

HACIA UNA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. ¿UNA NUEVA OPORTUNIDAD PERDIDA?*

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

Revista Española de Derecho Administrativo 182
Enero – Marzo 2017
Págs. 181-221

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. MOTIVOS DE LA REFORMA EUROPEA DE 2014 EN CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACIÓN EN ESPAÑA. UN PROCESO INACABADO. *1. De los trámites del proceso de transposición en España. 2. Una «primera» valoración sobre el significado nuevo texto del Proyecto de Ley Contratos Sector Público: las dos caras del Dios Jano. 3. Principales novedades del nuevo texto de proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.* III. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Este trabajo analiza las novedades propuestas en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La valoración que se contiene es crítica con el resultado final de una norma de indudable valor político y económico en tanto no corrige adecuadamente los problemas de opacidad y corrupción en la contratación pública.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública – transposición Directivas Contratación Pública – integridad y prevención de la corrupción.

ABSTRACT: His paper analyzes the novelties proposed in the draft Law on Public Procurement. The assessment contained therein is critical with the final result of a rule of undoubted political and economic value as long as it does not adequately correct the problems of opacity and corruption in public procurement.

KEY WORDS: Public Procurement – Transposition Public Procurement Directives – integrity and prevention of the corruption.

* Es momento de revisar en profundidad nuestro modelo jurídico y práctico (es una oportunidad) pues, como ya advirtiera Albert Einstein, «no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo».

I. INTRODUCCIÓN. MOTIVOS DE LA REFORMA EUROPEA DE 2014 EN CONTRATACIÓN PÚBLICA¹

La Unión Europea culminó, con la publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014, el denominado cuarto paquete legislativo sobre contratación pública, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas². Y un objetivo «estratégico» es poder contribuir así a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020³, para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica⁴.

1. Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos» DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor.
2. Vid. J. A. MORENO MOLINA, «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J. A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M. M. RAZQUÍN, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *RAP*, núm. 196, 2015, pp. 97-13 y J. M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M. A. BERNAL BLAY, «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J. A. MORENO MOLINA, «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación» en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3429 y ss. del tomo II. Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARÍA PASTOR, «Contratos del sector público y derecho de la Unión», *RAP*, núm. 200, 2016, pp. 83-102.
3. La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Una Agenda Digital para Europa» [COM(2010) 245], «Unión por la innovación» [COM(2010) 546], «Una política industrial integrada para la era de la globalización» [COM(2010) 614], «Energía 2020» [COM(2010) 639] y «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» [COM(2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM(2011) 206], y en particular su duodécima medida clave: «Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos». Sobre la transposición de las anteriores Directivas en los Estados miembros resulta de gran interés el libro colectivo coordinado por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros*, Les Nova, Valladolid, 2011.
4. El «Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública» (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren

Interesa destacar esta nueva filosofía de la contratación pública, que no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede –y debe, diría– ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁵.

Esto significa que, como se ha apuntado en anteriores trabajos, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras⁶. Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. MEDINA, a

completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

5. Me remito a mi trabajo «Compra pública estratégica», en libro colectivo *Contratación pública estratégica*, J. PERNAS GARCÍA (Coord.), Aranzadi, 2013, Cizur Menor, pp. 45-80.
6. GIMENO FELIÚ, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21 y «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 9, 2010, pp. 50-55. También ORDÓÑEZ SOLÍS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182, MORENO MOLINA, J. A., «Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo», *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 83, 2009, pp. 37 y ss. y L. ORTEGA ÁLVAREZ, «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3 de 2009. Igualmente, en esta línea, pueden citarse a: MELERO ALONSO E., «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid* núm. 1, 1999 (artículo firmado junto a Maravillas ESPÍN SÁEZ); BLAZQUEZ ROMÁN, J. A. y RAMÍREZ HORTELANO, P., «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 42, 2005, p. 39, M. A. BERNAL BLAY, «El desarrollo de las políticas activas de empleo a través de los contratos públicos», en libro colectivo coordinado por J. PERNÁS, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 163-166 y J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública», *Revista Española Derecho Europeo* núm. 56, 2015, pp. 13-42. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informes 17/2008, de 21 de julio y 1/2015, de 27 de marzo. Y es que, como bien advirtiera J. MESTRE DELGADO, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo –o fomento– para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones

hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato⁷. Así lo ha declarado, por ejemplo, el Acuerdo 80/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al declarar que «...como criterio de adjudicación, no quiebran las reglas expuestas, pues existe una vinculación con la mejor calidad en la prestación del servicio y no se distorsiona indebidamente la competencia al asignar solamente una puntuación de cinco puntos. Es más, se garantiza una mejor eficiencia social que preserva las exigencias constitucionales de políticas sociales activas».

La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja a que en las distintas fases de la licitación se valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social, con la finalidad de consolidar políticas públicas y laminar el riesgo de deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente rentables⁸. Otro tanto sucede con los criterios que integren aspectos sociales, admitidos cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001 y Acuerdos 72 y 73/2016 del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón y Resolución 16/2016, del Tribunal de Contratación Pública de Madrid)⁹, lo

coactivas— contempladas en normativas sectoriales, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», REALA núm. 291, 2003, p. 707.

7. T. MEDINA, «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94.
8. Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. «Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública», *Revista Española de Derecho Comunitario* núm. 26, 2008, 128.
9. En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Asimismo, estos elementos habían llevado a discriminar a los demás licitadores, puesto que, al comparar las ofertas, se dio preferencia al único proveedor establecido en la localidad considerada. En consecuencia, se había infringido el principio general de no discriminación entre proveedores de servicios enunciado en el artículo 3 de la Directiva 92/50/CEE. A favor de esta posibilidad también se había posicionado en España el Consejo de Estado en su Dictamen 4464/98, de 22 de diciembre. En la doctrina Sin animo exhaustivo pueden citarse los siguientes trabajos: M. A. BERNAL BLAY, «Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en libro col. *El Derecho de los contratos públicos*, Monográficos de la *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. X, Zaragoza, 2008; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 516 y ss.; S. VERNIA TRILLO, «La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 20, 2002, pp. 429-454;

que refleja la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas públicas¹⁰.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una «visión completa» de todas las fases del contrato (y las nuevas Directivas fijan ahora su atención en esta cuestión, regulando la modificación del contrato, la subcontratación o la resolución).

En este contexto se sitúan las Directivas de contratación pública de 2014, que, en mi opinión, suponen un importante avance y han de conducir a replantear el modelo teórico y práctico de la legislación de contratación¹¹.

A este objetivo de «rearmar» la regulación de la contratación pública debe ayudar el «derecho pretoriano» del TJUE, que vertebra el sistema¹². Doctrina que debe ser conocida

J. F. MESTRE DELGADO, «Contratos...», *op. cit.*, pp. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», *Justicia administrativa*, núm. 20, 2003, pp. 27-67; P. LÓPEZ TOLEDO, «Contratación pública y medio ambiente», *Contratación Administrativa Práctica*, 33, 2004, pp. 25 y ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, «El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos», en *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, J. M. GIMENO FELIÚ (Dir.), Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; J. M. GIMENO FELIÚ, «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales», en *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, J. M. GIMENO FELIÚ (Dir.), Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; F. VILLALBA PÉREZ, «La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009, pp. 49 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009; J. A. VÉLEZ TORO, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local», *Contratación Administrativa Práctica*, 10, 2002, pp. 32 y ss.; J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, 42, 2005, pp. 39 y ss.; A. GONZÁLEZ ALONSO, «La contratación pública ecológica», *Justicia Administrativa*, núm. 47, 2010, pp. 31 y ss.; y T. MEDINA ARNÁIZ, «Social Considerations in Spanish Public Procurement Law», *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, pp. 56-79.

10. Vid. T. MEDINA ARNAIZ, «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, 2011, pp. 43-104.
11. Me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
12. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», *REDA* núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CÓRCOLES, «Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», en libro colectivo dirigido por M. ALMEIDA e I. MARTÍN, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la

y respetada por los distintos interpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión «local» de las normas de contratos públicos¹³. Existe, en consecuencia, una «armonización» a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)¹⁴. Esto explica porque los órganos de control nacionales, en tanto «juez comunitario» aplican esta doctrina¹⁵.

II. LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACIÓN EN ESPAÑA. UN PROCESO INACABADO

La contratación pública en España, bajo la argumentación de que existe «mucha burocracia» y hay que ser «ágil», se ha caracterizado por un déficit de transparencia (y de concurrencia) como regla general. La arquitectura jurídica de nuestra legislación de contratos desde 2007 contenía, a modo de caballo de Troya contra los principios de transparencia, integridad y buen gobierno, ciertas previsiones normativas que han amparado la opacidad y, por ende, prácticas clientelares muy alejadas de los principios *inherentes a la contratación pública*, también a la actuación administrativa.

Y ello ha derivado no solo en ineficiencia económica (como ha advertido la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia en su informe específico sobre esta cuestión en febrero de 2015, por un importe de 47.000 millones de euros, es decir, 4,5 puntos

jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, *vid. Cozzio M.*, «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en GIMENO FELIÚ (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo (A. BENACHIO, M. COZZIO y F. TITOMANLIO) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, Universidad de Trento, 2016. Interesan también los estudios de C. CHINCHILLA MARÍN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas», en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SÁNCHEZ MORÓN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación», en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.

13. Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SÁNCHEZ MORÓN: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
14. Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARÍN («La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...»), *op. cit.*, pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de «excluir» su aplicación.
15. Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien M. SÁNCHEZ MORÓN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II)...», *op. cit.*, p. 82.

del PIB) sino también en casos de corrupción¹⁶. Conviene recordar que en los procedimientos de adjudicación y en la ejecución de contratos públicos concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas (la corrupción genera pérdidas en la economía de la Unión Europea que se estiman en unos 120.000 millones de euros al año –el 1% del PIB europeo– y conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior –Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*¹⁷–, y, por supuesto, la pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas¹⁸.

16. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España «PRO/CNMC/001/15: *Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia*» (http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf). En él reconoce una serie de fortalezas así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia y cifra en 47 000 millones de euros al «ineficiencia» del modelo de contratación pública en España. Asimismo, el *Informe del Tribunal de Cuentas* núm. 935 (pp. 228 a 230) puso de relieve una serie de deficiencias o anomalías indicando que en algunos contratos no se motivaron adecuadamente la necesidad pública que los justificaba (p. ej., cuando se recurre a un contrato de consultoría, asistencia o servicios sin concretar las razones por las que no puede asumirse con medios propios) o bien el uso de criterios discriminatorios en los pliegos (p. ej., la necesidad de contar con experiencia o medios vinculados a una Comunidad Autónoma). También se advierte la falta de justificación para utilizar la tramitación de urgencia o de emergencia o el fraccionamiento de la cuantía del contrato usando el contrato menor, todo ello con la finalidad de eludir la publicidad y la concurrencia. Por lo que respecta a los conflictos de intereses, se pone de manifiesto que dicho problema es especialmente relevante en el ámbito local, lo se dice genera unas ganancias privadas en detrimento de los intereses públicos (p. 31). Igualmente se advierte se daba una «falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad, que implican la exclusión de los contratos así adjudicados de los principios de publicidad y libre concurrencia, la mayor discrecionalidad en la selección de los adjudicatarios y en los que, además, no suelen obtenerse bajas apreciables, particularmente, cuando se invocó la existencia de una imperiosa urgencia o de un único empresario capacitado para la realización de las correspondientes prestaciones» (p. 230). Finalmente, se constata hace referencia a los retrasos en la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, la deficiente constancia de la conformidad tanto de los productos suministrados en bienes fungibles o material sanitario (contrato de suministro) como de los contratos de consultoría, asistencia o servicios. En este último caso, se pone de manifiesto la subida de los precios en función de las subidas salariales, lo que rompe con el principio de riesgo y ventura y la revisión de precios conforme a las fórmulas predeterminadas (p. 230). Resulta también de interés la Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio. En extenso me remito a mi trabajo «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en libro *Observatorio de los Contratos Públicos, número especial 2015, Las Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur menor, 2015.
17. Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, p. 3).
18. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (M. VILLORIA, J. M. GIMENO y J. TEJEDOR), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300; T. MEDINA ARNAIZ, «La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 104.2, 2016, pp. 77-113; y las reflexiones de A. GONZÁLEZ SANFIEL,

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la *Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*, recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema. En este entorno, el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la corrupción.

La reciente Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, advierte que en nuestro país existe una *«falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes (que) obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública»*; así como una ausencia de efectiva transparencia dada la *«baja tasa de publicación de los anuncios de contratos»*, el correlativo abuso de procedimiento negociado sin publicación previa y las adjudicaciones directas. Finalmente, denuncia que *«la falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española»*. Todo ello, entiende el Consejo de la Unión Europea, hace que nuestra contratación pública sea ineficiente, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española. Y, en esta situación, el artículo 1.6 de la Decisión del Consejo dispone literalmente lo siguiente: *«España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación»*¹⁹.

«La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?», en libro colectivo dirigido por F. HERNÁNDEZ, *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016, pp. 31-48.

19. En un reciente estudio de The Economist («Procurement spending: Rigging the bids», The Economist, Nov 19th 2016), se insiste en esta idea. Se aporta como dato que en 2006 el 17% de los contratos públicos publicados en el *Tenders Electronic Daily* (TED) recibieron sólo una oferta. Sin embargo, lejos de mejorar esta cifra, en 2015 dicho porcentaje había llegado al 30% y la media de ofertas por contrato había bajado de 5 a 3. Siguiendo con los datos obtenidos del TED, en los países ricos de Europa concurren una media de 6 licitadores a los contratos de valor inferior a 10 millones de euros, mientras que a aquellos cuyo valor asciende a 40 o 50 millones de euros concurren solo cuatro. Son muchos los motivos que producen este tipo de resultados, pero la mayoría de ellos tiene como telón de fondo la corrupción. En España, según datos de la Comisión europea, la mitad de los contratos públicos solo tienen un único licitador. En el estudio publicado por The Economist se habla, por ejemplo, de la

En ese contexto, la necesaria transposición de las Directivas europeas de contratación pública son una oportunidad para «rearmar» nuestro modelo de contratación pública desde la lógica de los principios de eficiencia, transparencia y buena administración. Sin embargo, existen indicios que nos llevar a dudar de la correcta solución, lo que supondrá la pérdida de una nueva oportunidad para avanzar en un modelo que atienda a la buena administración contractual²⁰.

1. DE LOS TRÁMITES DEL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA

La transposición de las normas europeas en España se realiza mediante iniciativa legislativa ordinaria, es decir, mediante proyecto de Ley que prepara el Gobierno. Opción que, por sí, «complica» el cumplimiento de los plazos previstos en las Directivas europeas. Así, desde que se iniciaron los trabajos de transposición mediante la constitución del grupo de Expertos (GELEC) en enero de 2014, hasta la aprobación el 25 de noviembre de 2016 por el Gobierno del Proyecto de Ley han transcurrido casi tres años²¹.

El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 aprobó el Informe sobre los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España²². El comunicado oficial informe que con esta norma se pretende incorporar a la legislación española el paquete de Directivas Comunitarias de Contratación Pública y tiene como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así

soft-corruption, que implica una manipulación de los contratos para conseguir favorecer a algunos de los licitadores sin llevar a cabo actuaciones propiamente ilegales. Se menciona por ejemplo el caso de Eslovenia, donde el 50% de los contratos publicados en la semana de Navidad reciben sólo una oferta, o un caso de Eslovaquia cuyo Ministerio de obras públicas publicó en 2007 un contrato por valor de 120 millones de euros cofinanciado por la Unión Europea sólo en un tablón de anuncios de un pasillo del propio ministerio. Otras estrategias utilizadas para llevar a cabo la *soft-corruption* y destacadas en el mencionado estudio son rechazar ofertas por errores tipográficos o cobrar cientos de euros para descargar documentos cruciales de la licitación. En el estudio publicado por The Economist se habla, por ejemplo de la *soft-corruption*, que implica una manipulación de los contratos para conseguir favorecer a algunos de los licitadores sin llevar a cabo actuaciones propiamente ilegales. Se menciona por ejemplo el caso de Eslovenia, donde el 50% de los contratos publicados en la semana de Navidad reciben sólo una oferta, o un caso de Eslovaquia cuyo Ministerio de obras públicas publicó en 2007 un contrato por valor de 120 millones de euros cofinanciado por la Unión Europea sólo en un tablón de anuncios de un pasillo del propio ministerio. Otras estrategias utilizadas para llevar a cabo la *soft-corruption* y destacadas en el mencionado estudio son rechazar ofertas por errores tipográficos o cobrar cientos de euros para descargar documentos cruciales de la licitación.

20. Vid. M. A. BERNAL BLAY, «El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», REDA núm. 160, 2013, pp. 190-213

21. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-1.PDF.

22. El Estado Español inició los trámites de transposición antes de la aprobación definitiva de las Directivas, mediante la creación de un grupo de expertos (GELEC) que se constituye en enero de 2014, con dirección del Director General Patrimonio. Este grupo, tras un año de trabajo, presentó un primer documento definitivo en enero de 2015, iniciándose la tramitación formal para su presentación como proyecto de Ley.

como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos²³. Y se justifica sobre los títulos competenciales del Estado en esta materia²⁴.

23. El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 aprobó el Informe sobre los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. El comunicado oficial es el siguiente:

INFORME SOBRE LOS ANTEPROYECTOS DE NUEVA NORMATIVA PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

«Se incorpora a la legislación española el paquete de Directivas Comunitarias de Contratación Pública y tiene como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos.

El Consejo de Ministros ha recibido dos informes del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público y de Contratos en los sectores específicos del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Los Anteproyectos se someterán a diversos trámites e informes preceptivos antes de su remisión por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales.

Estos dos Anteproyectos incorporan a la legislación española las tres Directivas Comunitarias sobre contratación pública que fueron publicadas el mes de marzo de 2014 y algunas de sus principales novedades son las siguientes:

– Se introduce un nuevo procedimiento de adjudicación denominado de “asociación para la innovación”, para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de I+D en obras, servicios y productos, para su posterior adquisición por la Administración. Los candidatos seleccionados realizarían las actividades de I+D requeridas y se adjudicará finalmente el contrato al que ofrezca la mejor relación calidad-precio.

– Se amplía el ámbito subjetivo de la Ley que, en determinadas circunstancias y supuestos, se aplicará a partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, cuando su financiación sea mayoritariamente pública.

– Se apuesta decididamente por la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en la Ley.

– Con el objetivo de reducir las cargas administrativas se generaliza el uso de las llamadas “declaraciones responsables”, en las que el empresario simplemente manifiesta que cumple los requisitos para acceder a la licitación, sin necesidad de presentar documentación justificativa hasta el momento en que resulte adjudicatario del contrato.

– Para conseguir una mayor transparencia, se restringe notablemente el denominado “procedimiento negociado” (que no tiene publicidad), eliminando el motivo de la pequeña cuantía del contrato dentro de los supuestos que hoy día permiten su utilización. Sin embargo, para no perder las ventajas de agilidad que tiene este procedimiento, se crea uno nuevo, el Procedimiento Abierto Simplificado, en el que la duración del proceso de contratación será muy breve (alrededor de un mes), pero que, sin embargo, será totalmente transparente, con publicación obligatoria en Internet.

– Se fomenta e impulsa la competencia a través de diversos mecanismos tales como:

La introducción de un incentivo para que los contratos se dividan en lotes. Hasta este momento, la normativa vigente exige que se motive y justifique la existencia de diversos lotes en un contrato. A partir de la nueva Ley, el principio será justamente el contrario y se deberá justificar como excepcional el hecho de que no existan lotes. Esta división en lotes favorece especialmente el acceso de las PYMEs a los contratos públicos.

La restricción en la utilización de los llamados “medios propios” (entidades creadas por una Administración o poder adjudicador para la realización de determinadas actividades sin someterse a un procedimiento de contratación). En la nueva Ley aumentan las exigencias para garantizar que la utilización de estos medios propios está suficientemente justificada y no es un modo de eludir la publicidad y concurrencia características de la contratación pública.

- Se incorpora una nueva regulación, más equilibrada, de la regulación de la responsabilidad patrimonial aplicable a las concesiones. En la normativa actual, si hay un resolución de la concesión, sea cual sea su causa, la Administración debe abonar al concesionario las inversiones que ha realizado. Con la nueva normativa, si la resolución se produce por una causa imputable al contratista, como ocurre en los casos de insolvencia o concurso de acreedores, la indemnización se determina por el valor de mercado de la concesión. Este nuevo régimen incentivará que se produzca un cálculo riguroso de las inversiones necesarias en la concesión y una mejor gestión, ya que el concesionario, si la resolución le es imputable, ya no tendrá garantizada la recuperación de la inversión.
- Para mejorar la gobernanza en esta materia, se crea en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado un Comité de Cooperación, en el que participarán Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que será un órgano de encuentro, cooperación y unificación de criterio, así como de recopilación de información para elaborar el informe de supervisión que debe remitirse cada tres años a la Comisión Europea».
24. Mediante Disposición Adicional se determina el criterio de atribución competencial. De la lectura de este precepto –al margen de que sea constitucionalmente discutible el sistema de lista para determinar lo básico en favor del Estado (la Ley 31/2007, de 30 de octubre, no sigue por lo demás este modelo)– pudiera desprenderse la opinión del escaso margen de maniobra competencial de las Comunidades Autónomas. Visión en modo alguno correcta ya que esta Disposición TRLCSP exige una interpretación desde la perspectiva de los marcos estatutarios vigentes (y no a la inversa ya que el Estatuto tiene una indiscutible función constitucional). El núcleo duro de las normas que merecen el calificativo de lo básico de la contratación pública son las disposiciones generales, los elementos estructurales y los procedimientos de selección y adjudicación de contratos (materias, que, por cierto, tienen directo fundamento comunitario). También serán básicas las normas que regulan el régimen jurídico de los contratos calificados como administrativos. Así, por contra, no tendrán carácter de básico en modo alguno las cuestiones de organización administrativa y de gestión contractual (incluyendo las relativas a preparación del contrato ligadas a éstas). Ciertamente, a partir de la competencia estatal exclusiva sobre la legislación básica de contratos, se reconoce a las Comunidades Autónomas la de dictar normas de desarrollo en el espacio definido por aquellas (STC 68/1988, de 19 de abril) y su ejecución. conviene abordar el alcance de esta competencia exclusiva del Estado sobre contratación y concesiones administrativas. J. SANTAMARÍA (*Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, MAP, Madrid 1992, pp. 521-522) ha señalado la heterogeneidad del concepto de contratos administrativos, que incluye materias con títulos competenciales diferentes. Los aspectos organizativos de la contratación y clasificación del contratista corresponderían a la competencia de organización administrativa. La regulación de los contratos de entes instrumentales privados es competencia referida a organización del sector público. Los aspectos procedimentales respecto a la elaboración de proyectos, selección de contratistas y recepción de obras tendrían como título competencial el de los procedimientos administrativos. Sólo las normas sustantivas contractuales para las Administraciones Públicas, como las relativas a la capacidad para contratar, el precio y la formalización y ejecución del contrato, estarían amparadas en el apartado de contratos y concesiones administrativas a que se refiere el artículo 149.1.18 CE. El Tribunal Constitucional asimila el contenido básico a los principios y garantías comunitarios, que implica para la Comunidad Autónoma el deber de adecuar su competencia a los mismos, al transponer la normativa, lo haga o no el Estado por medio de leyes de bases. Sobre todo, si consideramos en cuenta que las Directivas son normas de resultado, como se desprende de su propio contenido y alcance normativo, fundamentadas en unos principios que, por su parte, debe asumir la legislación básica estatal. Por tanto, a efectos del ejercicio de la competencia propia de la Comunidad de Autónoma, su referencia sustancial son los principios y objetivos del Derecho comunitario que son, a su vez, los principios de la legislación básica estatal.

Tomada en consideración por el Consejo de Ministros comenzó la tramitación «externa» del mismo. Tras un trámite de información pública (Resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, de 21 de abril de 2015), se emitieron los preceptivos Informes: del Consejo General del Poder Judicial de 11 de junio de 2015; del Consejo Económico y Social de 25 de junio de 2015; del Tribunal de Cuentas de 6 de julio de 2015; de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2015; de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) de 12 de

Nada cuestiona esta interpretación la reciente STC 56/2014, de 10 de abril, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad y que contiene doctrina en materia de reparto de competencias entre Estado y CCAA sobre contratos administrativos, a la vez que declara la nulidad de la ley cántabra que excepciona la prohibición de pago aplazado. En esta sentencia se afirma que «En lo que concierne al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas», la materia «contratos administrativos» aparece diferenciada en el artículo 149.1.18 CE, aunque forme parte del amplio haz de competencias recogidas en el mismo precepto constitucional, que tienen diverso alcance y naturaleza, y cuya heterogeneidad impide un tratamiento unívoco (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 11). Regida así la legislación sobre contratos administrativos por un título competencial específico, esta circunstancia por sí sola impide aceptar la operación de subsunción en otros ámbitos competenciales que propone el Gobierno de Cantabria. Según la doctrina de este Tribunal, recapitulada en la STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 5: «desde un principio, venimos manteniendo que en materia de delimitación de competencias la regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más especial [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 6; 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3 a); y 193/1998, de 1 de octubre, FJ 1]. O, lo que es lo mismo, que el título específico ha de prevalecer sobre el genérico (SSTC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 2; 49/1988, de 22 de marzo, FJ 11; y 80/1988, de 28 de abril, FJ 3), sin perjuicio de que igualmente hayamos afirmado que “a este criterio no se puede atribuir un valor absoluto” (STC 213/1988, de 11 de noviembre, FJ 3)». Existe, pues, una competencia compartida que exige el adecuado «equilibrio» de regulaciones (sirve de referencia la STC de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, relativo a la posibilidad de que *Servicio Madrileño de Salud pueda adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los seis hospitales que se citan en el precepto legal*). Igualmente, la STC 37/2015, de 19 de noviembre de 2015, declarando inconstitucionales ciertos trámites formales de la Ley 3/2011, de medidas de Contratos Públicos de Aragón, ha dejado claro la competencia autonómica en esta materia.

Lo que no debe desincentivar el desarrollo competencial, pues la opción de no regular convierte en exclusiva *de facto* la competencia del Estado, lo que supone negar, en sí mismo, las propias capacidades de la Comunidad Autónoma.

Y, recogida la competencia en los Estatutos, la Comunidad podrá legislar sobre contratación pública respetando, claro, lo básico (*vid.* A. SANMARTIN MORA en su trabajo «Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias», en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Zaragoza, 2010, pp. 405-428; y J. M. GIMENO FELIÚ, «La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas», *Actas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, 2015, pp. 7-29). Opción seguida, por ejemplo, por la Comunidad Foral de Navarra mediante la Ley, 6/2006, de 9 de junio. (La justificación de este ámbito competencial puede verse en el trabajo de CRUZ ALLI ARAGUREN, J., «La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos», en libro col. *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Colección Pro Libertate, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2007, pp. 45-120).

mayo y 16 de julio de 2015; y de la Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) de 13 de julio de 2015.

Tras la revisión a la vista de las alegaciones e Informes, mediante el Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 17 de septiembre de 2015, favorable a la aprobación de la norma elaborada, se aprobó el texto del anteproyecto de 19 de octubre de 2015, que fue objeto de remisión al Consejo de Estado (junto con memoria del análisis de impacto normativo y tabla de correspondencias entre la norma actualmente vigente y la elaborada), para dar por «cerrado» los trámites administrativos.

Y mediante Dictamen de 10 de marzo de 2016, el Consejo de Estado ha aprobado el Dictamen que se emite con carácter preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que previene que el Pleno de este Cuerpo Consultivo debe ser consultado en el caso de *«anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo (...) del derecho comunitario europeo»*.

La emisión del Dictamen comporta la culminación del procedimiento de elaboración de la norma, a falta de su aprobación como proyecto de ley y ulterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación. Y como el Gobierno se encuentra en funciones tras la celebración de las últimas elecciones generales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, el Gobierno en funciones no puede *«presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado»*.

El Consejo de Estado, en un estudio minucioso, advierte cuestiones formales relativas a la estructura, y concluye que *«En todo caso, el resultado final es que el anteproyecto presenta una estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación pública y extraordinariamente difícil para quien no lo está, en detrimento incluso, en ocasiones, de la seguridad jurídica»*.

El texto sometido a consulta merece, en términos generales, un juicio favorable (advirtiendo que tiene una estructura compleja que hace su manejo arduo y muy difícil para el operador jurídico). No obstante, se formulan una serie de consideraciones a la regulación proyectada, que tienen distinto alcance y relevancia. A los efectos del artículo 130.3 de su Reglamento Orgánico, tienen carácter esencial las formuladas a los artículos 6.1, 15 y 17, 44.7, 50.1.b) último párrafo, 51.3, 55.e), 119.2.b), 138.3, 161.1, 172, 3 y 173, 162, 179, 26 y 316 en relación con la obligación establecida en los artículos 199, 212 y 315.

Las observaciones de este extenso Dictamen se concretan, como indica el propio Consejo de Estado, en:

1º. La disciplina de los convenios interadministrativos resulta excesivamente rígida e imposibilita su utilización como instrumento ordinario de colaboración entre las Administraciones públicas.

2º. La configuración de los contratos de servicios y de concesión de servicios y la supresión del contrato de gestión de servicios públicos –quedando embebido en el

segundo de los citados— no asegura un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general²⁵.

3º. El mantenimiento —y extensión en algunos casos— de la regla de que los contratos se perfeccionan por su formalización y no por el mero consentimiento no está justificado en el expediente y suscita dificultades que el anteproyecto no resuelve de manera satisfactoria²⁶.

4º. El sistema de reparto de competencias jurisdiccionales previsto en el artículo 27 del anteproyecto no solventa las dificultades apreciadas en la práctica desde 2007, siendo aconsejable la vuelta al tradicional que encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los actos sujetos al derecho administrativo y a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de los sujetos al derecho privado²⁷.

5º. El recurso especial en materia de contratación debería tener carácter potestativo y extenderse a los contratos no sujetos a regulación armonizada en todo caso y como mínimo cuando aquellos se celebren por poderes adjudicadores, determinándose legalmente los contratos cuyos actos son impugnables a través de este instrumento²⁸.

6º. El régimen singular de presentación del recurso especial —derogando el sistema ordinario establecido en la legislación de procedimiento administrativo— constituye un obstáculo injustificado y gravoso para los administrados²⁹.

-
25. En este punto el Consejo de Estado viene a asumir la tesis defendida y argumentada por J. L. MARTÍNEZ ALONSO en sus alegaciones presentadas y concretadas en su trabajo «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015. También F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ propone reajustar la categoría del contrato de gestión de servicios públicos y mantener el modelo de conciertos. «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 50-57.
26. Esta opción, que fue una exigencia de las instituciones europeas con la finalidad de preservar el efecto útil del recurso especial ha sido cuestionada en la doctrina científica por el profesor J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria “de recursos”», *RAP*, núm. 185, 2011, pp. 323-343.
27. Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público», en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.
28. Tesis defendida en mi estudio *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016. Esta posición, como se indica en este trabajo, es compartida por numerosa y especializada doctrina científica.
29. Como bien explica el profesor J. BERMEJO VERA, resulta necesaria una nueva configuración de los sistemas de justicia administrativa, que ponga la atención en la efectividad del control administrativo, sin que pueda mermarse su efectividad por mor de intereses de la propia Administración. «La resolución extrajudicial de conflictos», en libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, pp. 149-212.

7º. Es preciso perfilar determinados aspectos de la regulación de las consultas preliminares a la contratación a fin de evitar situaciones que distorsionen la igualdad y competencia de los licitadores en el proceso de selección del contratista.

8º. Es preciso reforzar el sistema de garantías que aseguren el efectivo cumplimiento de las responsabilidades del contratista saliente en los casos de subrogación legal de trabajadores.

9º. Resulta necesario completar la regulación atinente al denominado diálogo competitivo.

10º. La extensión de las prerrogativas reconocidas a favor de la Administración en relación con los contratos administrativos a los contratos privados, aun cuando estén sujetos a regulación armonizada, carece de fundamento jurídico³⁰.

11º. Se considera conveniente introducir en el anteproyecto una previsión que fije el plazo máximo de tramitación de los procedimientos de resolución de los contratos en un año.

12º. Resulta conveniente reconsiderar el sistema legal previsto de indemnización de daños causados a terceros por los contratistas en los términos indicados en el cuerpo del dictamen.

13º. La regulación proyectada de los acuerdos marco debería ser completada.

14º. Deberían introducirse en el anteproyecto los mecanismos precisos para asegurar la corrección de los proyectos de obras elaborados y la efectividad de las labores de supervisión y articular un sistema de exigencia de responsabilidades y sancionador adecuado.

15º. Es preciso articular una solución cierta en relación con el procedimiento a seguir en el caso de las reclamaciones por daños causados por los establecimientos y facultativos médicos formuladas por los beneficiarios de los conciertos sanitarios del mutualismo administrativo, evitando su deambular por las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa como hasta la fecha.

Culminado el procedimiento el Gobierno, como se ha dicho, aprobó el proyecto de Ley y acordó su remisión a las Cortes Generales para su tramitación³¹.

2. UNA «PRIMERA» VALORACIÓN SOBRE EL SIGNIFICADO NUEVO TEXTO DEL PROYECTO DE LEY CONTRATOS SECTOR PÚBLICO: LAS DOS CARAS DEL DIOS JANO

Conformado ya el nuevo ejecutivo en noviembre de 2016, y dado que era una de las acciones prioritarias del acuerdo político, se ha concluido ya el texto de Anteproyecto que debe ser aprobado en el Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2016,

30. También el Consejo de Estado considera imprescindible revisar el contenido del artículo 212 del texto sometido a consulta, con vistas a adecuarlo a dicha disposición europea (criterio defendido por J. MATILLA y M. A. BERNAL BLAY). Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

31. Con fecha de 7 de febrero de 2017, el Grupo Unidos Podemos ha presentado una enmienda a la totalidad solicitando la retirada del proyecto de Ley por considerar inadecuado el texto tanto desde la lógica de cumplimiento del Derecho europeo como de prevención de la corrupción. Opinión de la que participa F. BLANCO LÓPEZ, «Enmienda a la totalidad y devolución del proyecto de ley de contratos del sector público», publicada en www.obcp.es, y J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Una primera Aproximación crítica al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público». *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, nº 1/2017, 15 de enero.

y que se impulsará mediante trámite de urgencia. Con los textos preparados, incorporando las observaciones esenciales formuladas por el Consejo de Estado, se ha intentado correcta transposición de las Directivas de contratación pública núms. 23, 24 y 25 de 2014. El texto que se presenta es, quizá, demasiado extenso, pues son 340 artículos y 40 Disposiciones Adicionales (muchas de estas Disposiciones, en adecuada técnica normativa, deberían formar parte del articulado). Y en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario. Este resultado es la consecuencia de la opción de tomar como punto de partida el actual TRLCSP de 2011, lo que puede haber impedido una mayor simplificación y claridad. Es cierto que puede parecer un texto «continuista» o, en palabras de S. DEL SAZ, en relación a Ley de 2007, «un mismo traje con distintas rayas»³². Sin embargo, existen notables diferencias aunque no se solucionan problemas estructurales de transparencia derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración pública, o de debilidad del control, lo que pone en cuestión el objetivo inicial de impulsar una diferente «gestión práctica» de la contratación pública.

Uno de los retos –quizá el principal– de esta nueva Ley (proyecto) debería ser afrontar de forma decidida la problemática de la corrupción y avanzar en un modelo que pivote sobre el principio de integridad. El objetivo de integridad –reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción– forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley orgánica 1/2008, de 31 de julio).

El artículo 1 del PLCSP incluye la referencia a este principio (aunque pasa un tanto desapercibido, lo que aconsejaría una redacción del artículo 1 distinta y «más didáctica»). No es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos³³. Y se adoptan medidas adecuadas a tal fin: se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria, se eliminan prácticas que permitían la opacidad (regulación estricta de los convenios y de los encargos a medios propios, eliminación de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, publicidad y control de los modificados, publicidad diseñada para ser transparente poniendo en valor la Plataforma de Contratos del Sector público, regulación de los conflictos de intereses y extensión de las prohibiciones de contratar por vínculos familiares, refuerzo del recurso especial, profesionalización de las mesas, etc.) y se fomenta la simplificación con el nuevo procedimiento abierto simplificado (que aconseja en todo caso un ajuste para impulsar su utilización) y la declaración responsable. Junto a una mejor sistemática, una primera impresión resulta positiva.

32. S. DEL SAZ, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?», *RAP*, núm. 174, 2007.

33. *Vid.* J. M. GIMENO FELIÚ, «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

Sin embargo, pese a tales novedades, el resultado definitivo parece alejado de las expectativas y necesidades en esta materia en lo relativo a la prevención de la corrupción y mejora de la eficiencia. Y ello por tres motivos principales³⁴.

Primero, la opción final del texto que se remite a las Cortes Generales es la de mantener el *status quo* y no uniformizar el régimen jurídico para todos los contratos con indiferencia de su consideración o no de Administración pública (se mantiene, frente a la opción inicial de su supresión, las instrucciones de los entes no Administración pública para los contratos no armonizados)³⁵. Esta «deslegalización procedimental», como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, introduciendo, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorece que aparezcan prácticas de naturaleza clientelar, que impiden el efectivo funcionamiento –por inadecuada concurrencia– de las economías de escala, lo que limita el principal objetivo de la reforma introducida por la Ley de Unidad de Mercado. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación³⁶. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), *per se*, conlleva a tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado «cerrado» claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia³⁷.

En segundo lugar, la no extensión del recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe, impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de

34. Sobre la justificación me remito a mi trabajo «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (M. VILLORIA y J. TEJEDOR [Dir.]), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300.

35. No es esa la opción del Anteproyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra (tramitación iniciada Orden Foral 22/2015, de 29 de enero, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo y actualmente en proceso de participación), que ha uniformizado las reglas de la contratación pública en todas las fases con independencia de la naturaleza como Administración pública, o no, del poder adjudicador.

36. Sobre esta patología vengo insistiendo desde mi trabajo «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *RAP*, núm. 176, 2008, pp. 9-54. Igualmente, B. NOGUERA DE LA MUELA, «La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español», en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid 2015, pp. 948-950.

37. Nos encontramos así ante una barrera de entrada para nuevos operadores económicos que introduce, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica, que pueden conducir a la postre a un mercado «cautivo», que potencia la compra del «cercano» e impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad, por cuanto la actividad contractual realizada por los entes instrumentales no es en modo alguno residual, tanto por el número de entes existentes en la actualidad, como por el volumen de los contratos que realizan.

contratación pública. Preservar la transparencia en la contratación pública es una necesidad, que debe «protegerse» con una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración. Principio exigible en cualquier tipo de contrato público al margen de su importe sin que resulte admisible una interpretación «relajada» por tal circunstancia³⁸. Debe evitarse que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral económico. Por lo demás, no puede olvidarse que la dualidad de control mediante recurso especial o recurso ordinario en función del importe del contrato puede resultar contraria a los principios europeos de la contratación pública³⁹. La Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, C 179/02, se indicaba: «En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario. (...) De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán impedir o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)»⁴⁰. Y no puede desconocerse el hecho de que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013 al analizar contratos no cubiertos por la Directiva de contratación pública, afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública y utiliza en su razonamiento la citada Comunicación interpretativa de 2006, concluyendo que: «aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades

38. Como bien ha destacado el Profesor J. M. BAÑO LEÓN, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español. Por ello, como bien afirma, «la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente». «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español», en libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p. 669.

39. Así lo han entendido, entre otros, J. M. BAÑO LEÓN, «Tutela judicial precontractual», en libro J. BERMEJO VERA (Dir.), *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, 2008, p. 689 y M. A. BERNAL BLAY, «El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», REDA núm. 160, 2013, p. 203. Por el contrario, para S. DíEZ SASTRE, la fragmentación del régimen de tutela de los licitadores se adecua al Derecho de la Unión Europea y al Derecho Constitucional, aunque resulta criticable porque establece una regulación atomizada de difícil aplicación que pone en duda su capacidad para generar seguridad jurídica y supone una renuncia a la coherencia del sistema de tutela articulado a nivel europeo y nacional (*La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 509).

40. Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente».

Esto significa que en contratos de importe no armonizado deberán tener un régimen equivalente en el nivel de eficacia, como ha advertido la citada STJUE de 6 de octubre, *Orizzonte Salute*, C- 61/14. Lo que es evidente que no se cumple con los recursos administrativos ordinarios, que funcionan en la práctica como una consecuencia más del principio de autotutela de la administración⁴¹. Por ello, la distinción del régimen de recursos en contratos públicos en función del umbral es una clara patología, como viene siendo denunciado por la doctrina de forma unánime⁴². Y también por órganos cualificados como el Consejo de Estado⁴³, Comité Económico

41. Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048[INI]), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional.
42. Conviene recordar el trabajo de J. A. MORENO MOLINA, «Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAP*, núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J. M. BAÑO LEÓN, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *RAP*, 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.
43. Dictamen 514/2006, de 25 de mayo. Afirma lo siguiente: «La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo *référé précontractuel*, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación

y Social⁴⁴, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁴⁵ o Transparencia Internacional España⁴⁶.

Pero resulta especialmente sorprendente la opción de limitar el recurso especial en exclusiva a los contratos armonizados (frente a la opción inicial del texto remitido a Consejo de Estado y de la experiencia práctica en otras Comunidades Autónomas, como Navarra o Aragón, que redujeron, por Ley, los importes de acceso al recurso). Parece primar en esta decisión una única valoración y justificación desde perspectiva de gasto y no de inversión de un modelo preventivo de control eficaz. Habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración⁴⁷. Obviamente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización podrán extender el ámbito de este recurso especial a importes inferiores, pues el artículo 112 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (al igual que su predecesora Ley 30/1992, en su artículo 107) habilita tal posibilidad.

Por último, la posibilidad de libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública –frente a la actual situación que obliga con indiferencia del importe– aventura una nueva etapa de descontrol en los sobrecostes y, también, un incentivo a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. M. GARCÉS SANAGUSTÍN, ya advirtió hace tiempos que las malas prácticas y abusos de esta potestad han tenido, además de un efecto perverso sobre las reglas de la licitación, un claro impacto presupuestario al no abonarse las certificaciones correspondientes en proyectos con financiación europea por considerar las autoridades comunitarias que se incumplían los principios inherentes a la contratación pública⁴⁸.

de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados».

44. DICTAMEN núm. 8 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015.

45. IPN/CNMC/010/15 (Informes de Propuestas Normativas).

46. En el documento sobre Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos, de octubre de 2015 (medida III. 2), se insiste en la necesidad de extender el recurso al mar gen del importe (<http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contra-la-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>).

47. J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Vid. J. TORNOS MAS (2008, pp. 629 a 641).

48. M. GARCÉS SANAGUSTÍN, «El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos», libro col. *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 68. La práctica de las modificaciones en España acredita una clara «patología» que pervierte todo el sistema de

Y los casos recientes de ACUAMED, NOOS, Palma Arena, etc., son ejemplos de la necesidad de tolerancia cero en esta materia. Esta decisión de «facilitar» la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, aun con los límites de control cuando se supera el veinte por ciento en los supuestos no previstos— supone un claro «retroceso» en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción. Por ello, debería ser objeto de replanteamiento, pues lo que está en juego es la eficiencia y el derecho a una buena administración⁴⁹. El contenido «armonizado» que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública⁵⁰.

Las observaciones críticas expuestas, junto con la ausencia de un impulso decidido a los medios electrónicos (sin un Capítulo propio y con regulación dispersa), cuando la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiesta, en este contexto, como un eje de reforma irrenunciable⁵¹, conforman un escenario decepcionante, alejado de la idea de una nueva gobernanza que pueda servir para «atacar» el déficit público desde una

la contratación pública y sus principios. Vid. también J. M. GIMENO FELIÚ, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138.

49. Sin embargo, al Consejo de Estado en su Dictamen al ALCSP de marzo de 2016, de forma sorprendente, le convence esta opción y declara que «Por lo tanto, en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación contractual está más acotada. En efecto, ya no afecta a todos los contratos del sector público, sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen». La visión de la modificación limitada a una mera exigencia europea y no al ejercicio correcto de los principios de integridad, eficiencia y buen gobierno pone en cuestión una adecuada solución del problema de los sobrecostes en la contratación pública. La dicotomía de regímenes, en función del importe, no parece una solución correcta, en tanto se crean dos regulaciones distintas para situaciones que exigirían una misma solución jurídica.
50. Así lo he defendido en anteriores trabajos. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 28-31.
51. Parece existir, como destaca M. CAÑO, cierta falta de visión sobre el valor añadido que comportan los medios electrónicos en el cumplimiento de los objetivos propios de la contratación pública. «La nueva contratación pública: cuadro para una exposición», <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.177/recategoria.121/re/menu.3/chk.4308fc461a71df71b1729e420f574f9b>. Lo que puede explicarse, como ha advertido M. RAZQUÍN («La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales», RAP, núm. 186, 2011, p. 57), por la lenta puesta en marcha de la administración electrónica Sobre las posibilidades de la contratación electrónica resulta de interés la monografía de R. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. *El Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE* (Documento COM 2010 [571] Final), publicado por la Comisión Europea en octubre de 2010 ha definido la contratación pública electrónica de forma general, incluyendo no sólo los procedimientos de contratación efectuados íntegramente por medios electrónicos (noción estricta) sino también la utilización de las TIC en cualquier fase de los procedimientos de contratación pública (noción amplia). Resulta de interés la Comunicación de la Comisión de 2013 titulada «Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública» (Documento COM [2013] 453 final).

nueva gestión (sin necesidad, por ello, de nuevos ajustes, recortes o incremento de la carga fiscal), que se asemeja a la imagen del Dios Jano, con dos caras antagónicas que, en una primera apreciación personal, nos lleva a considerar como una nueva oportunidad perdida para avanzar en la necesaria regeneración democrática y rediseño de la contratación pública como estrategia de liderazgo público que pivota sobre los principios de eficiencia, transparencia y buena administración.

Asimismo, la visión estratégica, tan importante para impulsar políticas de desarrollo sostenible, impulso a la innovación o consolidación de tejido empresarial de las PYMEs, queda diluida dentro de un texto que parece decantarse por una visión «conservadora» de la contratación pública, más cercana a la consideración del contrato público como gasto y no como inversión⁵².

Otra oportunidad perdida para reconstruir las «murallas del derecho Administrativo», concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos. Pero, sobre todo, para corregir el actual *gap* entre ciudadanía e instituciones públicas y para asentar el modelo institucional cimentado sobre el buen gobierno. La idea de *buen gobierno* va más allá de la ausencia de corrupción. Se refiere a unas instituciones transparentes, objetivas y con reglas predecibles para todos, que favorezcan la necesaria seguridad jurídica para que pueda emerger «una economía sana y competitiva». Desde este contexto la opción adoptada en la Proyecto de Ley es muy cuestionable y puede ser un claro freno a la productividad de nuestro modelo económico⁵³. Se podrá justificar el cumplimiento formal de las Directivas europeas de contratación pública, pero no de los principios inspiradores (y de la gestión pública) de la contratación pública que funcionan al margen de los importes.

La contratación pública exige una nueva arquitectura jurídica cimentada sobre el principio de integridad⁵⁴. Hay que corregir y laminar el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buen administración. Por el contrario, una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra

52. Sobre esta visión estratégica de la contratación pública, eje de la política europea, existe una importante literatura jurídica y económica tanto en España como en Europa. Por todos, el libro colectivo Dirigido por J. PERNAS, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013; J. M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

53. Lo explican GARCÍA SANTANA y coautores, en el estudio *Growing like Spain*. http://www.garciasantana.eu/Home_files/mis_mar_2015-v20.pdf.

54. Me remito a mi trabajo «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105. También I. GALLEGU CÓRCOLES, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública» en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167 y J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015.

y profesionalizada⁵⁵. Solo así, podremos avanzar en la nueva cultura del buen gobierno y poner en marcha, en palabras, del profesor Rothstein, el *Big-Bang anticorrupción*⁵⁶.

3. PRINCIPALES NOVEDADES DEL NUEVO TEXTO DE PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El texto aprobado, que toma como punto de partida el vigente TRLCSP de 2011, «renuncia», tanto formal como materialmente, a la idea de un «Código de Contratos Públicos», con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos⁵⁷. Se trata de un texto extenso y prolijo, pero que puede resultar de fácil comprensión y aplicación práctica, que incorpora las referencias expresas a los preceptos de las Directivas que se transponen en cada artículo de la Ley, lo que puede dotar de mayor seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social.

El nuevo texto introduce cambios no menores, lo que aconseja aun de forma sucinta, remarcar las principales novedades que se han incorporado al actual proyecto⁵⁸:

-
55. Vid. el excelente trabajo de J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016, en especial, pp. 393-440. El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048 [INI]), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre «*Contratación pública y gestión de la hacienda pública*», donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.
56. Con el objetivo de corregir estas debilidades, desde el Observatorio de Contratación Pública se ha elaborado y publicado (www.obcp.es), un documento que se presenta una Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016). También Transparencia Internacional ha publicado en febrero de 2017 un documento de Propuestas para la mejora del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.
57. Así lo propuse en mi trabajo «La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.
58. Algunas de ellas ya advertidas, en relación al primer texto sometido a consulta pública, en mi trabajo «El valor interpretativo de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma», en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60.

a) Con relación a la sistemática formal, se decide, como premisa previa, no hacer una Ley *ex novo*, sino «partir de la» estructura TRLCSP de 2011. Existirán así dos leyes: Ley de Contratos del sector público y Ley de Contratación en sectores especiales que vendrán a sustituir al TRLCSP y a la Ley 31/2007, de contratación en sectores especiales. El articulado de esta Ley se ha estructurado en un Título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro Libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV).

b) En relación al ámbito subjetivo de aplicación se da nueva redacción al artículo 3, para aclarar el concepto poder adjudicador: párrafo 1 se mantiene para definir que es sector público. El párrafo 2 indica quien es poder adjudicador y su utiliza el sistema de lista, aunque no se precisa el concepto conforme a los criterios ya fijados por el TJUE. El párrafo 3 se indica quien tiene consideración de Administración Pública. Se suprime la mención a que las Entidades Públicas Empresariales no se comportan como Administración Pública y se acuerda que solo las entidades de derecho público que sean efectivamente de mercado serán no Administración Pública a efecto de esta Ley (opción ya implantada tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015, lo que obliga a «revisar» la categorización como EPE y el régimen jurídico que le resulta de aplicación)⁵⁹. Como novedad importante –en relación a lo que ya hemos expuesto– es que se incluye a partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria. Sin duda un cambio de

59. Ver J. M. GIMENO FELIÚ, «La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en el régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores y de la Ley de Procedimiento Administrativo Común en la posibilidad de control», *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 147, 2017, pp. 6-9. En esta línea se ha manifestado el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 20/2016, donde recuerda que «El cambio operado en la Ley 40/2015, que aunque no es básica en la definición del concepto de entidad pública empresarial, debe ser considerado a efectos de interpretar el art. 3.2.e) TRLCSP (precepto que sí es básico) que alude a las “Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales”, obliga a revisar la conclusión alcanzada en la antecitada Circular. Así, para afirmar ahora que las Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales no tendrán la consideración de Administración pública a efectos de contratación debe atenderse a la circunstancia de que se financien “mayoritariamente con ingresos de mercado” como dato relevante para determinar su régimen de contratación. Si la financiación de una entidad autonómica no procede “mayoritariamente de ingresos de mercado” no cabrá entonces afirmar su naturaleza análoga a las Entidades Públicas Empresariales, y por tanto, su contratación quedará sometida íntegramente a las disposiciones del TRLCSP, sin que resulte admisible que la adjudicación de sus contratos no sujetos a regulación armonizada se regule en unas instrucciones internas de contratación (...). Y, para delimitar cuándo se entenderá que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, deberá estarse a su consideración, o no, de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010), regulado en el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, de directa aplicación».

indudable interés, máxime en el actual contexto de falta de transparencia de la gestión política que cuestiona la propia legitimidad de las instituciones administrativas⁶⁰.

c) En negocios excluidos se decide mejorar la sistemática con varios preceptos distintos que contengan una materia idéntica y un último «cajón de sastre». En cuestión de convenios (se introduce el término de «cooperación»), se sustituye «naturaleza» por contenido y causa (se pretende evitar fraudes y favorecer control y que bajo subterfugios formales se esconda una relación que es un contrato público). La letra d) se cambia la mención de Administración Pública por la de poder adjudicador. Asimismo, se da sustantividad a compra pre-comercial, si bien aquí convendría insistir en la diferenciación de adquisición de servicios de I+D en régimen de ayudas públicas (negocio excluidos), de la compra pública pre-comercial en la que debe existir un reparto de beneficios y riesgos y, obviamente, un procedimiento público. La compra pública pre-comercial, como procedimiento de licitación, permite la financiación europea, pero no así si se configura como ayuda pública. Este punto me parece muy relevante y de especial atención para no perjudicar la estrategia de impulso de innovación en España.

d) Se regula la cooperación vertical y horizontal (los medios propios y convenios). Se opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, no se habla de encomiendas sino de encargos. Encargos que deben ser objeto de publicidad con el fin de garantizar, mediante el control, la idoneidad de cada encargo. Los entes que tengan consideración de medios propios deben contar con los medios idóneos⁶¹. En todo caso, cien por cien capital público. Son necesarios, además, otros requisitos: que la empresa que tenga el carácter de «medio propio»; disponga de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga; que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa; que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad. Obviamente, cualquier ente considerado como medio propio, es, en todo caso, poder adjudicador. Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios, en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. La Disposición Adicional 25 regula el régimen de contratación de TRAGSA. Sin embargo, la posibilidad de contratar hasta un 60 por ciento de las prestaciones resulta claramente excesiva y puede no corregir un uso indebido de esta técnica (como ya

60. Se ajustan, igualmente, ciertas previsiones relativas a la Administración local, tanto en materia de organización, cuantías de contrato menor en función de población y de elementos de control. Sobre la incidencia de la Directiva 2014/24 en la Administración local resulta de especial interés el trabajo de M. A. BERNAL BLAY, «La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública», *REALA* núm. 2, nueva época, 2014.

61. Criterio defendido en el Informe 65/07, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –«Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión»–, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo afirmando: «Habría que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda».

ha denunciado el Tribunal de Cuentas)⁶². Resultaría más lógico limitar esta opción al 20 por ciento de la cuantía del encargo, y sin afectar al contenido esencial de la prestación.

e) Los contratos celebrados en el ámbito de la Defensa y Seguridad, seguirán rigiéndose por su correspondiente Ley específica (Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad), en los supuestos en ella determinados. Se delimita en el texto, asimismo, la aplicabilidad de la presente Ley o de la ley específica, según los distintos supuestos posibles en el caso de contratos referidos a los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

f) En la tipología de contratos hay ajuste de definiciones de obras y servicios (se opta por el concepto funcional de obras: que exista influencia en la decisión final-STJUE 30 octubre 2009, Comisión/Alemania-) y de concesión de obras y de servicios. Se decide qué plazo de estos últimos será común a todo poder adjudicador con excepciones justificadas (inversiones, etc.). El plazo ordinario de duración de los contratos de servicios y concesión de servicios es de 5 años (porque es el que referencia la Directiva concesiones). Desaparece el tipo de contrato de colaboración público-privada pero se mantiene la posibilidad de sociedad de economía mixta en tanto fórmula de CPPI⁶³. Esta decisión está motivada en la experiencia práctica y se pretende evitar confusiones o incorrecto uso. En todo caso, la opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones. Se incorpora definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea. Así, se incluye contrato concesión de servicios que se caracteriza por la existencia de riesgo (ya no hay contrato de gestión de servicios públicos: se eliminan las figuras del concierto y de la gestión interesada). Se adopta el criterio del riesgo operacional como elemento para delimitar concesión de contrato, lo que supone un cambio pues bastara con que se transfiera el riesgo de suministro de oferta o el riesgo de suministro de demanda para que exista una concesión (criterio aplicable por igual a concesiones de obras o concesiones de servicio)⁶⁴. El plazo concesiones queda vinculado al plazo necesario retorno inversiones. Sin embargo, no se diluye el «régimen de servicio

62. *Vid.*, por todos, el reciente Informe del Tribunal de Cuentas nº 1197/2016, de 22 de diciembre, de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.

63. A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de M. MAGIDE HERRERO, «Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa», en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual «específicamente español» y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M. HERNANDO RYDINGS, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pp. 534-541. También M. A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», REDA núm. 167, 2014, pp. 293-326.

64. Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PÉREZ

público», pues las notas propias de regularidad, continuidad y equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como de concesión de servicios. Se define contrato mixto con regla general de valor estimado de la prestación. Se aclara que los contratos administrativos/privados son, en esencia, «régimen jurídico».

g) Se decide reformar tema jurisdicción superando la dualidad jurisdiccional. Todas las fases de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residencian en orden contencioso-administrativo⁶⁵. Existe ahora coherencia con la solución adoptada por el actual artículo 2 b) LJ de 1998, que establece la regla (que no debería ser alterada por la legislación de contratos, en tanto legislación sectorial), de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa⁶⁶.

La opción de diferenciar por la consideración de contrato armonizado o no armonizado que estableció el artículo 21. 2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 se separaba, pues, de una interpretación uniforme que residenciaba en el orden contencioso los contratos públicos de entes no Administración Pública. Así, de forma «sorprendente»

y E. MARCO PEÑAS, «El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT», RAP, núm. 194, 2014, 437-474.

65. No resulta posible una solución formal anclada en la idea rígida del contrato administrativo, pues, como bien ha explicado O. MIR PUIGPELAT el Derecho Administrativo se define en la actualidad no solo sobre la base del elemento subjetivo –Administración pública– sino también a partir de su consideración como Derecho exorbitante que se dirige a conciliar el interés general y el particular. Y resulta evidente tal condición en cualquier contrato público (donde las reglas y principios son públicos), tal y como ya advirtiera, por cierto, el Tribunal Supremo en la conocida sentencia Hotel Andalucía Palace (núm. 2113/1965 de 4 de febrero) donde el dato de que existen reglas administrativas es lo que decidió la competencia a favor del orden contencioso (en un contrato de una empresa pública).
66. O. MIR, «El concepto de Derecho Administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional», RAP, núm. 162, 2003, pp. 47 y ss. De hecho, con la LCAP de 1995, ya la sala de lo civil se declaró incompetente en contratos de empresas públicas al afirmar: «*que “no cabe duda de que el contrato cuyas consecuencias jurídicas se presentan ante el Tribunal Civil es de naturaleza administrativa: así lo revela el procedimiento administrativo de licitación y de adjudicación de la obra contratada, la previa determinación de los correspondientes pliegos de condiciones administrativas y técnicas, y, en fin, la propia tipología del contrato, que no es sino de las obras públicas, y celebrado por una empresa pública municipal, como lo es Aguas del Puerto, Empresa Municipal, S.A.”. A tal respecto es bueno recordar que el artículo 1º de la Ley 13/95 (RCL 1995, 1485, 1948) de Contratos de las Administraciones públicas, establece que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se ajustarán a las prescripciones de la citada Ley, a cuyos efectos se entenderá por Administraciones Públicas también a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público, notas éstas que se dan de forma expresa en la empresa pública expresada, dedicada al suministro de aguas potables de El Puerto de Santa María, y cuyos cargos directivos son nombrados y sus presupuestos aprobados por el Ayuntamiento de dicha ciudad, debemos ratificar la resolución de la Audiencia» (Sentencia núm. 776/2005 de 11 octubre [RJ 2005, 857]).*

habilitaba la competencia del orden civil en los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administración pública, lo que venía a «resucitar» la dualidad de jurisdicción con sus sabidos inconvenientes procesales y de seguridad jurídica. La cuantía del contrato sirve para fijar el órgano competente, siendo ajeno a la lógica de la naturaleza del sujeto o del interés público como criterios delimitadores.

Es –y debe ser– el criterio funcional de poder adjudicador y no formal de Administración Pública, el que determina ante qué orden jurisdiccional se residencia la competencia⁶⁷. Máxime cuando el artículo 2 LJ viene admitiendo la categoría de los actos «materialmente» administrativos. En definitiva, en una actividad como la de los contratos públicos tan sensible desde una perspectiva económica, es necesario dotar a la arquitectura jurídica del control de la necesaria coherencia, que garantice el máximo de seguridad jurídica y favorezca la predictibilidad. Y, por cuanto resulta evidente que en la fase de preparación y adjudicación de cualquier contrato público (incluyendo las modificaciones ilegales), sea o no realizado por una Administración pública, hay un interés público relevante, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización⁶⁸. Desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública.

h) En el ámbito del recurso especial, se mantiene el modelo de los tribunales administrativos (cuyas ventajas ha destacado el profesor J. SANTAMARÍA PASTOR⁶⁹). Este sistema de «justicia administrativa especial» ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos Tribunales administrativos – con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007–, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96 *Dorsch Consult*). Y así se ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración –carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción– y declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE.

67. Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público», en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.

68. Por otra parte, desde la lógica de la arquitectura de los principios procesales sobre los que se fija la competencia, básicamente sujetos y objeto, con causa de interés público, resulta incomprensible que el criterio cuantía pueda determinar un cambio de orden jurisdiccional, posibilidad contraria al buen funcionamiento del Estado de Derecho y de la necesaria seguridad jurídica pues la dualidad jurisdiccional en asuntos de misma materia y sujetos quiebra los mismos. Critican por ello, entre otros, la opción del artículo 21 TRLCSP los prof. GARCÍA DE ENTERRIA y T. R. FERNÁNDEZ (*Curso Derecho Administrativo*, Vol. II, 2013, p. 622).

69. Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64.

Desde la perspectiva del procedimiento, se mejoran los aspectos de invalidez y desaparece cuestión de nulidad contractual que se integra en el recurso especial. El recurso especial se configura con carácter obligatorio⁷⁰. Se refuerza la planta bajo la previsión de que no existan tribunales locales⁷¹. La decisión de la Comunidad Autónoma atrae la competencia del concreto órgano de recursos contractuales (la planta debe ser «cerrada» y coherente, por lo que no deben existir órganos de control de ámbito local). Sin embargo, se establece que es exclusivamente para importes armonizados (opción que no figuraba en el anteproyecto y que no fue objeto de conservación por el Consejo de Estado). Esta opción de limitar el recurso especial a los contratos armonizados es una clara disfunción, dado que habilita dos regímenes de recursos que ponen en cuestión la protección adecuada de los intereses públicos inherentes a todo contrato público y de la regla de igualdad (de hecho, por este motivo, se declaró por el Tribunal Constitucional de Austria una regulación de este tipo). Pero, lo que es más grave, impide extender de forma adecuada la «profilaxis» del recurso especial, lo que supone un retroceso en la finalidad de prevención de la corrupción y mejora de la gestión pública, en tanto se ampara prácticas de «mala administración».

Se reconoce una legitimación amplia conforme doctrina tribunales administrativos (se entiende que incluye doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de concejales, tal y como contempla expresamente el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entrada en vigor el 25 de octubre de 2015)⁷². Hay

70. Pese a la tesis del Consejo de Estado se acepta la tesis sobre la conveniencia del carácter obligatorio del recurso especial, con la finalidad de evitar fraudes procesales y dotar de mayor seguridad jurídica al modelo. Los motivos que justifican este carácter obligatorio han sido explicados de forma excelente por P. VALCÁRCEL, en su trabajo «El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración», en el libro col. *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, pp. 332-338.

71. Me remito a las consideraciones de mi estudio «Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva», *Revista Derecho Público de Cataluña*, núm. 47, 2013.

72. La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial debe interpretarse desde la lógica del artículo 24 CE confiere a todas las personas –personas físicas o personas jurídicas– el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración –como recuerda la Directiva 2007/66–. Sobre la legitimación del concejal en el recurso especial, la sentencia del TSJ de Aragón 500/2015, ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto afirmando que «los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación

un nuevo sistema de impugnación plazos de los pliegos (que incorpora la doctrina de la Audiencia Nacional). Las comunicaciones son electrónicas en todo caso. Y se extiende el objeto del recurso contra modificaciones y encargos ilegales (lo que supone que ya no es recurso precontractual)⁷³. Sin embargo, a mi juicio de forma errónea, no se incluyen en su objeto, pese a ser obligación europea, ni las alteraciones de las condiciones de subcontratación así como los supuestos de resolución de los contratos.

Se elevan las multas por temeridad o mala fe en la interposición del recurso a 30 000 euros⁷⁴. Los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos (Disposición Adicional 24).

i) En lo relativos a las cuestiones de solvencia se aclara como condición de ejecución lo que es la adscripción de medios como complemento necesario a la solvencia que se exige. La clasificación empresarial se mantiene solo en contratos de obras de más de 500 000 euros. Importante novedad, desde la perspectiva de simplificación, es que se establece la declaración responsable como regla general en todo procedimiento abierto. Y se

previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés –e incluso obligación–, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL».

73. Sobre el carácter no precontractual del recurso especial puede verse mi trabajo «La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable», en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140.

74. Como recuerda la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.) en su Sentencia de 14 mayo 2014 (JUR 2014, 157183), el artículo 47.5º TRLCSP otorga la posibilidad de imponer una multa al recurrente cuando aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso. La finalidad de esta facultad de imponer una multa no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que el mismo sea resuelto (art. 45 TRLCSP). Obviamente, la denominación de multa no implica que tenga naturaleza sancionatoria, pues su finalidad es de protección del uso adecuado del sistema del recurso especial para conciliar adecuadamente los distintos intereses públicos. Tendría su equivalente en la previsión del artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre respeto a las reglas de la buena fe procesal y multas por su incumplimiento, donde se dice que «*si alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar*». Así, es una facultad de carácter procesal del Tribunal administrativo decidir si concurren estas circunstancias de mala fe yo temeridad para imponer la multa.

regula el modelo de documento (el DOUE del día 6 de enero de 2016, serie L 3, publica el Reglamento de Ejecución [UE] 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación). Hay un precepto (artículo 64) dedicado a Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses⁷⁵. Se establece un nuevo modelo prohibición de contratar, que es el mismo para cualquier poder adjudicador, sea o no Administración Pública. Se extiende el régimen de familia (la prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses) y se ajusta la prohibición al «contrato». Se regula un nuevo sistema y procedimiento de determinación de las prohibiciones de contratar (vinculado a cada contrato), que no incluye la opción de «clemencia» que figura de forma clara y precisa en la Directiva 2014/24 lo que supone una contravención de esta norma europea.

j) Se revisan, a efectos de su homogeneización, las diversas expresiones que se utilizaban en el Texto Refundido anterior para referirse al valor de los contratos, por ejemplo «cuantía» o «importe del contrato», reconduciéndose en la mayor parte de los casos al concepto de «valor estimado» del contrato, que resulta ser el correcto. Este concepto queda perfectamente delimitado en la nueva Ley, al igual que lo están el de «presupuesto base de licitación» y el de «precio del contrato», evitándose, de esta forma, cualquier posible confusión entre ellos.

k) En materia de procedimientos, se regulan las consultas preliminares al mercado (art. 115) aunque conviene aclarar algún aspecto que ha generado dudas interpretativas sobre el alcance de la participación de los operadores económicos, lo que puede condicionar la eficacia de una técnica muy adecuada para una correcta planificación de las necesidades a contratar.

75. Sobre el conflicto de intereses el Acuerdo 108/2016, de 9 de noviembre de 2016 del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón indica que «Del Derecho europeo y de la Directiva 2014/24/UE se deduce, en relación al conflicto de intereses como causa de exclusión que: a) No se requiere que el conflicto sea “real” en cuanto que el interés particular influya *de facto* en el desempeño de la actividad pública, sino que pueda ser “percibido” como comprometedora de la objetividad, la imparcialidad y la independencia requerida en el procedimiento de contratación; b) No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación, y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores; c) La exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado y menos restrictivo para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia. Esto significa que la existencia de un conflicto de intereses –que exige acreditación suficiente– no significa de modo automático la necesidad de su exclusión del procedimiento ni, mucho menos, la declaración de prohibición de contratar con alcance general. La proporcionalidad exigible a esta decisión impone a la Administración la obligación de justificar de forma indubitable que es la única opción jurídica posible para proteger adecuadamente los intereses públicos en juego».

Interesa destacar que se introduce el procedimiento abierto con tramitación simplificada (muy similar al de la Ley 3/2011 de Aragón). Los umbrales para su utilización son los no armonizado en suministros y servicios y 2 millones en obras. (salvo poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe). Este procedimiento, llamado a convertirse en el procedimiento ordinario en estos umbrales, aconseja cierto ajuste técnico para favorecer su utilización de forma general.

Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (artículos 164 a 169). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar (y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad, como ha indicado Acuerdo del TACPA 8/2015). Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción). Opción que se explica de forma expresa en la Exposición de Motivos del APLCSP:

«Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato»⁷⁶.

Esta opción es, sin duda, de gran trascendencia, y un avance en la prevención de conductas irregulares. Pero al no ser de aplicación para poderes adjudicadores que no tienen consideración de Administración pública se lamina su efecto práctico (e incentiva, en mayor medida, la huida del Derecho Administrativo).

Se mantiene, sin embargo, la figura del contrato menor y sus cuantías, cuando su práctica y abusiva práctica aconsejaba, cuando menos, cierta exigencia de publicidad⁷⁷.

76. Esta opción de eliminar la posibilidad de negociación por la cuantía, ha sido implantada en Cataluña mediante el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (artículo 7). Este Decreto Ley tiene por objeto establecer medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como consecuencia de la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit, se ha presentado la proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública –Grupo Parlamentario Popular–, en el Congreso, 21 octubre de 2016.

77. En mi opinión no es una decisión acertada, y debería, en esta línea de «reducción de opacidad», revisar la oportunidad de su mantenimiento (o, al menos, sus cuantías o su régimen de

En el ámbito de la innovación y desarrollo, con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación. Sin embargo, la redacción dada finalmente merece su reconsideración para incorporar con claridad la distinción entre la fase de adjudicación (mediante negociación) de la fase de ejecución que a su vez tiene una fase de I+D y otra de realización de la obra, prestación del servicio o entrega del suministro⁷⁸. Se ajusta dialogo competitivo a novedades de la Directiva (reforma técnica).

D) Sobre los Acuerdo Marco, la nueva normativa prevé la posibilidad de adjudicar contratos con base en un acuerdo marco estará condicionada a que en el plazo de treinta días desde su formalización, se hubiese remitido el correspondiente anuncio de la misma a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en el caso de que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada y efectuado su publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el «Boletín Oficial del Estado» en el caso de los Acuerdos Marco celebrados en la Administración General del Estado Administración General del Estado y por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas.

Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre las empresas y los órganos de contratación que hayan sido originariamente partes en el mismo (salvo lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 225 en relación con los acuerdos marco celebrados por centrales de contratación).

En todo caso, las empresas parte del acuerdo marco estarán obligadas a mantener en el acuerdo marco los precios con que concurrían en el mercado, si éstos mejoraran los de la adjudicación del acuerdo marco, siempre que las condiciones aplicables a la prestación fueran similares.

m) Lógicamente, la propuesta de normativa incluye medidas a favor PYMES⁷⁹: nueva regulación de la división en lotes de los contratos. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, solo si no se divide, hay que

transparencia), que en muchas ocasiones sirve para fragmentar el objeto del contrato. Resultan de interés las reflexiones de J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ «El cerco a los contratos menores», *Revista de Estudios Locales*, Cunal, núm. 194, octubre 2016.

78. Es lo que indica el Dictamen del Consejo de Estado y responde a lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva 2014/24. En la fase de adjudicación los licitadores seleccionados tienen que presentar proyectos de investigación e innovación (artículo 31.6) que posteriormente desarrollarán. A esa primera propuesta la llaman en algunos casos «descripción preliminar de una solución innovadora», que si es seleccionada, será objeto en la fase de I+D de exploración y diseño, podrá dar lugar a la generación de prototipos, respecto de los cuales en su caso se realizarán de *test* de producción o series de prueba.

79. Sobre la cuestión de las PYMES y la contratación pública puede consultarse: J. M. GIMENO FELIÚ, «La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica», en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59 a 84, y los trabajos de G. BARRIO GARCÍA, «Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública», en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 133-160 y J. M. MARTÍNEZ, «Fomento del acceso de PYMES a la contratación pública», *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 143, 2016, pp. 92-103.

justificarlo. Se regula la oferta integradora y se puede limitar número de lotes. El acceso a los pliegos y demás documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados. La incorporación de la regla general de la «declaración responsable» ha de favorecer la participación de las PYMEs.

n) Se precisan los criterios de adjudicación, que deben cumplir los siguientes requisitos: a) deberán estar vinculados al objeto del contrato; ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Hay una doble distinción de criterios: Criterios relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. Se limita el uso criterio mejoras: no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%. Se definen como las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquéllas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones.

En criterios adjudicación se incluye, además, la definición y cálculo del coste del ciclo de vida y de las ofertas anormalmente bajas (ahora también por criterios sociales o ambientales). Se regulan criterios de desempate (conforme a criterios sociales). Se recuerda la obligación de establecer la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. La elección de las fórmulas se tendrá que justificar en el expediente, y las mismas deberán permitir que en condiciones normales pudiera llegar a existir una diferencia equivalente a la ponderación correspondiente al respectivo criterio automático entre la mejor y la peor oferta.

Los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato. Se detalla el régimen de la confidencialidad de las ofertas y la notificación de la adjudicación se efectuará por medios electrónicos.

o) Destaca la posibilidad de que, previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

p) El régimen de modificación del contrato, más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias (art. 72 Directiva). Se introduce adverbio «solo» y se limitan posibilidades. No hay modificados de «*minimis*». Se regula la cesión del contrato con el fin de evitar que se considere modificación contractual. Toda modificación deben publicarse y notificarse los acuerdos de modificación (opción ya incorporada en Aragón y Navarra).

Sin embargo, como ya se ha dicho, existe una cierta «disfunción», por comparación con el régimen actual en relación a los poderes adjudicadores no Administración Pública (artículo 20 TRLCSP), pues se «limita», a mi juicio indebidamente, la aplicación del procedimiento de modificación contractual solo para los contratos de importe armonizado. La previsión que se contiene el artículo 26 del anteproyecto debería ser revisada para dotar al sistema de la uniformidad pretendida, y evitar zonas de sombras vinculadas a la naturaleza del ente y el importe del contrato. Esta decisión supone un claro «retroceso» en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción⁸⁰.

q) En el régimen de contratos administrativos existen ajustes técnicos (por ejemplo, mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en la regulación de las concesiones: donde se incluye el concepto de la Tasa Interna de Rentabilidad o Retorno (TIR). Se confirma la actual regulación de la responsabilidad patrimonial administrativa en los casos de resolución de las concesiones (RPA), que es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión. La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional⁸¹. Esta RPA se limita, para la resolución por causa imputable al concesionario, la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de

80. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi. Cizur Menor, pp. 31-138.

81. Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) n° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En relación a cómputo déficit de las operaciones de APP se indica que: «*Propiedad económica y asignación del activo* 20.283 Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma)⁸². Se permite pagos por disponibilidad⁸³. Interesa llamar la atención con el dato de que la retribución tendrá la condición de tarifa, tanto en los casos de concesión de obras como de concesión de servicios (nuestros «servicios públicos»). Se acoge expresamente la tesis, defendida desde hace mucho tiempo por el profesor J. TORNOS MAS⁸⁴. Lo que obligará a reformular cierta jurisprudencia que, en servicios públicos, opta por la configuración de tasa⁸⁵. Y no es una cuestión sin efectos prácticos pues, como bien advierte J. TORNOS, «la tasa supone recaudación para un gasto público. Esto determinará que el servicio se convierte en un gasto que puede computar a efectos del déficit municipal. De acuerdo con los criterios EUROSTAT en relación con el tratamiento contable de los modelos concesionales, un cambio de modelo como el que se plantea (unido a otros datos adicionales como el compromiso de reversión de las instalaciones a la finalización del contrato), puede implicar que los compromisos de pago adquiridos por el Ayuntamiento por la duración total del contrato consoliden en su contabilidad, a efectos del cálculo del déficit y la deuda». La opción del Anteproyec-

d) *El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.*

e) *La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador». Estos dos últimos apartados, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista parecen aconsejar una «limitación» de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PÉREZ y E. MARCO PEÑAS, «El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT», *RAP*, núm. 194, 2014, 437-474.*

82. En todo caso, se entenderá que es imputable al concesionario la resolución del contrato cuando ésta obedezca a haber sido declarado aquél en concurso o insolvencia en cualquier otro procedimiento. Las concesiones que hayan sido adjudicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley o cuyos expedientes de contratación se hayan iniciado con anterioridad a dicha fecha, se registrarán por la normativa anterior, es decir, no se verán afectados por la nueva regulación de la RPA.
83. Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PÉREZ y E. MARCO PEÑAS, «El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT», *RAP*, núm. 194, 2014, 437-474.
84. «La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 22-29.
85. *Vid.* J. TORNOS MAS, en su excelente artículo «Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RI§1151068)», *Revista Derecho Municipal*, Iustel, 10 de marzo de 2016. El análisis de la evolución jurisprudencial y las consecuencias prácticas de la distinta calificación refuerzan las conclusiones que propone.

to, por este motivo es clara: la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa (y no puede ser ya de opción por la entidad contratante)⁸⁶.

r) Al regular el reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios se mantiene la redacción actual sobre el *factum principis* (decisión de la Administración pública concedente que incide de forma sustancial en concesión) y no se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible⁸⁷. Se puede ampliar un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato. En el ámbito de los sectores públicos autonómico y local, deberán remitirse al Comité Técnico de Cuentas Nacionales o, todos los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios adjudicados en sus respectivos ámbitos, cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, o cuando, en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.

s) En las prerrogativas de los contratos de concesión de obras y de servicio se mantiene la técnica del rescate como privilegio unilateral. Esta opción incumple la previsión del artículo 44 la Directiva de concesiones, que establece unos límites a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene

86. La opción de configurar tasa supondría, de hecho, la imposibilidad de impulsar concesiones de servicios. Sirva de referencia el trabajo de J. GARCÍA HERNÁNDEZ, «El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?», *Revista Derecho Local* núm. 38, febrero de 2016.

87. Esta decisión de no «cambiar» la regulación del *factum principis* no parece una buena solución. En mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad. La concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario– el reequilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, «el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002). No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó la inversión debería ajustarse la TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior «judicialización», con las incertidumbres que comporta). Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo...*, op. cit., pp. 148-150.

cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de la prerrogativas públicas exorbitantes⁸⁸. El interés público –al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. El rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y principios de esta potestad⁸⁹.

t) En materia organizativa destaca la previsión relativa a la mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (lo que supone que no puede tener componente político en las personas que se designan, tal y como advirtiera el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos en su Acuerdo 45/2013, de 7 de agosto). Se regulan los órganos de contratación de las entidades locales (sin especiales novedades). Debe mencionarse la nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más exhaustiva que la anterior, que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad. Pero a efectos de publicidad/transparencia debe estarse a la publicidad en Portal Contratación Sector Público (o autonómicos, interconectados). Los plazos de presentación de solicitudes se inician en momento publicación PCSP. El Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito.

Existe una nueva regulación del Registro de Contratos del Sector Público (que debe servir para mejorar no solo en simplificación, sino también en transparencia), en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

u) Se opta por la extensión de la regla de utilización de medios electrónicos, incluso para ofertas. En cuanto a la presentación facturas, el contratista tendrá la obligación de presentar la factura que haya expedido por los servicios prestados o bienes entregados ante el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma. En los pliegos de cláusulas administrativas para la preparación de los contratos que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la presente disposición, se incluirá la identificación del órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública, así como la identificación del órgano de contratación y del destinatario, que deberán constar en la factura correspondiente. Sin embargo, esta cuestión de los medios electrónicos aconseja una sistemática distinta, con un capítulo específico, que de adecuada respuesta al problema de su empleabilidad e interoperabilidad. Además, debe preverse un plazo donde sea obligatoria la utilización de medios electrónicos.

88. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58/59, 2016, pp. 50-71 (*ibidem*, «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», *Cuadernos de Derecho Local* núm. 43, 2017). Opinión que comparte el profesor J. TORNOS MAS, «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, 2016, p. 49.

89.

v) Se diseña un nuevo sistema de gobernanza, del que deriva un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública (se crea un Comité con representación CCAA) por exigencia del Derecho de la Unión Europea⁹⁰. Los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas –además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos– lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas –que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática– conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública. Esta regulación obligará a modificar los Reglamentos de funcionamiento de las Juntas Consultivas autonómicas. Sin embargo, parece más oportuna una estructura más ambiciosa y con más competencias ejecutivas para poder corregir las disfunciones en la contratación pública. El modelo italiano de Agencia Nacional para prevención de la corrupción puede ser de interés.

III. CONCLUSIONES

Son tiempos de nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas, que aconseja una reflexión sobre la necesidad de abordar una reforma de las normas de contratación pública que permitan cumplir el objetivo de mayor eficiencia, visión estratégica e integridad en la adjudicación de contratos públicos⁹¹. Pero no será suficiente –como venimos insistiendo en anteriores trabajos– si no se asume el reto de una adecuada y efectiva profesionalización de la contratación pública⁹². La profesionalización que se propugna en el ámbito de la UE se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición «pasiva» y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen

90. Cuestión en la que insiste la citada Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit.

91. Y el cumplimiento de los principios del Derecho de la Unión Europea es una forma más de hacer valer el interés público, pues también estos tienen como objetivo el logro de una contratación más favorable para los intereses públicos. Vid. J. J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, «El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual», en *La contratación Pública: problemas actuales*, CANO CAMPOS y BILBAO ALEXIADES (Coords.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, p. 154

92. A. SANMARTIN MORA, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, op. cit., pp. 408-409. Este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la «profesionalización» de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa. También. E. MALARET, «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia», *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 15, primer semestre/2016, pp. 38 y ss.

la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)⁹³.

La nueva regulación que se contiene en el proyecto de ley de Contratos del Sector Público incorpora importantes novedades, si bien claramente insuficiente desde la óptica de la necesaria revisión del modelo de compra pública que necesita España⁹⁴. La «cara amable» del Dios Jano de esta norma, no compensa la otra cara, mucho más «oscura», que habilita la excepción a las reglas y principios explicados y que incentiva modelos opacos e ineficientes, alejados del objetivo de regeneración democrática y de buen gobierno.

Desde este contexto la opción adoptada en la Proyecto de Ley es muy cuestionable y puede ser un claro freno a la productividad de nuestro modelo económico⁹⁵. Se podrá justificar el cumplimiento formal de las Directivas europeas de contratación pública, pero no de los principios inspiradores (y de la gestión pública) de la contratación pública que funcionan al margen de los importes. Solo así se podrá avanzar en un nuevo modelo de gobernanza pública que impulse la necesaria regeneración democrática (y de ejemplaridad y ética pública en las actuaciones de los poderes públicos)⁹⁶, que permitan asentar nuestro sistema institucional público⁹⁷. Por lo demás, sin un sistema integral de control preventivo rápido, eficaz e independiente no podrá avanzarse en la nueva cultura del buen gobierno ni poner en marcha, en palabras, del profesor Rothstein, el *Big-Bang anticorrupción*. Ojala el legislador entienda este mensaje y, frente a tradicionales inercias y cierta tendencia a la autocomplacencia, avance en la línea indicada⁹⁸. Se necesita más

93. «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

94. Se incorporan muchas de las propuestas que ya realizamos con anterioridad (por todas, mi estudio en «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en libro colectivo *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

95. Lo explican GARCÍA SANTANA y coautores, en el estudio *Growing like Spain*. http://www.garciasantana.eu/Home_files/mis_mar_2015-v20.pdf.

96. Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo Javier GOMÁ, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009. También el estudio de J. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2002.

97. No puede desconocerse el dato de que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo. Vid. el libro colectivo dirigido por J. PERNAS *Contratación pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 y mi monografía *El nuevo paquete legislativo...*, *op. cit.*, en especial, pp. 39-60.

98. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «El necesario Big-Bang contra la corrupción en materia de contratación pública y la necesidad de rearmar el modelo de control desde la óptica de la integridad y el buen gobierno» (*Revista Internacional Transparencia Internacional*), R.I.T.I. n° 2 septiembre-diciembre 2016, pp. 1-12.

y mejor transparencia para una compra pública más eficiente y una correcta rendición de cuentas⁹⁹.

Y en este contexto de ayudar a mejorar el texto en tramitación, puede reseñarse la *Propuesta de de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016) realizada por el Observatorio de Contratos Públicos*, donde se formulan pautas y redacción de articulado que puede servir para «reconducir» las debilidades del texto.

Es de esperar que tras el debate parlamentario se pueda mejorar en lo sustantivo y en lo técnico una norma de tal significado para el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, así como para prevenir efectivamente el problema de la corrupción, tan generalizada en el ámbito de los contratos públicos. Lo que aconseja consenso político en la tramitación parlamentaria y, posteriormente, estabilidad de la norma, pues una materia tan sensible en lo económico y político no puede «estar en continuo movimiento jurídico».

99. Vid. J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 41, 2017, pp. 1-46; y J. M. GIMENO FELIÚ, «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la *Revista Presupuesto y Gasto Público* sobre «calidad institucional, transparencia y buen gobierno», núm. 82, 2016, pp. 137-158.