación del Instrumento de Contratación Internacional por parte de los Adjudicadores y de los operadores económicos, la Comisión deberá publicar unas directrices antes del mes de marzo de 2023. Igualmente, deberá revisar periódicamente el ámbito de aplicación, el funcionamiento y la eficacia del Reglamento ICI, y deberá informar con carácter periódico al Parlamento Europeo y al Consejo sobre su aplicación y sobre el estado de las negociaciones internacionales relativas al acceso de los operadores económicos de la Unión a los mercados de contratos públicos o de concesiones de terceros países emprendidas con arreglo al Reglamento ICI, nutriéndose también de la información facilitada por los Estados miembros y los Adjudicadores respecto a la aplicación de las medidas adoptadas en aplicación del Reglamento.

Con esta nueva herramienta o mecanismo se pretende contribuir, en el marco de la política comercial común, al objetivo de fomentar la integración de todos los países en la economía mundial mediante la supresión progresiva de los obstáculos al comercio internacional. Las Medidas ICI, si bien penalizan a determinados operadores o mercados, lo hacen precisamente con este objetivo de mejorar el acceso y las condiciones de reciprocidad y superar la reticencia de algunos de estos

países a la apertura de sus mercados, siempre con la posibilidad de levantar la medida adoptada cuando el operador o mercado penalizado elimine la práctica restrictiva o asuma el compromiso de hacerlo. Las prácticas de contratación pública restrictivas presentes hoy en muchos países conllevan una importante pérdida de posibilidades de comercio, y el Reglamento ICI supone una medida ambiciosa para intentar subsanar y revertir esta situación.