THOMSON REUTERS PROVIEW

¡ENHORABUENA!

USTED ACABA DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **YA INCLUYE**
LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.
DESCÁRGUELA AHORA Y APROVÉCHESE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES





Acceso interactivo a los mejores libros jurídicos desde iPad, Android, Mac, Windows y desde el navegador de internet

THOMSON REUTERS

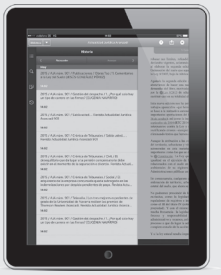
FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



SELECCIONE Y DESTAQUE TEXTOS
Haga anotaciones y escoja los colores para organizar sus notas y subrayados



USE EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado



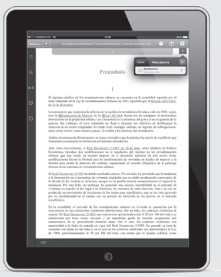
HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN
Vuelva a las páginas por las que ya ha navegado



ORDENAR
Ordene su biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS
Escoja la apariencia de sus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores



MARCADORES DE PÁGINA
Cree un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA
Busque en todos sus libros y obtenga resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN
Transfiera todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



SUMARIO NAVEGABLE
Sumario con accesos directos al contenido

THOMSON REUTERS

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si ha recibido previamente un correo electrónico con el asunto **"Proview – Confirmación de Acceso",** para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberá seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado cliente,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, acceda a **http://onepass.aranzadi.es**

Tras acceder a la página citada, introduzca su dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrará en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulse enviar.

Si se ha registrado anteriormente en **"One Pass"** (**), en la siguiente pantalla se le pedirá que introduzca la contraseña que usa para acceder a la aplicación **Thomson Reuters ProView™.** Finalmente, le aparecerá un mensaje de confirmación y recibirá un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en su biblioteca.



Si es la primera vez que se registra en **"One Pass"** (**), deberá cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a su libro electrónico.

- Los campos **"Nombre de usuario"** y **"Contraseña"** son los datos que utilizará para acceder a las obras que tiene disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.



Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™:**

- **iPad:** Acceda a AppStore y busque la aplicación **"ProView"** y descárguela en su dispositivo.
- **Android:** acceda a Google Play y busque la aplicación **"ProView"** y descárguela en su dispositivo.
- **Navegador:** acceda a **www.proview.thomsonreuters.com**
- **Aplicación para ordenador:** acceda a **http://thomsonreuters.com/site/proview/download-proview** y en la parte inferior dispondrá de los enlaces necesarios para descargarse la aplicación de escritorio para ordenadores Windows y Mac.

(*) Si ya se ha registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberá introducir el mismo correo electrónico que utilizó la primera vez.

(**) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICOS 2015

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
Director

OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICOS 2015

CARLOS ALBERTO AMOEDO SOUTO
RICARDO CONCHA
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ
XIMENA LAZO VITORIA
JORGE LÓPEZ-VEIGA BREA
TERESA MEDINA ARNÁIZ
MANUEL MESA VILA
JAVIER MIRANDO DÍAZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
ANTONIA OLIVARES HORTAL
MARTA OLLER RUBERT
SARA RAMOS ROMERO
JOAN RIDAO MARTÍN
MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO
MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA
JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO
DURVAL TIAGO FERREIRA
GUILLERMO YÁÑEZ SÁNCHEZ

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD
Universidad Zaragoza
1542
Observatorio Contratación Pública
THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2016



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / José María Gimeno Feliu]
© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9135-284-6
DL NA 1282-2016
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

Sumario

Página

NOTA PREVIA 25

PARTE I

COLABORACIONES

CAPÍTULO 1

PRESENTE Y FUTURO DE LA REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 31

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Introducción 32

I. La doctrina del TJEU en modificaciones contractuales. Su carácter codificador 37

II. La regulación vigente de los modificados en el trlcsp. La reconducción del «ius variandi» 54

1. Significado del «ius variandi» en la contratación pública española 54

2. La nueva regulación de los modificados en España tras la ley de economía sostenible de 2011 60

III. La cuestión del re-equilibrio financiero del contrato en el contrato de gestión de servicios públicos (concesión de servicios) y de concesión de obras públicas 76

IV. Regulación de modificación del contrato en las directivas de contratación pública de 2014 88

1. La regulación de la modificación contractual en las nuevas directivas de contratación pública 90

2. Las consecuencias de la no incorporación en plazo de las directivas de contratación pública 98

Página

V. El futuro de la regulación de modificados en España: La opción del proyecto de ley de contratos del sector público 106

VI. Conclusiones 127

CAPÍTULO 2

LA DESTACADA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS EN EL AÑO 2015 137

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

I. Introducción. La importancia de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea en el marco del efecto directo de la directiva 2014/24 138

II. Doctrina del TJUE en materia de contratación pública en el año 2015 143

1. Los tribunales administrativos de recursos contractuales tienen el carácter de órganos jurisdiccionales a efectos del derecho de la Unión Europea 143

2. Lucha contra la corrupción en la contratación pública: conflicto de intereses y protocolo de legalidad 145

3. Cualificación del personal encargado de la ejecución del contrato como criterio de adjudicación del contrato 152

4. Aplicación de los principios generales a los contratos no sujetos a las directivas europeas 153

5. Tasas por la interposición de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en materia de contratos públicos 155

6. Finalización de contrato de gestión de servicios públicos y obligación de hacerse cargo de los trabajadores 157

7. Indemnización de daños y perjuicios por infracción de la normativa en materia de contratos públicos 160

8. Obligación de motivación de la adjudicación del contrato 162

9. Exigencia de prestación de servicios de salud en un municipio concreto contraria al principio de igualdad 165

Página

CAPÍTULO 3

NUEVOS DESARROLLOS DE LA CONTRATACIÓN «IN HOUSE» EN EL DERECHO ESPAÑOL: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS 169

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

I. Delimitación conceptual: De la encomienda al encargo 170

1. *La definición de la encomienda de gestión sobre la base de un errado entendimiento del ámbito de aplicación subjetiva de la legislación sobre contratos públicos* 170
2. *La adecuación del ámbito de aplicación subjetivo de la legislación española sobre contratos públicos al Derecho europeo. La incorporación de la doctrina «Teckal» a la LCSP* 175

II. La actuación de los medios propios: Dimensiones y riesgos .. 181

III. La disciplina de los llamados medios propios en el derecho de la unión europea 187

1. *Premisa: El efecto directo de las disposiciones que regulan los encargos a medios propios* 187
2. *La Directiva 2014/24/UE: Desarrollos y matizaciones de la doctrina «Teckal»* 188
3. *La doctrina «Tragsa»y la necesidad de acotar sus consecuencias. La resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015* 199
4. *Los encargos «horizontales» y «verticales» a medios propios* 206
5. *Los medios propios y su condición de poder adjudicador* 208

IV. La configuración de los medios propios y servicios técnicos en la LRJSP 209

V. Epílogo: Algunas notas sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público 213

VI. Bibliografía 218

CAPÍTULO 4

LA FUSIÓN DE PRESTACIONES DE DISTINTA CLASE EN UN ÚNICO CONTRATO. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y NUEVO

Página

RÉGIMEN JURÍDICO ESTABLECIDO POR LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014 223

XIMENA LAZO VITORIA

I. Estado de la cuestión previo a las nuevas directivas de contratación pública de 2014 224

II. Nuevas normas para los contratos mixtos en las directivas de contratación pública de 2014 228

1. Antecedentes generales 228

2. Los criterios que deben aplicarse en la elección del régimen jurídico de los contratos mixtos: El carácter separable o no de las prestaciones y el objeto principal del contrato 229

2.1. Contratos mixtos «ad intra»: la combinación de prestaciones reguladas todas ellas por una misma Directiva de contratación 229

2.2. Contratos mixtos ad extra: la combinación de prestaciones reguladas por dos o más directivas u otros regímenes jurídicos 231

2.2.1. El significado de la expresión prestaciones «objetivamente» separables a la luz de la jurisprudencia del TJUE 231

2.3. La traducción del criterio jurisprudencial (carácter separable o no de las prestaciones) en las nuevas directivas comunitarias 234

2.3.1. Prestaciones que sean objetivamente separables: la opción del poder adjudicador de celebrar contratos independientes o un contrato complejo 235

2.3.2. Prestaciones que no sean objetivamente separables 236

III. La incorporación de las reglas de los contratos mixtos a derecho interno: La regulación prevista en el anteproyecto de ley de contratos del sector público (ALCSP) y en el anteproyecto de ley sobre procedimientos contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (ALCSE) 236

Página

1. Referencia explícita en la exposición de motivos y formulación de un concepto de contrato mixto. sentido y alcance de la expresión «otro u otros de distinta clase» 237
2. Adecuación del régimen jurídico de los contratos mixtos a lo dispuesto en las nuevas directivas de contratación de 2014 238
3. Mantenimiento de la regla de la vinculación directa y el carácter complementario de las prestaciones. revisión de la doctrina de los órganos consultivos y de los tribunales administrativos de recursos contractuales 240
4. Se mantiene a nivel reglamentario la obligación de identificar las prestaciones que se pretendan fusionar en un contrato mixto 244
5. La extensión de la regla de la absorción en el anteproyecto de ley de contratos del sector público 245

IV. Bibliografía 245

CAPÍTULO 5

EL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN: UN PASO MÁS PARA REDUCIR LA CARGA BUROCRÁTICA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 247

TERESA MEDINA ARNÁIZ

I. Introducción 247

II. Las previsiones sobre simplificación en las nuevas directivas y su apuesta por reducir la carga burocrática a los operadores económicos 253

III. La regulación del documento europeo único de contratación 259
1. El documento europeo único de contratación como declaración responsable: Características 261
1.1. Declaración responsable 261
1.2. Declaración normalizada multilingüe 261
1.3. Electrónico 263
1.4. Reutilizable 264
1.5. Obligatorio 264
2. Contenido 267

Página

IV. A modo de reflexión final 269

V. Bibliografía 270

CAPÍTULO 6

LA TRANSPARENCIA CONTRACTUAL EN GALICIA 273

CARLOS ALBERTO AMOEDO SOUTO

I. Introducción: Carta náutica para náufragos de la contratación transparente 273

II. El derecho básico en materia de transparencia contractual como punto de partida 276

1. Los sujetos obligados a la transparencia contractual activa 278

2. Las obligaciones mínimas de transparencia activa contractual ... 279

3. Las especialidades de la sujeción de empresas concesionarias y contratistas de la administración 282

4. La limitada sujeción de partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales 284

5. La democratización del acceso ciudadano a la información contractual 286

III. El derecho autonómico de galicia en materia de transparencia contractual 290

1. El contexto previo: Transparencia contractual en las leyes 4/2006, de transparencia y buenas prácticas y 1/2015, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración ... 290

2. La ley 1/2016: Inventario de novedades de transparencia contractual 296

IV. Conclusión: Los desafíos de la transparencia contractual trascendente en galicia 303

Página

CAPÍTULO 7

OBSERVATORIO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2015 307

MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA

I. Puesta en funcionamiento de nuevos órganos de recursos contractuales, y modificaciones en la organización y competencias de los existentes durante 2015 310

II. Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación pública y de los órganos competentes para su resolución 318

1. Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española 318

2. 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 318

III. Consideraciones generales y análisis estadístico sobre la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2015 331

1. Tribunal administrativo central de recursos contractuales (TACRC) 334

2. Tribunal administrativo de contratos públicos de aragón 334

3. Tribunal de contratación pública de la comunidad de madrid 334

4. Tribunal administrativo de recursos contractuales de la junta de andalucía 335

5. Tribunal administrativo de contratos públicos de navarra 335

6. Litigiosidad respecto de las resoluciones de los órganos competentes en materia de recursos contractuales 336

IV. La doctrina de los órganos de recurso. Aspectos procesales o de forma del recurso 337

1. Contratos susceptibles de recurso 337

1.1. Contratos de gestión de servicios públicos modalidad concierto 338

1.2. Contratos administrativos especiales 339

2. Actos susceptibles de recurso 340

Página

2.1. Actos de trámite recurribles 340
2.2. El recurso contra los pliegos que rigen la licitación ... 344
3. Legitimación para recurrir 345
3.1. Operador económico que no puede participar en la licitación 345
3.2. Licitador que pretende recurrir su exclusión pero que ha solicitado la devolución de la documentación presentada 346
3.3. Legitimación para recurrir la adjudicación del licitador excluido o que no puede resultar adjudicatario .. 347
3.4. Legitimación de una empresa que ha concurrido en UTE a la licitación 349
3.5. Alcance de la legitimación de un sindicato 349
3.6. Legitimación de los concejales 352
3.7. Legitimación de los partidos políticos 355
4. Plazo de presentación del recurso 356
4.1. El «dies a quo» para recurrir los anuncios de licitación 356
4.2. El «dies a quo» para recurrir los pliegos cuando los mismos se han puesto a disposición de los licitadores por medios electrónicos 357
4.3. Recurso contra el acto de exclusión del licitador 361
5. Anuncio previo de la interposición del recurso al órgano de contratación 363
6. Lugar de presentación del recurso 365
7. La terminación del procedimiento 365
7.1. La solicitud de aclaración de la resolución 365
7.2. Efectos de la resolución cuando el contrato ha sido ya adjudicado o incluso está en ejecución 366
V. La doctrina de los órganos de recurso. Aspectos materiales o de fondo del recurso 367
1. Los pliegos que han de regir la adjudicación y ejecución del contrato 368
1.1. Aptitud para contratar 368
1.1.1. Incompatibilidades para contratar 368

Página

1.1.2. Habilitación empresarial o profesional 369
1.2. Requisitos de solvencia 370
1.2.1. Incompatibilidad del requisito de la clasificación con la exigencia adicional de requisitos de solvencia 370
1.2.2. Exigencia como solvencia técnica de una cualificación profesional específica 370
1.2.3. Integración de la solvencia con medios externos 371
1.3. Los criterios de adjudicación: fórmulas de valoración de las ofertas 372
1.4. Cláusulas de territorialidad: disponer de sede o instalaciones en un ámbito territorial, como condición de ejecución 372
1.5. Cláusulas que incluyen una condición resolutoria del contrato 373
1.6. Cláusulas que incluyen un trámite que consiste en verificar que el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, cumple las prescripciones técnicas 374
2. *Las resoluciones de adjudicación* 376
2.1. La aplicación de los criterios de adjudicación, la discrecionalidad técnica 376
2.2. Condiciones en las que el órgano de contratación puede separarse del criterio de la mesa para adjudicar un contrato 377
3. *Otras cuestiones de interés* 378
3.1. El desistimiento del procedimiento de contratación: requisitos 378
3.2. Procedencia de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes 379
3.3. Discrepancia entre el contenido de los anuncios de licitación y los pliegos, y de los anuncios entre sí 380
3.4. Pronunciamientos sobre algunos trámites del procedimiento de adjudicación 382
3.5. El procedimiento negociado 388

Página

3.5.1. Uso del procedimiento negociado al amparo del artículo 170.d) del TRLCSP 388
3.5.2. Confidencialidad de la oferta en el procedimiento negociado 388
3.5.3. El requisito de no introducir modificaciones esenciales en la licitación para adjudicar el contrato mediante procedimiento negociado sin publicidad en el caso de haber quedado desierta una primera licitación 389
3.6. Cuestiones relativas a la defensa de la competencia .. 389

PARTE II

COMUNICACIONES CONGRESO INTERNACIONAL DE CUENCA (2016)

CAPÍTULO 1

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. SU CONFIGURACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA 395

MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

I. Consideraciones previas 395

II. Modificaciones sustanciales y no sustanciales: Concepto y delimitación 399

III. Modificaciones previstas y no previstas: Alcance y consecuencias 404

IV. Reflexiones finales acerca del papel de los principios generales 406

CAPÍTULO 2

LOS CRITERIOS ÉTICOS Y SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: REFERENCIAS AL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN EL VIGENTE TEXTO REFUNDIDO Y EN

Página

EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 409

JORGE LÓPEZ-VEIGA BREA

I. Consideraciones previas respecto a los criterios sociales en la contratación pública 409

II. El tratamiento actual en españa del criterio de la discapacidad en el todavía vigente texto refundido de la ley de contratos del sector público 411

1. Prohibiciones de contratar 411

2. Condiciones especiales de ejecución del contrato 416

3. Contratos reservados 417

4. Establecimiento de prescripciones técnicas 418

III. El anteproyecto de ley de contratos del sector público 418

1. Antecedentes 418

2. Novedades sobre corrupción y criterios sociales 419

3. Dictamen del consejo económico y social de españa sobre el anteproyecto 422

IV. Conclusiones 423

CAPÍTULO 3

LA «ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN» COMO CONTRATO Y COMO PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN 427

JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO

I. Introducción 427

II. Delimitación del contrato o contratos objeto del procedimiento de «asociación para la innovación» 428

III. La «asociación para la innovación» como procedimiento y sus fases 439

IV. Epílogo y conclusiones 443

V. Bibliografía 446

Página

CAPÍTULO 4

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURAS EN EL MARCO DE LA FUTURA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 449

JOAN RIDAO MARTÍN

I. Introducción 450

II. Breve balance de la ejecutoria de la CPP en los últimos años 450

III. Algunos elementos a tener en cuenta con vistas al anteproyecto de nueva ley de contratos del sector público 451

IV. Breve coda final 453

CAPÍTULO 5

REFLEXIONES Y RETOS SOBRE COMPRA PÚBLICA INNOVADORA 455

MARTA OLLER RUBERT

CAPÍTULO 6

CONGRESO INTERNACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. COMUNICACIÓN: LA CONTRATACIÓN DOMÉSTICA EN LAS DIRECTIVAS DE CUARTA GENERACIÓN Y EN EL ANTEPROYECTO DE NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 457

ANTONIA OLIVARES HORTAL

I. Introducción 457

II. Encuadramiento legal del concepto de ente instrumental 458

1. Directivas de cuarta generación 458

2. Transposición al estado español de las directivas de cuarta generación anteproyecto de ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015 460

III. Incumplimientos por la anormal transposición de la normativa comunitaria que realiza el estado español dada la exclusión de sociedades mercantiles 462

Página

IV. Especial consideración a la entidad transformación agraria, sa (TRAGSA) 463

V. Conclusiones 464

VI. Relación bibliográfica 465

CAPÍTULO 7

CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (CUENCA) 469

CONTRATACIÓN PÚBLICA AVANZADA 2.0 469

GUILLERMO YÁÑEZ SÁNCHEZ

I. Qué es la contratación pública avanzada 471

1. La contratación pública es una herramienta para ejecutar políticas públicas 471

2. La gestión transparente de la contratación 472

3. La tecnología es la base de la gestión de la contratación pública 473

II. Contratación pública electrónica 474

1. Escenario actual «aproximado» 474

2. El problema en números 476

III. Qué tendrían que hacer los entes del sector público para implantar la gestión electrónica en la contratación 478

IV. Qué está fallando 479

1. No hay un plan nacional para implantar la contratación pública electrónica 479

2. Qué falla en los miles de poderes adjudicadores; por qué no implantan la gestión electrónica en la gestión de su contratación 480

V. Idea: Trabajar de forma colaborativa en redes sociales y comunidades profesionales + web 2.0 486

1. Comunidades de afectados por la contratación pública 487

1.1. Una comunidad o red social de contratación pública para la administración del estado 487

1.2. Comunidades prácticas de contratación en órganos de contratación para implantar la gestión electrónica y conseguir una contratación pública avanzada 490

Página

2. Utilización masiva de la web 2.0 490

CAPÍTULO 8

LA LEGITIMIDAD PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA RESOLUCIÓN R/0086/2015 DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO ... 493

MANUEL MESA VILA

I. La resolución CTBG-R/0086/2015 494

II. Conclusión 500

CAPÍTULO 9

LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DEL RECURSO ESPECIAL ANTE EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES 503

SARA RAMOS ROMERO

I. Antecedentes generales 504

II. Antecedentes específicos. El estado de la cuestión anterior a la publicación del Real Decreto 814/2015. Análisis de las memorias del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 505

III. El real decreto 814/2015: Estructura y carácter 506

1. El RD 814/2015: Estructura 506

2. El RD 814/2015: Sobre su carácter básico 507

IV. Tramitación electrónica del recurso especial ante el TACRC. Análisis del capítulo IV del RD 814/2015 y normas complementarias 507

1. La interposición del recurso especial 507

2. Obligatoriedad de la tramitación electrónica: Regla general y excepción 508

3. Tramitación electrónica del procedimiento: Condiciones y requisitos técnicos 509

4. Identificación y firma de los interesados en el procedimiento 510

Página

5. Obligados a relacionarse por medios electrónicos 510
6. Práctica de la notificación a través de medios electrónicos 512
7. Publicidad del procedimiento por medios electrónicos 512
V. Entrada en vigor y derecho transitorio 513
VI. Impacto y conclusiones 514
VII. Bibliografía 516

CAPÍTULO 10
LAS NOVEDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO FINANCIERO 2015/1929 519
JAVIER MIRANZO DÍAZ
Introducción 519
I. Depuración conceptual: Ampliación del apartado de definiciones 520
II. Adaptación a los nuevos procedimientos de contratación de las directivas 523
1. Procedimientos restringidos, pero no inaccesibles 523
2. La insistencia en un procedimiento negociado con negociación 524
3. La contratación conjunta e institucional 526
III. Las causas y criterios de exclusión de los operadores económicos 526
IV. Ejecución y modificaciones del contrato 534
V. Conclusiones 537
VI. Bibliografía 537
VII. Jurisprudencia 538

CAPÍTULO 11
O IMPULSO DA UTILIZAÇÃO DE MEIOS ELECTRÓNICOS NAS NOVAS DIRECTIVAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA 539
DURVAL TIAGO FERREIRA
I. Introdução 539

Página

II. Antecedentes históricos 541
1. Até à reforma de 2004 541
2. Da reforma de 2004 em diante 544
III. A utilização de meios electrónicos nas novas directivas de contratação pública 548
IV. Conclusões 552

CAPÍTULO 12
EL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CHILE. DIEZ AÑOS DE FUNCIONAMIENTO 557
RICARDO CONCHA

Introducción 557
I. Régimen jurídico del tribunal de contratación pública 558
1. Antecedentes del TCP 559
2. Objeto 559
3. Ámbito de aplicación 560
4. Exclusiones 561
5. Relación con otras normas: Competencia de la contraloría general de la república 561
6. Suspensión del procedimiento precontractual 562
7. Procedimiento de la acción de impugnación 562
8. La situación de los terceros al juicio (otros licitantes) 563
II. Jurisprudencia a diez años de la instalación del tribunal de contratación pública 564
III. Análisis crítico 566
IV. Conclusión 568

Nota previa

Tiene el lector ante sí la sexta entrega del Monográfico del Observatorio de los Contratos Públicos. Este trabajo, como los anteriores, se enmarca en las actividades del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, en concreto, el titulado «LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PUBLICA: HACIA UN NUEVO SISTEMA DE GOBERNANZA PUBLICA Y DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS» DER2015-67102-C2-1–P.

En esta obra, junto a novedades doctrinales y jurisprudenciales, se incluyen las Comunicaciones Presentadas en el Congreso Internacional de Cuenca, celebrado de enero de 2016, en la Universidad de Castilla-La Mancha.

Se pretende, en definitiva, mantener una línea de reflexión y pensamiento crítico en relación a la regulación y la práctica en la contratación pública. Máxime en un contexto como el actual, donde el vencimiento del plazo de transposición de las Directivas de contratación pública implica el efecto directo de las previsiones de estas que resulten claras, precisas e incondicionadas. Para facilitar la labor de los gestores los órganos de recursos contractuales de España han elaborado un documento sobre el efecto directo de las Directivas contratación pública en España (que se ha difundido a través www.obcp.es), pues esa situación, por motivos de seguridad jurídica, preocupaba a los distintos tribunales administrativos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratos públicos. El objeto del citado documento es analizar los efectos jurídicos de la falta de transposición en plazo de las Directivas de contratación pública, y en particular, su posible efecto directo, teniendo en cuenta el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público actualmente vigente. En este contexto, este trabajo únicamente pretende servir como documento de análisis y reflexión para facilitar la interpretación que de la normativa aplicable a partir del 18 de abril de 2016 deberá realizar cada uno de los Tribunales administrativos de recursos contractuales en el ejercicio de sus funciones.

Igualmente, sobre el efecto directo, conviene reseñar la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66 de 17 de marzo de 2016). En esta Recomendación se analiza los antecedentes, el efecto directo en las Directivas comunitarias y una serie de instrucciones que dividen en dos secciones. En el documento se desglosan las recomendaciones por tipología de contrato sujeto a regulación armonizada y las aplicables a todos los contratos sujetos a regulación armonizada.

Asimismo, se ha analizado esta cuestión del efecto directo en el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a los «*Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo*»[1], y en el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación

1. En este Informe se indica que resultan de aplicación directa aquellos aspectos de la regulación de las Directivas que sean claros y concisos y no requieran acto alguno de concreción. Entre ellos, pueden incluirse en todo caso el concepto de poder adjudicador, las causas de elección del procedimiento, o los criterios de participación, selección y adjudicación. Otro ejemplo de regulación concisa e incondicionada es la relativa a la división de los contratos en lotes (artículo 46), o las normas sobre comunicaciones electrónicas (artículo 22). En todo caso, las definiciones surtirán plenos efectos jurídicos, pues son, obviamente, incondicionadas. En esta cuestión sí que tiene gran significado el hecho de que el concepto de concesión de servicios sea ya plenamente operativo. Serán igualmente de aplicación directa las previsiones en relación al cálculo del valor estimado de los contratos, así como el plazo de las concesiones. La obligación de incorporar las nomenclaturas en los contratos de concesión será inmediatamente eficaz. El acceso electrónico, directo completo y gratuito y sin restricciones, de los documentos relativos a las concesiones, será una previsión de efecto directo. Igualmente, la justificación de la solvencia de los licitadores mediante declaración responsable tendrá efecto directo (artículo 38). Por otro lado, existen algunas previsiones de las Directivas que positivizan la jurisprudencia europea sobre determinados conceptos, de modo que en muchos casos están ya transpuestos a la legislación nacional, como consecuencia de la incorporación paulatina de esos criterios. Es el caso, por ejemplo, del concepto de medio propio, la cooperación horizontal, la regla de la confidencialidad, o el concepto de los elementos básicos de la concesión. Así sucede, por ejemplo, con los artículos 13 a 18 que son fundamentalmente principios generales, que podríamos decir que han sido ya «transpuestos». Y quedan excluidos del efecto directo aquellos contenidos de las Directivas que son susceptibles de transposición facultativa, es decir, aquellos que los Estados miembros pueden incorporar, o no. Y ello porque estas normas carecen de incondicionalidad. Ejemplos de ello son las previsiones de los artículos 32.1 (uso del procedimiento negociado sin publicación previa); 46.3 (posibilidad de prever ofertas integradoras); o 57.3 (posibilidad de los Estados miembros de establecer excepciones a los motivos de exclusión

Administrativa de la Generalitat de Catalunya, relativa a «*Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión*».

Por último, conviene indicar la Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública. Esta Recomendación tiene por objeto tanto facilitar a los órganos de contratación la aplicación del artículo 59 de la Directiva de contratación pública y del Reglamento (UE) n.º 2166/7, como ayudar a las empresas interesadas a cumplimentar correctamente el formulario normalizado del DEUC según ha quedado este aprobado por el citado Reglamento comunitario.

Por supuesto, y desde la coherencia del modelo, el contenido «armonizado» que se propone en las Directivas de 2014, 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 pública[2]. Esto significa que los principios europeos inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no «armonizado», evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral[3].

---

obligatoria con carácter excepcional por razones imperiosas de interés general, como la salud pública o protección del medio ambiente).

2. No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) insistía en esta interpretación. 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.

3. Vid. 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, págs. 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

En relación a la tramitación nacional, remitido en octubre el texto para emisión del preceptivo Dictamen del Consejo de Estado, con fecha de 10 de marzo de 2016, se aprobaba dicho Dictamen, que se remitía al Gobierno. Del mismo –extenso y completo–, y a los efectos del artículo 130.3 de su Reglamento Orgánico (que implica su aceptación para que el texto que se remita sea «de acuerdo con el Consejo de Estado»), se indican como observaciones que 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 el artículo 199, 212 y 315. Corresponde, pues, al nuevo Gobierno estatal, a la vista de lo dictaminado, «corregir» el texto para su aprobación por Consejo de Ministros y posterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación como norma legal. Y en su tramitación deberá existir «cierta agilidad» para evitar un recurso por incumplimiento como consecuencia de la no transposición en plazo.

En definitiva, la regulación de la contratación pública sigue «en movimiento» y alejada de la lógica de la codificación en una materia tan sensible. Pero es de esperar que la transposición sea rápida y se acomode a las exigencias europeas y a los principios de transparencia, eficiencia e integridad (donde, por cierto, resulta indiferente el importe del contrato).

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. pág. 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, pág. 392.

PARTE I
COLABORACIONES

Capítulo 1

Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público

José María Gimeno Feliu

Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza
Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón
Director Observatorio Contratación Pública

SUMARIO: I. LA DOCTRINA DEL TJEU EN MODIFICACIONES CONTRACTUALES. SU CARÁCTER CODIFICADOR. II. LA REGULACIÓN VIGENTE DE LOS MODIFICADOS EN EL TRLCSP. LA RECONDUCCIÓN DEL IUS VARIANDI. 1. *Significado del «ius variandi» en la contratación pública española*. 2. *La nueva regulación de los modificados en España tras la ley de economía sostenible de 2011*. III. LA CUESTIÓN DEL RE-EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO EN EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS (CONCESIÓN DE SERVICIOS) Y DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS. IV. REGULACIÓN DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO EN LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014. 1. *La regulación de la modificación contractual en las nuevas directivas de contratación pública*. 2. *Las consecuencias de la no incorporación en plazo de las directivas de contratación pública*. V. EL FUTURO DE LA REGULACIÓN DE MODIFICADOS EN ESPAÑA: LA OPCIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. VI. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN[1]

La cuestión de la modificación de un contrato público no es una cuestión novedosa, pues ha venido siendo, bajo la cobertura de la prerrogativa del *ius variandi*, la regla general en muchos contratos, y causa de importantes sobrecostes. Es cierto que, desde el Derecho europeo, y principalmente por la importante jurisprudencia del TJUE, se viene intentando laminar las patologías de un uso indebido de esta técnica, pues, cuando menos, pone en cuestión del principio de igualdad de trato[2]. Y es que, frente a cierta idea extendida de que con contratos públicos –principalmente de infraestructuras y concesiones –«están vivos» y necesitan reajustarse a las nuevas circunstancias, en muchos casos la modificación sirve para «corregir» la falta de diligencia o capacitación del gestor, o para adjudicar directamente nuevas prestaciones, a precios elevados a contratistas predeterminados una lectura en la prensa diaria nos da razón de la intensidad de estos supuestos (Caso Palma Arena, Noos, Acuamed, etc.)– lo cierto es que, en esencia, un contrato bien diseñado y planificado ADIF, a la vista del progreso técnico, no puede estar sometido a la inercia de la regla de la modificación del contrato. Y así lo entiende en otros países[3].

En España, lejos de reconducirse la situación, las empresas siguen «presionando» para que se reconozca como algo ordinario la modificación de contratos o los «complementarios» (con los ineludibles sobrecos-

1. 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.

2. Como gráficamente expresa J. Vázquez Matilla en su trabajo «La modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia», Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, págs. 551– 575. Ibidem, «The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency», en *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Yukins C. y Racca G (Dirs)., Bruylant (Bruxelles), 2014, págs. 275-306.

3. Sirva de ejemplo lo acontecido con la construcción (ampliación) del canal de Panamá. La ampliación del Canal de Panamá ha sido uno de los proyectos constructivos más importantes de los últimos tiempos. Como bien ha explicado F. Hernández González, tanto su adjudicación como su ejecución se han visto rodeadas de una intensa polémica, que tuvo su punto álgido en febrero de 2014 al suspender el contratista la ejecución de las obras, ante el incumplimiento de la obligación de mantener el equilibrio económico del contrato por parte del administrador del Canal. El presente trabajo explica las circunstancias que rodean este conflicto, centrando el análisis en las causas y en las consecuencias de las modificaciones contractuales y en el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones. Se trata de un viejo problema al que se enfrentan todos los sistemas de contratación pública. Como bien explica este autor, de este extraordinario caso se pueden extraer enseñanzas válidas para otros ordenamientos jurídico. «La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional», RAP núm. 194, 2014, págs. 475-508.

tes) argumentado en el principio del interés público. El día 26 de abril se daba la noticia en la prensa de que «*las constructoras amenazan con parar el nuevo AVE si Fomento no reconoce los sobrecostes*». Sobrecostes que se cifran en 500 millones de euros. Y, según se indicaba, la respuesta del Ministerio de Fomento es que «*No va a suceder. No haremos modificados sin justificación suficiente. Presión tenemos, pero para no repetir los errores del pasado*» *(en referencia a los problemas judiciales derivados de los sobrecostes de 1.713 millones de euros registrados en el AVE Madrid-Barcelona).*

La experiencia en torno a la práctica de los modificados en España pone de relieve, por tanto, que no nos encontramos ante una mera cuestión dogmática, y que tiene importantes repercusiones, cuando menos, en el plano económico-presupuestario (y en las reglas y principios que inspiran la licitación pública)[4]. Lo advierte bien M. Garcés Sanagustín, quien destaca 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 pública[5]. Y no era una cuestión no advertida: el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública elaborado en el año 2004, ya señaló que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió. Además,

4. Sobre la evolución y situación de la práctica de los modificados, resulta de interés la reciente y completa monografía de J. Vázquez Matilla, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

5. 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, pág. 68. La práctica de las modificaciones en España acredita una clara «patología» que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Basta con examinar los Informes del Tribunal de Cuentas para constatar esta valoración (por todos el Informe 942 «Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2008 por las Entidades del sector público estatal sometidas a la legislación de contratos de las administraciones públicas). Elocuente es la Circular 1/2007, de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda sobre «Certificación de gastos derivados de modificaciones de contratos, del FEDER y del Fondo de Cohesión», de 31 de enero de 2007 que advierte que las actuaciones realizadas con base en los artículos 4 y 10 del Reglamento CE 438/2001 y los artículos 4 y 9 del Reglamento CE 1386/2002 han constatado una situación de riesgo en relación con el gasto declarado por modificaciones de contratos públicos por lo que se acuerda que las certificaciones de gastos a presentar no deberían incluir como regla general los gastos derivados de modificados que traen causa del artículo 101 TRLCAP.

afirmaba que la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja. Asimismo, el informe entendía que, para reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: así, la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de este[6].

Esto explica que una de las principales «puertas» de la corrupción en España, haya sido la generosa interpretación del derecho a modificar los contratos, no solo por imprevisibilidad, sino por nuevas necesidades o conveniencias políticas, alterando el precio final hasta en porcentajes de más de 200 por cien[7].

Por ello, entre otras patologías, el modelo español de la contratación pública es manifiestamente mejorable desde la perspectiva del principio de eficiencia[8]. Así lo ha puesto de relieve la Comisión Nacional de los

6. *Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, págs. 15-118. También la Comisión en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia publicada en 2010 (documento electrónico que puede consultarse en *http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Gu%C3 %ADasyRecomendaciones/tabid/177/Default.aspxU*.). En el fondo, como advierte F. Sosa Wagner, muchos de esos modificados pretender *alterar directa y unilateralmente el objeto contractual»* (F. Sosa Wagner, *La Gestión de los servicios públicos locales Civitas*, Cizur Menor, 2008, págs. 272).

7. Esta cuestión de la modificación de los contratos (además de referida monografía de J. Vázquez) ha sido objeto de especial atención en 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. También I. Gallego 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, págs. 107-167.

8. J. M. Gimeno Feliu, «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, págs. 137-158. El principio de eficiencia, como parámetro para comprobar la corrección de la política de contratación pública, es de fundamento constitucional –artículo 31.2 CE (incorporado desde la ciencia económica) al declarar que «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía»– y que ha figurado en toda la normativa presupuestaria (artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera). Este principio tiene aquí por función intrínseca determinar cuándo un gasto es no solo eficaz sino eficiente desde una perspectiva de rentabilidad, lo que condiciona las opciones de gestión admi-

Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España[9]. En él reconoce una serie de fortalezas, así como de oportunidades de actuación orientadas a

nistrativa y que permite su fiscalización tanto por los órganos de control internos como por la jurisdicción competente. Es ese, por lo demás, uno de los parámetros de control de los Tribunales de Cuentas. Y sería de especial interés «incentivar» la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una «mala práctica» de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria). el reciente Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1113, de «Fiscalización de la contratación de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ejercicio 2012», insiste en la importancia de este principio en la contratación pública. El Tribunal de Cuentas incluye en el Informe una serie de recomendaciones para contribuir a la mejora de la contratación, en particular, promueve el establecimiento por las entidades locales de mecanismos que impulsen y garanticen el envío regular al Tribunal de Cuentas de la información relativa a su actividad contractual, la observancia de una mayor precisión en la preparación y tramitación de los expedientes de contratación y de más vigilancia y control de su ejecución, *así como el reforzamiento de los principios de economía, diligencia y eficiencia en la gestión del gasto derivado de las contrataciones*. (cursiva nuestra). Muy interesantes, desde la perspectiva de la eficiencia en la contratación pública, las conclusiones del «Informe de fiscalización del procedimiento de contratación en la atención especializada sanitaria, con especial referencia a los suministros de farmacia, en el ejercicio 2012», correspondiente al Plan Anual de Fiscalizaciones de 2013, aprobada por la Cámara de Cuentas de Castilla y León (publicado el 14 de septiembre de 2015).

9. «PRO/CNMC/001/15: *Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia*». Asimismo, el *Informe del Tribunal de Cuentas núm. 935* (págs. 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 (pág. 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*» (pág. 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

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.

Tras estas precisiones generales, y en relación a la cuestión de los modificados contractuales, conviene recordar que la finalidad básica tras la adjudicación y el inicio de la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado[10]. Al respecto, la legislación española de Contratos del Sector Público de 2007 adolecía de intentar corregir los problemas tradicionales derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas, y mantenía la tradicional inercia de la legislación española, caracterizada por ser una regulación muy posibilista con esta práctica[11]. Y ello, en el contexto temporal de su aprobación suponía ya un incumplimiento de la doctrina comunitaria europea sobre esta materia[12]. Conscientes de esta situación –no en vano hubo demanda de la Comisión contra el Reino de España por este asunto– la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible (iniciativa legislativa aprobada por el Congreso de Ministros el 19 de marzo de 2010), impuso una sustancial modificación de este régimen, dando nueva regulación a los artículos 107 a 107 TRLCSP (junto con artículo 20, al imponer esta regulación a la ejecución de contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, con indiferencia del importe del contrato).

Analizaremos la evolución y situación actual y de futuro en las modificaciones de los contratos públicos.

---

salariales, lo que rompe con el principio de riesgo y ventura y la revisión de precios conforme a las fórmulas predeterminadas (pág. 230).

10. La obligación del contratista en los contratos administrativos es una obligación de resultado, entendida esta como contrapuesta a la configuración de actividad o medial y, por tanto, los riesgos derivados de la ejecución del contrato deben recaer directamente sobre el contratista, quedando liberada la Administración. Como ha declarado la jurisprudencia, el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor e incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, «surgiendo por tanto el viejo principio tradicionalmente establecido en aras de la seguridad jurídica en materia de contratación con el Estado de *pacta sunt servanda*, sin que el contratista pueda por regla general apartarse de la Ley del contrato» (SSTS de 20 de enero de 1984 y de 29 de septiembre de 1986). La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. *Vid.* Horgue Baena C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 74-76.
11. Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto López-Contreras y J. F. Mestre Delgado, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. cit., pág. 159.
12. *Vid.* en este sentido J. Vázquez Matilla, «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», REDA núm. 173, 2009, págs. 529 –564.

I. LA DOCTRINA DEL TJEU EN MODIFICACIONES CONTRACTUALES. SU CARÁCTER CODIFICADOR

La regulación de la modificación de los contratos públicos debe ser interpretada desde la lógica del derecho comunitario europeo. Toda interpretación sobre la regulación de los contratos públicos debe realizarse desde la óptica del efecto útil del Derecho europeo[13]. De ahí la necesidad de acomodar la gestión práctica de la contratación pública a la doctrina del TJUE, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que sean correctas en tanto respeten la doctrina establecida que conforman un «derecho pretoriano»[14].

Y el papel del TJUE ha sido fundamental para determinar cómo y con qué condiciones son conformes a las reglas de la contratación pública las modificaciones de las condiciones de un contrato[15]. Conviene recordar la principal doctrina y sus consecuencias prácticas.

Para poder comprender de forma correcta el nuevo régimen de la modificación contractual debemos, previamente, resumir las líneas básicas diseñadas por el TJUE en tanto continúan siendo parámetro de interpretación. Como afirma el considerando 107 de la Directiva de contratación pública «Es preciso aclarar las condiciones en las que **la modificación**

13. Por todos, J. A. Moreno Molina, *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 187-190.

14. *Vid.* J. M. Gimeno Feliu, «La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», REDA núm. 172, 2015, págs. 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. Martin, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), págs. 111-116. En relación con el impacto de la 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 Feliu (Dir)., *Observatorio de Contratos Públicos 2012,* Civitas, 2013; págs. 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 appallti pubblici. Universidad de Trento, 2016.

15. Un resumen general de la doctrina del TJUE y su impacto práctico puede verse en los trabajos de I. Gallego Córcoles, «Modificación de contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea», Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 109, 2011, págs. 52 a 58 y «¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público? Revista *Contratación Administrativa Práctica* núm. 110, 2011, págs. 56 a 66. También J. Vázquez Matilla, *La modificación de los contratos públicos*, ob. cit., págs. 65-89.

de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial».

Es preciso recordar la paradigmática Sentencia de 29 de abril de 2004, *Succhi di frutta*, en la que el Tribunal aborda la cuestión al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato[16]:

> «*El principio de igualdad de trato entre los licitadores (...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores*».

16. Los antecedentes de esta Sentencia vienen referidos a un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizará en especie, y más concretamente, en frutas que estaban fuera del mercado como consecuencia de operaciones de retirada, adjudicó varios lotes a la mercantil Trento Frutta. El motivo del recurso interpuesto por la mercantil *Succhi di Frutta* fue la modificación del aludido contrato, que permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto nectarinas) retirados del mercado en las proporciones de equivalencia que señaló ex novo. A la vista de todo lo anterior, *Succhi di Frutta*, no resultó adjudicataria, ni recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato. La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10), *CAS Succhi di Frutta SpA*/Comisión, estimó el recurso de Succhi di Frutta Spa, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios arriba aludidos, por lo que la Comisión interpuso el 5 de diciembre de 2006 recurso de casación frente a la STPI. El TJUE admitió la legitimación de Succhi di Frutta y estimó su recurso. Sobre el contenido de esta relevante Sentencia del TJUE resulta de interés el trabajo de J. Vázquez Matilla, «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», REDA núm. 173, 2009, en especial págs. 536 a 544. También resulta de interés la exegesis que realiza M. Garcés («El nuevo régimen de la modificación...», ob. cit., 82 a 92), quien insiste en la idea de que sin previsión expresa no es posible la modificación de un contrato so pena de infracción del principio de igualdad de trato (pág. 89).

Lo que se pretende con la doctrina de esta sentencia, extendiendo el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato a la fase de ejecución del contrato, en palabras del propio Tribunal es que[17]:

> «*todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata*».

Resume bien los criterios adoptados por el TJUE en esta materia la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) que enjuicia un recurso del Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111-1023 final de 18 de febrero de 2011 por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España –AVE–[18]:

> «*46 Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sen-*

17. Entre las implicaciones más elementales del principio de igualdad: no se puede admitir una proposición que no cumpla los requisitos del pliego de preinscripciones (STJUE del de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89); ni modificar durante la licitación los criterios de adjudicación sin respetar suficientemente las obligaciones de transparencia (STJUE 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94); ni eludir la aplicación de los requisitos técnicos, aunque se permita a todos los licitadores modular estos (STJUE de 5 de diciembre 2013, Comisión/Estonia, C-561/12).

18. El litigio tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión de la Comisión C(2011) 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos: «Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida» (CCI n.o 1999. ES.16. C. PT.001); «Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1.a fase)» (CCI n.o 2000. ES.16. C. PT.001); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza» (CCI n.o 2000. ES.16. C. PT.003); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés» (CCI n.o 2001. ES.16. C. PT.007), y «Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)» (CCI n.o 2004. ES.16. C. PT.014), y, con carácter subsidiario, la anulación parcial de dicha Decisión por lo que se refiere a las correcciones aplicadas por la Comisión. Se confirma la sanción de 33,6 millones de euros.

tencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38).

47 El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110).

48 Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, este tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 supra, apartado 111)».

Solo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero «objeto del contrato», lo que exige además una cuantificación a los efectos de calcular correctamente el valor estimado del contrato[19]. El TJUE, en su sentencia de 22 de abril de 2010, ha condenado al Reino de España por la realización de obras complementarias no prevista entre los pactos del pliego. Interesa destacar la argumentación del TJUE al rechazar la argumentación del Estado español:

19. Esta es la posición de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 5/2009, de 15 de abril, donde afirma –para un caso en que se aplicaba la normativa anterior a LCSP– que todas las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes. En este Informe se analiza la doctrina del TJUE y se postula una interpretación del marco normativo español compatible con la misma y las exigencias comunitarias.

«(...) La posibilidad de remisión (del anuncio o el pliego de cláusulas administrativas particulares) no permite que el órgano de contratación eluda las obligaciones de publicidad impuestas por la Directiva 93/37 (ni es aceptable) la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de la normativa nacional, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión. (...) (véase la sentencia de 16 de octubre de 2003, Traunfellner, C-421/01, Rec. p. I-11941, apartados 27 a 29). Puesto que se trata de una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva 93/37 (...).

«(...) el órgano de contratación puede, teniendo en cuenta las posibles particularidades de los trabajos objeto de concesión, dejar cierto margen a la iniciativa de los licitadores para la formulación de sus ofertas. No obstante, la iniciativa y las ofertas alternativas de los licitadores, que al parecer esperaba el Gobierno español por el hecho de que el segundo pliego sustituyó al primero «por razones de índole técnica" y «para redefinir el objeto de este concurso", además de que no podrían ser comprendidas por un licitador normalmente informado y diligente, en el sentido alegado por el Reino de España, no se refieren al objeto de la concesión litigiosa, sino que responden más bien a razones de la política general de transportes en el Estado miembro interesado. Basándose pues en tal concepción, como acertadamente pone de relieve la Comisión, los licitadores habrían sido libres de proponer sin limitación alguna la realización de obras en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid y de las provincias de Ávila y Segovia.

Del mismo modo, el posible carácter notorio de un problema de ámbito nacional, que no cabe presumir que se perciba como tal por los potenciales licitadores establecidos en otros Estados miembros, no puede tenerse en cuenta por los licitadores como criterio implícito de definición del objeto de una concesión y afectar de este modo a la importancia concedida por la normativa de la Unión al anuncio y al pliego de condiciones».

Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurran los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato y se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento[20]. Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades

20. El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta.

(cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación[21]. Previsión que se deberá tener en cuenta a efectos de calcular el valor estimado del contrato[22].

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente y, por tanto, ilegal. Y para saber en qué supuestos nos encontramos en presencia de una nueva adjudicación debe recordarse la doctrina de la STJUE de 19 de junio de 2008 (*Pressetext Nachrichtenagentur GMBH*), en la que se ha declarado que esto no sucede cuando[23]:

> «*El término «adjudicar», (...) debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.*
>
> *2) El término «adjudicar», (...) debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias exter-*

21. *Vid.* Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón núm. 27/2011, de 23 de noviembre, donde se concluye, a la luz de la doctrina del TJUE, que: a)las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes, b) el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. En el supuesto concreto, en cuanto la previsión del modificado no figuraba en el pliego, no es posible al alterarse si no el objeto del contrato. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato, y equivaldría a una adjudicación ilegal, y c) que procederá una nueva licitación, previa resolución, cuando el objeto del modificado no puede licitarse de forma individualizada sin afectar al objeto del contrato principal. No se trata de incorporar al pliego una cláusula de estilo, entendiendo que es esta una mera exigencia formal y que no ha de afectar a la modificación. Es una auténtica regla sustantiva de obligado cumplimiento. Sin previsión expresa no puede existir un modificado.

22. En la carta de emplazamiento al Reino de España por el régimen de modificación contractual la Comisión exigía que su posibilidad se debía detallar de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse (lo que guarda relación con su importe).

23. La STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, insiste en esta idea recordando su apartado 62 que «toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación».

nas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

3) El término «adjudicar», (...) debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con este por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular[24]».

Sí que existirá, sin embargo, una nueva adjudicación en el sentido del derecho europeo de los contratos públicos, cuando las modificaciones efectuadas durante la vigencia de este, presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, STJUE de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, apartados 44 y 46)[25]. Así, las nuevas necesidades, en principio, deben ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial del contrato[26].

Asimismo, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación

24. En esta Sentencia, en definitiva, se confirma que toda alteración sustancial es un nuevo contrato. Es decir, cuando las modificaciones de un contrato en fase de ejecución incumplen los principios de transparencia e igualdad de trato afectan a la eficacia de la Directiva de contratos públicos por lo que es necesario un nuevo procedimiento de licitación.

25. La STJUE de 13 de enero de 2005 (*Comisión/España*) entiende –apartado 43– que el precio es un elemento esencial y que, por ello, «*una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato*». Máxima en los casos que un incremento elevado viene a quebrar el principio de publicidad y concurrencia –Dictamen Consejo Estado de 21 de octubre de 1992–.

26. J. L. Meilán Gil, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

de otros licitadores además de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada[27]. Y también cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos[28]. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del contratista de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial[29].

En esta línea restrictiva debe reseñarse la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, *Wall AG* (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main, Alemania). Aun tratándose de una concesión de servicios –excluida del ámbito de aplicación– el TJUE entiende que:

> «*Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de*

27. Obviamente, corresponde al poder adjudicador la carga de la prueba a la hora de demostrar que un modificado no altera el sistema general de la licitación o los documentos de la licitación. Así lo declara, entre otras, la STJUE de 15 de mayo de 1995, Comisión/República italiana, en su apartado 23, al exigir una interpretación estricta de las excepciones. Y, especialmente, en la STJUE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España al afirmar el apartado 48 lo siguiente: «Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento».

28. Esta última interpretación quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

29. Es el criterio, recordamos, adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 19 de abril, «Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad». Para S ARROWSMITH es este uno de los parámetros más relevantes para determinar si un cambio es o no esencial, pues la alteración del equilibrio económico a favor del contratista será un indicio de que se ha producido una distorsión en la competencia. *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2005, pág. 288.

volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que esta sea adjudicada».

Así lo ha reiterado también STJUE de 29 de abril de 2010, *Comisión contra Alemania*, en la que se analizaba si la ampliación en 2004 del objeto del contrato de prestación de servicios de socorro, celebrado en 1984, entre determinada comarca y la adjudicataria a la explotación del puesto de socorro de *Bad Bevensen*, respetaba el Derecho de la Unión relativo a los contratos públicos. Y no lo hizo, ya que según la sentencia reseñada (apartados 99 a 101):

«A este respecto, procede recordar que la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial y que, por consiguiente, constituye una nueva adjudicación de contrato, en el sentido de la Directiva 92/50 o de la Directiva 2004/18, en particular cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/2006, Rec. p. I-4401, apartado 36). En el presente asunto, de las indicaciones que figuran en autos se desprende que el valor del contrato relativo a la explotación del puesto de socorro de Bad Bevensen se cifra en 673.719, 92 euros, es decir, una cuantía muy superior a los umbrales de aplicación fijados en el artículo 7 de las Directivas 92/50 y 2004/18. En estas circunstancias, tal como sostiene la Comisión, la ampliación del objeto del contrato mencionada en el apartado 98 de la presente sentencia debe considerarse una modificación sustancial del contrato inicial, que debía respetar las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos».

Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia[30] –como

30. Criterio de la diligencia ya apuntado por Barrero Rodríguez, C., La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, pág. 100. También A. R. Rodríguez Castaño, «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos», en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, págs. 411-412. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. *Vid*. E. Muñoz López, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. cit., p 1035.

recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* «*un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación*» (apdos. 116-118)–[31]. Ni tampoco puede justificarse como circunstancia imprevisible el aumento de un riesgo que ya era conocido[32].

Así, las nuevas necesidades, en tanto no obedecen al criterio de imprevisibilidad, deberán ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial (naturaleza global) del contrato[33]. No en vano, la ya citada STJUE de 23 de enero de 2013, de condena al Reino de España, sobre proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España –AVE–, cuestiono que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: «*el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación*».

Por último, conviene advertir la cuestión sobre las modificaciones subjetivas (novaciones) y las prórrogas de contratos. En relación a lo primero, la citada STJUE 19 de junio 2008, *Pressetext*, afirma que, «en general», las novaciones subjetivas no previstas en el contrato constituyen modificaciones de los términos esenciales del mismo. Según su apartado 40:

> «*En general, debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata*».

En el supuesto de hecho que resuelve la sentencia, la entidad adjudicataria, APA fundó la sociedad de responsabilidad limitada APA-OTS, filial de la que poseía el 100 % de las participaciones. Entre ambas sociedades existía un acuerdo de transferencia de pérdidas y ganancias conforme al

31. *Vid.* en este sentido J. Vázquez Matilla, «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», REDA núm. 173, 2009, págs. 529 –564.
32. STJUE 2 de agosto de 1993, Comisión/Italia, C-107/92.
33. J. L. Meilán Gil, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

cual, según información de APA y de APA-OTS, esta última estaba integrada financiera, administrativa y económicamente en APA y procedía operativamente con arreglo a las instrucciones de APA. Además, APA-OTS estaba obligada a entregar sus beneficios anuales a APA, que, por su parte, cubría, en su caso, las pérdidas anuales de APA-OTS.

Posteriormente, APA transfirió a APA-OTS sus actividades relativas al objeto del contrato público. Esta modificación fue comunicada al poder adjudicador, que dio su consentimiento para que el servicio contratado fuera prestado por APA-OTS y, desde entonces, abonan directamente las remuneraciones por dichos servicios a APA-OTS.

Para el Tribunal de Justicia, tal acuerdo representa, en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial. Pero matiza lo siguiente:

> «*Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50. Se aplicaría un razonamiento análogo si la cesión de las participaciones sociales de la filial a un tercero ya estuviera prevista en el momento de la transferencia a esta de las actividades de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/2004, Rec. p. I-9705, apartados 38 a 42)*»[34].

Por otra parte, la STJUE 13 de abril de 2010, Wall AG, C-91/08, indica que que siempre que la persona del subcontratista fuera determinante en la adjudicación del contrato, un cambio respecto al subcontratista puede

34. No parece que esta doctrina pueda aplicarse directamente al Derecho español, ya que el actual artículo 85 TRLCSP regula con precisión la cesión de un contrato público. Así lo ha entendido el Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en la que se reclamaba la cuestión de nulidad de una cesión y donde se dice que «*Es decir, habrá una nueva adjudicación, y esta será ilegal, si tal posibilidad, en tanto modificación del elemento personal del contrato, no se encontraba expresamente prevista. Pero en el supuesto objeto del recurso, tal cesión sí se encontraba prevista tanto en el Pliego como en la ley, por lo que la cesión del contrato, por sí, no puede considerarse una modificación sustancial de la licitación, ni un fraude a los principios de la contratación pública. La cesión del contrato es, en definitiva, una cuestión de ejecución del contrato, y no una nueva adjudicación, por lo que no existe objeto para la cuestión de nulidad*».
Solo el incumplimiento manifiesto de los requisitos exigidos para «validar» la cesión podría posibilitar la existencia de un nuevo contrato ilegal.

suponer una alteración esencial del contrato público, independientemente de que este cambio se hubiera previsto en las condiciones de la licitación:

> «*Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato, lo que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar [.] (apartado 39).*
>
> *Por consiguiente, [...] cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión e inicial y, en consecuencia, demuestren la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar [...] todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia (apartado 43)».*

Por último, la prórroga, en sí misma, no es una modificación[35]. Pero siempre y cuando se haya previsto tal posibilidad y debidamente perfilada[36]. Interesa destacar la doctrina de la STJUE de 13 de septiembre de 2007, Comisión *contra Italia*, que declara que la República de Italia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE y, en particular, ha violado el principio general de transparencia, así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado, al haber renovado 329 concesiones para la gestión de apuestas hípicas

35. Tradicionalmente nuestra doctrina consideraba el factor tiempo como algo ajeno a la modificación del contrato. Por todos, C. Horgue Baena, *La modificación del contrato administrativo de obra*, ob. cit., pág. 55. Sin embargo, ya en la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 29 de abril de 2000, la Comisión ya tuvo ocasión de afirmar que «cuando una concesión se termina, su renovación es asimilable a una nueva concesión».

36. Analiza con detalle esta cuestión J. Argudo González, «El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia», Revista General Derecho Administrativo núm. 2011, 26, 2011. Como bien afirma «sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional solo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el ínterin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación» (pág. 23).

al margen de cualquier procedimiento de licitación[37]. Argumenta, frente a la tesis de Italia lo siguiente:

> *«34 Por tanto, es preciso estimar que el hecho de renovar las antiguas concesiones de la UNIRE sin licitación no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido por la República Italiana y va más allá de lo que resulta necesario para evitar que los operadores que actúan en el sector de las apuestas hípicas participen en actividades delictivas o fraudulentas.*
>
> *35 Además, en lo que atañe a los motivos de naturaleza económica alegados por el Gobierno italiano, como la necesidad de garantizar a los concesionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en el pasado, basta con recordar que estos no pueden admitirse como razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 48, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, C-388/01, Rec. p. I-721, apartado 22)»*[38].

37. En términos similares la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados *Marcello Costa* (C-72/10) y *Ugo Cifone* (C-77/10), afirma que «De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípicas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

38. Tesis acogida por la reciente STS de 8 de marzo de 2011 que ha anulado de la prórroga de una concesión de servicios públicos que amplía sustancialmente la duración inicial del contrato:» *No cabe duda de que las leyes pueden admitir la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer el equilibrio financiero alterado de las concesiones. Pero si no lo hacen, debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de esta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos. De no ser así, los contratos de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazos impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia [...]. Ya hemos afirmado que no se trataba propiamente de un ejercicio del ius variandi durante el período de vigencia del contrato sino, en realidad, de la adjudicación de otro, una vez vencido el primitivo, sin someterlo a los principios de publicidad y concurrencia. El artículo 163 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio 2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permitía efectivamente a la Administración modificar por razones de interés*

En definitiva, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada– en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada[39].

Interesa, por último, destacar una importante exigencia relativa a la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego, reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica*[40]. En este Sentencia, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Tribunale amministrativo regionale per la Puglia* (Italia), mediante resolución de 19 de diciembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de marzo de 2013, en el procedimiento entre I *drodinamica Spurgo Velox srl* (y otros) y *Acquedotto Pugliese SpA* (empresa pública cuyo único accionista es la Regione Puglia). El TJUE argumenta lo siguiente:

> «*39. A este respecto, debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña*

---

público «las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios", hipótesis para la cual se preveía que, si las modificaciones afectaban al régimen financiero, el contratista tenía derecho a la compensación adecuada para mantener el «equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato". Dado que en el supuesto objeto de análisis no hubo una imposición unilateral de la Administración que modificase las características del servicio, sino el asentimiento a una novación contractual ofrecida poco antes de su vencimiento por el adjudicatario del contrato que necesariamente había de extinguirse tras la prórroga admitida «por una sola vez", la Sala de instancia no infringió aquel precepto legal».

39. *Vid.* J. L. Meilán Gil, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit., pág. 243. También Baño León, «Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos», *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, págs. 142-145.

40. Así se prevé en el artículo 19.2 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que *ex* artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe– y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. *Vid.*, M. A. Bernal Blay, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, ob. cit., págs. 203-210.

una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia Wall, C-91/08, EU:

40 Además, procede señalar que una posibilidad, como la prevista en el artículo 43 del Decreto Legislativo n.º 104/2010, de plantear «nuevos motivos» en el marco de un recurso inicial interpuesto dentro de los plazos contra la decisión de adjudicación del contrato, no constituye siempre una alternativa válida de protección jurisdiccional efectiva. En efecto, en una situación como la del asunto principal, los licitadores estarían obligados a impugnar in abstracto la decisión de adjudicación del contrato, sin conocer en dicha fase, los motivos que justifican dicho recurso.

41 En consecuencia, el plazo de 30 días establecido por la normativa nacional para interponer recurso contra la decisión de adjudicación del contrato debe correr de nuevo para permitir comprobar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora por la que se autorizó la modificación de la composición de la unión adjudicataria, que puede incidir en la legalidad de la decisión de adjudicación del contrato. Dicho plazo empieza a correr a partir de la fecha en la que el licitador recibió la notificación de la decisión por la que se autorizaba la modificación de la composición de la unión adjudicataria o en la que tuvo conocimiento de la misma».

Por ello, el TJUE concluye que:

«el plazo para la interposición de un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora adopta una nueva decisión, con posterioridad a esa decisión de adjudicación, pero antes de la firma del contrato, que pueda afectar a la legalidad de dicha decisión de adjudicación. Ese plazo empieza a correr a partir de la comunicación a los licitadores de la decisión posterior o, en su defecto, a partir del momento en que estos tienen conocimiento de la misma.

Cuando un licitador llega a conocer, tras el vencimiento del plazo establecido por la normativa nacional para interponer recurso, una irregularidad supuestamente cometida antes de la decisión de adjudicación de un contrato, solo puede recurrir contra dicha decisión dentro ese plazo, salvo disposición expresa del Derecho nacional que garantice tal derecho con arreglo a la normativa de la Unión».

Esta exigencia pretende generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales[41], así como posibilitar –en su caso–, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal[42]. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados[43].

Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración[44]. No en vano una modificación ilegal es una «nueva

41. *Vid.* A. I. Beltrán Gómez, «La transparencia en la modificación de los contratos públicos», en *www.obcp.es*, 8 de octubre de 2012.

42. El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que «*II. Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1.000.000 € para los contratos de obras, y de 100.000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos*».

43. La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: «*Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes" sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «ius variandi"*».

44. *Vid.* las oportunas reflexiones al respecto de I. Gallego Córcoles «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», en *Contratación*

adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Pressetext*, apdo. 34), y, por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial[45]. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad[46]. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterio funcionales relacionados con la causa del contrato.

Desde esta perspectiva es como, entiendo, debe analizarse la problemática administrativa analizada recordando que toda autoridad pública tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho europeo[47]. Por ello, sin concurrir los requisitos de la modificación debe licitarse la nueva necesidad[48].

---

administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Ed. La Ley, n.º 113 (2011), p. También. M. A Bernal Blay, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución...», ob. cit., págs. 203-208.

45. Como bien ha recordado J. A. Moreno Molina, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

46. Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción).

47. L. Martín-Retortillo, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pág. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarra y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. Moreno Molina, «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008, ob. cit., págs. 49-87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las Sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39–, al tiempo que enfatiza el papel que estas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en el TRLCSP.

48. Como bien se concluye en el Informe 10/2012, de la Junta Consultiva de Contrata-

En definitiva, sin concurrir los requisitos de la modificación debe licitarse la nueva necesidad, ex artículo 31.4 de la Directiva 2004/18 de contratos públicos y 72 y 43 de las Directivas 2014/24 y 2014/23, respectivamente[49]. Así, la opción de modificar, siempre en interés de la correcta ejecución del contrato, será posible con estos límites, lo que implica que la opción de «reformados» no puede ser concebida como una potestad de *ius variandi* únicamente condicionada por el presupuesto habilitante del interés público.

II. LA REGULACIÓN VIGENTE DE LOS MODIFICADOS EN EL TRLCSP. LA RECONDUCCIÓN DEL «IUS VARIANDI»

La regulación de las modificaciones contractuales en España en el actual RDL 3/2011, se intenta adaptar, tras la modificación operada por la Ley de Economía Sostenible a las nuevas exigencias comunitarias. Y, supone, sin duda, un punto de inflexión en la gestión de la ejecución de los contratos públicos al dar un nuevo enfoque a esta «potestad» administrativa.

1. SIGNIFICADO DEL «IUS VARIANDI» EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Con carácter previo debemos recordar que la potestad de *ius variandi* en los contratos administrativos nunca puede entenderse como una potestad sin límites ni, mucho menos, de alcance general justificada por el interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante[50]. Ni puede servir para ajustar las ofertas a la baja de los licitadores o adaptar el contrato a la disponibilidad presupuestaria[51]. Es este, sin duda,

---

ción Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 11 de abril de 2012, «*Procede licitar un nuevo procedimiento de adjudicación que respete los principios que deben regir la contratación en el Sector Público, sin que la vigencia del contrato inicial pueda verse afectada por la contratación de forma independiente de las prestaciones no cubiertas en su objeto*».

49. Como bien se concluye en el Informe 10/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 11 de abril de 2012, «*Procede licitar un nuevo procedimiento de adjudicación que respete los principios que deben regir la contratación en el Sector Público, sin que la vigencia del contrato inicial pueda verse afectada por la contratación de forma independiente de las prestaciones no cubiertas en su objeto*».

50. Me remito a mi trabajo «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, págs. 29 a 54.

51. La Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estadoponía de relieve la necesidad de

uno de los males endógenos en la práctica de la contratación pública en España (y causa de muchos de los actuales casos de corrupción).

Como es bien conocido, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi* constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*)[52]. Así, aunque tras la adjudicación de todo contrato público comienza la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado nada impide que, siempre por interés público, puedan introducirse modificaciones a dicho objeto[53].

Sin embargo, la práctica española ha venido interpretado de forma relajada esta regla sobre la máxima de que es una potestad administrativa cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público (al que se considera sometido a eventual mutación[54]. El Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación –inmutabilidad del fin público y mutabilidad del contenido prestacional del contratista– al señalar que el interés pú-

---

reformar el régimen jurídico de las modificaciones contractuales que nuestro ordenamiento jurídico vigente entonces amparaba con clara vulneración de los principios básicos de la contratación pública, concurrencia e igualdad de trato, y dando cobertura a alteraciones frecuentes de los términos del contrato que no eran contestadas por los contratistas porque se habían convertido en el instrumento útil para compensar adjudicaciones a la baja esperando el beneficio económico que reportarán las modificaciones posteriores.

52. La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. *Vid.* Horgue Baena C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 74-76. Para esta profesora el régimen diseñado por la LCAP resultaba ajustado al derecho comunitario de los contratos públicos, aunque advertía que no debía superarse el límite del cincuenta por ciento del importe inicial del contrato (en tanto límite del supuesto del procedimiento negociado (págs. 205 a 210).

53. Como bien advierte Juristo Sánchez el principio de inalterabilidad del contrato que deriva del artículo 1091 del Código Civil se enuncia en los contratos públicos de forma positiva y negativa: ejecutar el contrato de conformidad al pliego y no modificar sin el procedimiento establecido. *La ejecución del contrato de obra pública*, Ed. Hauser y Menet, Madrid, 1991, 206. El interés público es, en todo caso, presupuesto habilitante para el ejercicio del ius variandi. Martín Rebollo «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,* 2.ª ed, Civitas, Madrid, 2004, págs. 589.

54. De hecho, ya hace años el profesor Villar Palasí advertía que lo ordinario en los contratos administrativos de obras era la modificación de los mismos. Lo que se justificaba, entre otros motivos, en la complejidad y larga duración de los contratos. *Apuntes de Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1977, pág. 374.

blico no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato (entre otras, STS de 1 de febrero de 2000, RJ 318). Incluso se ha afirmado que si la coyuntura, exógena al propio contrato, cambia, es posible modificar el contrato: esta justificación es suficiente para acreditar que la modificación aprobada no excede los límites del ejercicio del «ius variandi» (STS de 19 febrero 2008).

Con todo, el ejercicio de esta potestad, en tanto supone una alteración del objeto de la licitación –que, recuérdese, debe ser cierto– debería tener carácter excepcional, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo:

> «*Los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes*»[55].

Así, aunque lo ordinario sería que no hubiera ninguna incidencia (en el caso de una gestión pausada del expediente[56]) y se cumpliera lo acordado entre las partes, sin alteraciones ni modificación salvo en casos cuando menos excepcionales[57], la regla habitual es que es posible modificar el contrato casi a plena libertad del órgano de contratación[58]. Y esta situación

55. SSTS de 16 de abril de 1999, 9 de octubre de 1995 y de 30 de abril de 1977.

56. Como recomendada el Consejo de Estado, en su Memoria de 1992, pág. 50.

57. *Vid. Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, págs. 15-118. En el marcado carácter excepcional de esta prerrogativa ha insistido el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de la LCSP.

58. El Tribunal de Cuentas –y los Órganos de Control Externo autonómicos– en sus Informes, con acierto, viene reiterando, insistimos, lo patológico de esta práctica. La dificultad de exigir responsabilidades está siendo un factor que «incentiva» el incumplimiento de las reglas y principios que quiebran con los modificados ilegales. Labor de control que va a resultar más difícil a raíz de la STS núm. 8506/2012, de 28 de noviembre de 2012 (que casa y anula otra de la Sala de justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (TCu) dictada el 17 de marzo de 2010 resolviendo el procedimiento de reintegro por alcance en relación con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita la capacidad de control por alcance y lo condiciona a la existencia de un recurso contencioso previo. El argumento de que «no siendo impugnado dicho convenio, ni habiendo sido reparados tales pagos por la Intervención Municipal, ni habiéndose emitido informe con tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento» no hay responsabilidad contable puede condicionar la función de control del Tribunal de Cuentas y sus homólogos, máxime cuando, hasta ahora, en el caso de los modificados nunca se ha acudido ante los tribunales. Queda el control, no obstante, remitido a la función de asesoramiento de intervención y servicios jurídicos que han de ser la pieza clave en el cumplimiento de la legalidad.

–claramente patológica– debe ser corregida para adaptar y situar adecuadamente a esta potestad de *ius variandi*[59].

Téngase en cuenta que con las modificaciones contractuales injustificadas no solo se daña al erario público por el sobrecoste que va a suponer ese contrato, sino que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista[60], puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas por el resto de licitadores y candidatos a la adjudicación del contrato[61].

Como bien recuerda F. Puerta Seguido, el ejercicio de esta potestad debe ser excepcional, sin que desde la norma se haya producido una sustitución del principio básico que impone el cumplimiento de los contratos en los términos pactados por una práctica habitual y frecuente de modificación de los mismos, por más que el interés público prime y justifique el ejercicio de ese denominado *ius variandi*[62]. Como ya he indicado, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato. Ello no justifica, no obstante, la generalización de una prerrogativa que requiere como presupuesto habilitante la concurrencia del interés público y ha de ejercitarse con respeto a una serie de límites, materiales y formales, que configuran esta facultad como una verdadera excepción de la regla[63]. La excepcionalidad de la prerrogativa ha sido confirmada sin quiebra por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que configura la

59. No se trata de prohibir esta técnica sino de redimensionarla a sus justos términos y hacerla compatible con el derecho comunitario.

60. No es una constatación novedosa. Ya Ariño Ortiz denunció que el sistema de modificados «encierra en el fondo verdaderos contratos adicionales» y que «debe evitarse que los modificados se conviertan en un procedimiento irregular, sin licitación ni concurrencia». *Teoría del equivalente económicos en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, págs. 179 y 180 respectivamente. De especial interés por sus observaciones críticas al concreto ejercicio de esta potestad resulta igualmente el trabajo de L. Martín Rebollo «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», ob. cit., págs. 575 a 658.

61. Por todos, J. A. Moreno Molina, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 640.

62. F. Puerta Seguido, «El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pág. 484.

63. J. M. Gimeno Feliu, «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación

modificación contractual como una facultad reservada para los supuestos legales tasados y cuya interpretación debe recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Como ya se ha dicho, la excepcionalidad de la facultad de modificación de los contratos resulta, no obstante, compatible con el recurso a la misma cuando el interés público lo exija. Criterio del que participa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 50/03, de 12 marzo de 2004, donde recuerda el carácter restrictivo con el que han de interpretarse las facultades «que ostenta la Administración para la modificación de los contratos, afirmando, incluso, que una vez celebrado el contrato mediante licitación pública, la oferta del adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada por constituir un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación pública»[64].

Por supuesto, como presupuesto habilitante el interés público debe ser real e indubitado[65]. Un ejemplo es si puede o no utilizarse como justificación de un modificado la situación de crisis económica. Al respecto resulta de interés el Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la P posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos mediante la modificación del precio del

actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, pág. 52.

64. En esa misma línea el Consejo de Estado, desde antiguo, ha enfatizado el sometimiento a cauces estrictos de un «ius variandi» de la Administración que tiene su razón de ser precisamente en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración puede variar tales condiciones, en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevan a admitir el citado *ius variandi* de la Administración, pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar la indebida alteración del referido principio de licitación pública. Es decir, la modificación de los contratos ha de tener carácter excepcional y no convertirse en práctica habitual, pues de lo contrario se encubrirán contrataciones que no observarán los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores de la contratación pública». Dictámenes del Consejo de Estado números 79/1993, de 1 de abril de 1993; 1508/1993, de 10 de febrero de 1994; 1629/1991, de 23 de enero de 1992, etc.

65. *Vid*. Cepeda Morras J., Yánez Díaz C., y Otros, *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 719-721.

mismo. La crisis económica como causa de modificación del contrato. Y su conclusión es clara:

> *«Del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia del de 2 de marzo de 1999, advierte que «no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias. Subsiste igualmente la necesidad de comprobar en el caso concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues la empresa contrata a riesgo y ventura y debe suponerse una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución. En definitiva, ello forma parte de uno de los elementos de juicio de que el empresario dispone para asumir el riesgo que todo negocio comporta». En este sentido, es una constante en la jurisprudencia para aplicar la teoría del riesgo imprevisible, la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a este (vid Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2001, dictada por la Sección 7.ª de la Sala 3.ª en el Recurso núm. 8602/1995, de 20 de mayo de 1999, Recurso núm. 4547/1993 y de 30 de abril de 1999, Recurso núm. 7196/1992, ambas de la misma Sala y Sección).*
>
> *Y es que, como afirma la sentencia de 3 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre, y en todo caso, la otra parte contratante –pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder–, en este caso la Administración municipal.*
>
> *En el presente caso, cabe deducir que el riesgo primordial, cuya producción se pretende indemnizar con fundamento en el desequilibrio económico de la concesión, no es otro que el de las plazas para residentes no se encuentran ocupadas en su totalidad, y que, asimismo, las plazas de día tampoco están cubiertas en su totalidad. Ahora bien, ese riesgo no era en modo alguno imprevisible, sino que cabía perfectamente prever que la demanda de unas y otras plazas no estuviera bien calculada por la concesionaria cuando acudió al concurso (la licitación se produce en los primeros*

meses del año 2011 y el contrato se firma el 11 de abril de dicho año), y ello porque la imprevisibilidad de la que habla el artículo 278 RBASO y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en una concesión de servicio público se produce una fuerte caída de la demanda, alude a acontecimientos extraordinarios que hacen que un determinado índice de demanda, que se mantiene hasta un momento concreto, caiga por la aparición de esos acontecimientos que hasta ese momento no se habían producido, lo que aquí no ha sucedido, porque la demanda en este caso no es que caiga, tras un período más o menos largo acorde con las previsiones, sino que ya, desde el principio, es notablemente inferior a la prevista. Pero esto no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever en el estudio de mercado sobre las necesidades de residentes en la zona de influencia, sino que, sencillamente, lo que sucede es que la demanda real no se ajusta a la prevista porque las necesidades reales de plazas de residentes no eran las esperadas.

Entre otras circunstancias, la crisis económica mundial que se produce en el año 2008, y que afecta singularmente a España, es seguro que también habrá influido en la disminución de la demanda de usuarios de la residencia de ancianos, pues ha provocado una retracción en la actividad económica. Pero todas estas circunstancias podían ser conocidas por los licitadores, con tal de que su análisis de la situación, y las consiguientes previsiones, se hicieran ajustándose a los datos reales, y no atendiendo a expectativas que no respondían a los hechos, que es lo que aquí ha sucedido».

2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS MODIFICADOS EN ESPAÑA TRAS LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE DE 2011

La Ley de Economía Sostenible de 2011, por las exigencias de las autoridades europeas, aborda esta problemática y aprueba una nueva regulación de la modificación contractual que puede ser calificada de «revolucionaria». Así, mediante la Disposición Adicional decimosexta, apartado séptimo, se introducía un nuevo Título V en el Libro I: Modificación de los contratos –introduce cuatro nuevos preceptos (del 92.bis al 92.quinquies), se reforma el 216 (obras a tanto alzado), el 217 (modificación del contrato de obras), el 226 (modificación del proyecto), el 233 (modificación obra pública), el 272 (contrato de suministro) y el 282 (contrato de servicios)[66]–,

66. También se modifican a estos efectos el artículo 20 y 195 LCSP. También se modifican los artículos 206, 207, 208, 220 y 284 (causas y efectos de resolución) e incluye nueva causa de resolución del contrato, como es «*la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posi-*

advirtiendo que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento[67]. Regulación que ha de aplicar todo poder adjudicador, aunque no tenga la consideración de Administración Pública (motivo por el que se reforma el artículo 20 TRLCSP). Novedad ciertamente destacada en tanto tradicionalmente, bajo la argumentación de estar sometidos al derecho privado, los poderes adjudicadores no Administración Pública entendían que no existían límites a la posibilidad de acordar modificados[68]. Ahora, los contratos públicos de esos entes también la verán limitada, en contra de lo que originariamente se buscaba, por la imposibilidad de pactar opciones de modificación que traspasen esas líneas rojas, pues como apunta el Consejo de Estado en el Dictamen sobre la LES, «[...] *por primera vez la modificación de los contratos celebrados en el ámbito de Sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil*»[69]. Lo que se pretende, no es sino el establecimiento de barreras y limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes para modificarlos, y así justificar que se dificulta el fraude al mercado que es lo que primordialmente persigue la Unión[70].

ble modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I» –nuevo artículo 206.h) LCSP– lo que conllevará una indemnización al contratista con el 3 % del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista – nuevo artículo 208.6 LCSP –. En extenso me remito a mi trabajo «El régimen de modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio, REDA 149, 2010. También. J. Vázquez Matilla «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», Revista Aragonesa Administración Pública núm. 37, 2010, págs. 317-351, T. Medina Arnáiz, «Las principales novedades en la normativa contractual del sector público», en libro col. *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 153 y ss; y J. Colas Tenas, «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público», REDA núm. 153, 2012, págs. 253-276.

67. *Vid.* los trabajos de M-A. Bernal Blay, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011. págs. 174 y ss.; J. Vázquez Matilla: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 37, pág. 330.
68. Una primera valoración sobre el contenido del nuevo régimen proyectado puede verse en el trabajo de L. Mellado Ruiz, «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», ob. cit., págs. 64 a 68.
69. Dictamen Consejo de Estado núm. 215/2010, de 18 de marzo de 2010.
70. J. A. Moreno Molina, J. A y F. Pleite Guadamillas, *La nueva ley de contratos del sector público, estudio sistemático*, La Ley, 2011, pág. 33.

Y su control, por tanto, deberá residenciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa, al ser de aplicación normas de derecho público y estar en presencia de actos materialmente administrativos[71].

La nueva regulación contiene, por tanto, unas previsiones de alcance general para todo poder adjudicador, sea o no Administración pública, intentando dar traslado de la doctrina del TJUE.

El artículo 105 TRLCSP regula los supuestos de modificación convencional –se ha previsto en el pliego– y dice:

> *«1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público solo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.*
>
> *En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.*
>
> *2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b)».*

Esta regulación pretende limitar la práctica de los modificados tipifi-

71. No ha sido esta la interpretación dada por el TSJ de Aragón (sección primera) en su Auto de 19 de marzo de 2013, en una cuestión de conflicto de competencias relativo a los modificados contractuales autorizados por una empresa pública. Se opta por una interpretación muy formal, alejada de los propios principios de fiscalización que aconsejan una interpretación subjetivo-funcional y se declara incompetente, llevando el asunto ante al juez civil. El supuesto, a mi juicio, era claramente de derecho administrativo. Ciertamente no ayuda la redacción del artículo 21 TRLCSP, pese a que el Consejo de Estado, en el Dictamen al Proyecto de Ley de Economía Sostenible, sobre esta cuestión considero que era necesaria la reforma del 21.2 TRLCSP, para residenciar estas cuestiones en la en la jurisdicción contencioso-administrativa. También crítico con la regulación actual, S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, 2011, tomo IV, pág. 313.

cando los supuestos con el fin de que en cualquier otro distinto se proceda a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes[72]. Se insiste en la idea de que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios –solo si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b) TRLCSP–.

Y para ello el artículo 106 TRLCSP desarrolla cómo se deberá tramitar estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas. Es decir, el pliego no solo debe prever la posibilidad, sino que debe determinar y cuantificar en que y como procede esa modificación[73]. Lo que tendrá sus efectos a la hora de calcular el valor estimado del contrato (por lo que se modifica, en tal sentido, el artículo 88 TRLCSP)[74].

72. Resulta de especial interés la Circular de la Abogacía del Estado 1/2011, de 7 de abril, sobre régimen de la modificación de los contratos del sector público, que analiza los cambios efectuados y la transitoriedad de la norma.

73. No basta, conviene insistir a la vista de la práctica diaria, con que el pliego de cláusulas administrativas remita a la normativa vigente en la materia. Como indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia núm. Valencia 3/2012, de 24 de mayo, deberán definirse con total concreción los supuestos en que pueda modificarse el contrato, por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva. Las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los lidiadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de la oferta.

74. Y es que, como indica F. Velázquez Curbelo, el precio es parte esencial del contrato.

Y aunque nada se dice de forma expresa, lógicamente, como ha insistido el TJUE, serán requisitos *sine qua* non el que exista un interés público que lo aconseje, que no se afecte al contenido esencial y que se motive y acredite la causa que ampara finalmente el modificado[75]. Es decir, no hay libertad para el *ius variandi* en la medida en que está en juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea recognoscible. Solo así se garantiza la igualdad de trato (tal y como exige la STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, en su apartado 110).

El artículo 106 TRLCSP obliga, además, a indicar en los pliegos o en el anuncio de licitación el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar. Como bien han apuntado Bernal Blay y Vázquez Matilla, dicho porcentaje de modificación previsto en el Pliego o en el anuncio deberá haber sido tenido en cuenta previamente, a la hora de calcular el valor estimado del contrato, puesto que, como señala el artículo 88 TRLCSP, dicho valor debe incluir «cualquier forma de opción eventual» del contrato[76]. El aumento que sufrirá el valor estimado

Manual práctico de contratación del sector público, Marcial Pons, Barcelona, 2008, págs. 32 y 63. Interesa destacar, en mi opinión, que aunque no se contempla para el caso de modificaciones previstas en los pliegos un porcentaje máximo del precio de adjudicación, no resulta admisible la interpretación de que resultaría valido que cualquier porcentaje sería correcto pues al ser conocido «ex ante» y estar reflejado en el valor máximo del contrato, ni se limitarían derechos del contratista ni expectativas de otros licitadores (P. Calvo Ruata, «La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?», Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012 pág. 393). Como veremos, un presupuesto ineludible es no afectar al contenido esencial del contrato y el precio, lógicamente, es un *facto* clave, como ya pusiera de relieve la STJUE de 15 de enero de 2005, de condena al Reino de España.

75. Y habrá que entender que se afecta al contenido esencial en los supuestos en que se intenta la modificación de la forma de pago del contrato, de manera que, habiéndose pactado una parte importante del precio como pago en especie, pase a abonarse totalmente en efectivo, afecta a una condición esencial (Informe 4/2012, de 1 de febrero de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón). Obviamente quedan fuera de la posibilidad de modificaciones las novaciones objetivas o tras la extinción del contrato (así lo advierte Informe 17/2011, de 6 de julio de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, al afirmar que a solicitud de modificación que pretende el contratista supone una novación contractual, pues implica la alteración de un elemento sustancial del contrato; la sustitución del inmueble objeto de permuta. Además, no es posible modificar un contrato extinguido por su cumplimiento. La modificación del contrato presupone, por definición, la vigencia del mismo, y no resulta admisible que el contratista, con posterioridad a la recepción de la obra, inste su modificación.

76. J. Vázquez Matilla, en «La modificación de los contratos administrativos...», ob. cit, pág. 559. A efectos de poder calcular el valor estimado de un contrato, el porcentaje

del contrato por la adición del importe del modificado previsto puede repercutir en cuestiones como el procedimiento de adjudicación a utilizar o la publicidad de la licitación.

De no darse estos supuestos, y si la modificación no puede licitarse de forma independiente al objeto principal, pues este se desnaturaliza, lo que deberá acordarse es la resolución del contrato, y remodelando el objeto y condiciones de lo pretendido, contratar de nuevo. En todo caso, y como bien advierte P. Calvo Ruata, la fórmula legal proscribe la mera conveniencia o simple utilidad de una ejecución distinta a la pactada para embarcarse en la resolución del contrato y posterior celebración de otro[77].

Una cuestión de interés es que, en el caso de resolución como consecuencia de la modificación en el supuesto del artículo 105.1, párrafo segundo del TRLCSP, debe determinarse la pertinente indemnización al contratista, pues es este quien de forma singular sufre el perjuicio económico que comporta la obligada resolución del contrato que sanciona dicha norma. Y aquí, lo conveniente sería fijar en el pliego el importe del tres por ciento del precio del contrato. De no preverse este límite (analogía de los supuestos de resolución anticipada en las obras) puede ser problemático que el juez civil se atenga al mismo[78].

Junto a los denominados modificados convencionales (previstos en el pliego) el TRLCSP prevé, con límites, los denominados modificados legales por no previsión (que no imprevisibilidad)[79]. Es decir, que la legislación

---

máximo de modificación debe aplicarse sobre el precio del contrato, no sobre este más las prórrogas previstas (ver Informe de la Intervención general de la Comunidad de Madrid de 1 de marzo de 2012. contratos públicos. valor estimado-cálculo. Inclusión del % de modificación para calcular el valor estimado).

77. P. Calvo Ruata, «La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?», ob. cit., pág. 385. El nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III, es decir bajo los principios, determinaciones y con elección del procedimiento que mejor cuadre dentro de los previstos en este libro. Por tanto, no da opciones para acudir a adjudicaciones directas o maniobras similares. (pág. 386).

78. Resultan de interés las observaciones de Díaz Corral y Hayec Rodríguez sobre las variadas, posibles y negativas consecuencias que la obligada resolución puede ocasionar. «La Ley 2/2011 de Economía Sostenible y su incidencia en la Administración local», *Revista de Estudios Locales* núm. 141, 2011, pág. 62.

79. Criterio imprevisibilidad que, recordamos, debe autointegrarse con la idea de la debida diligencia. Criterio de diligencia ya apuntado por C. Barrero Rodríguez, *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, pág. 100. También A. R. Rodríguez Castaño, «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos», en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, págs. 411-412.

española contempla dos supuestos de modificación del contrato público, la convencional y la legal (opción que ahora, como se verá, se contempla en las Directivas sobre contratación pública y de Concesiones)[80].

Este último caso se regula en el artículo 107 TRLCSP que indica[81]:

«*Artículo 107. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación*

1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

80. Se acoge la tesis apuntada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/2008, al afirmar que «la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato». Criterio que igualmente se defiende en el Informe 5/2010, de 23 de julio de 2010. La Circular 01/2011, de la Abogacía del Estado ayuda también a clarificar el alcance de esta alteración de las condiciones esenciales de la licitación, como por ejemplo en los casos de solvencia, y señala que estaremos ante unas «*condiciones de solvencia sustancialmente distintas cuando el proyecto modificado exija una clasificación antes no requerida, o la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido, así como la exigencia, por consecuencia de la modificación, de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida, en tanto no se dará esa modificación sustancial cuando la nueva categoría exigible es la inmediatamente superior*».

81. Excelente glosa de este precepto puede verse en el trabajo de P. Calvo, «La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?», ob. cit., pp. 395-404.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

a) cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada,

b) cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación,

c) cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas,

d) cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite,

e) en cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas».

Este precepto pretende limitar los supuestos de modificaciones no previstas en el pliego, tratando de dar cierto margen de actuación pública[82]. Y

82. Debe tenerse en cuenta la Resolución de 28 de marzo de 2012, por la que se publica la Recomendación de la JCC Administrativa sobre la interpretación del régimen conte-

se concreta en qué casos se altera el contenido esencial (supuestos que se pueden y deben extrapolar a los modificados convencionales).

Con esta dualidad de regímenes –convencional y legal[83]– surgen las dudas de si la reforma se ajusta a la legalidad comunitaria europea, en tanto se permiten modificados no previstos –aunque es cierto que limitados en todo caso a un máximo del diez por ciento al alta y a la baja del precio del contrato– y a que exista inadecuación, fuerza mayor[84] o ajuste a nuevos estándares técnicos[85], o f *actum principis*[86], que no afecten al contenido esencial (dando parámetros para entender cuándo concurre

---

nido en el artículo 107 TRLCSP sobre las modificaciones de los contratos, recoge una serie de precisiones al contenido de dicho precepto a fin de realizar una interpretación uniforme en toda la Unión Europea y coherente con las Directivas en materia de contratación pública y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del nuevo régimen de las modificaciones de los contratos públicos.

83. Junto a los supuestos del artículo 107 TRLCSP debe citarse, para los contratos administrativos exclusivamente, el supuesto del 234.3 TRLCSP pues como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 23/2011, de 12 de septiembre, «El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP –alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras– es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 92 *quarter* LCSP. En concreto, el límite del 10 % del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra».

84. La Circular 1/2011 de la Abogacía del Estado lo interpreta en sentido diferente al artículo 231 TRLCSP, aplicando las reglas del artículo 1105 del Código Civil.

85. Este concreto supuesto es más bien una condición de ejecución –sobre todo en los de larga duración– ligada a la conocida cláusula de progreso. *Vid.* Quintana López, A., «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *Civitas. Revista española de derecho administrativo,* H, núm. 131, 2006, págs. 421 a 444.

86. El principio de *factum principis* exige una actuación administrativa que altera las condiciones del contrato. Así lo ha admitido tanto la jurisprudencia –STS de 29 de mayo de 2007– como la doctrina administrativa: por todos, Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, «Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos». Si se acreditare por la Administración concedente que con posterioridad a la adjudicación del contrato se han tomado decisiones administrativas que han podido condicionar el régimen económico de la explotación –por ejemplo, nuevas infraestructuras no previstas en la memoria económica que disminuyen la afluencia de tráfico viario– nos encontraríamos ante un caso de *factum principis* que obligaría a un reajuste del contrato. En todo caso convendrá determinar la existencia de los elementos propios: a) alteración indirecta de la prestación no debida a riesgo imprevisible; relación de causalidad entre medida y perjuicio, mayor onerosidad del contrato y carácter evaluable del mismo, ya usencia de culpa del contratista. Entre

tal circunstancia), lo que puede interpretarse como que en los anteriores supuestos –los previstos– sí que podría alterarse el contenido esencial[87].

La regulación española debe ser interpretada desde los parámetros de la jurisprudencia del TJUE. Por ello, en ningún caso puede alterarse el contenido esencial del contrato y hay un claro límite cuantitativo sobre el precio (de hecho, es la opción, como se verá, que se contiene en las nuevas Directivas de 2014). El objeto de una licitación y su recognoscibilidad es un límite infranqueable[88]. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 76/2015, de 20 de julio, aplicando la citada jurisprudencia europea, ha declarado que «*la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurran los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato, ni se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento. El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta*».

Además, aunque el pliego prevea la posible modificación, las circunstancias que lo motivan deben obedecer a la imprevisibilidad, y no a la falta de previsión (o falta de diligencia). El citado Acuerdo 76/2015, de 20 de julio, del TACPA, ha sistematizado el funcionamiento de la posibilidad de modificación de contratos:

---

los Dictámenes del Consejo de Estado pueden citarse 1083/2010 (relativo al Codigo Técnico de Edificación) o 225/2009 (nuevas medidas de seguridad en túneles).

87. *Vid*. la opinión de Bernal Blay, M. A., en «Reflexiones...»., *op. cit.*, pág. 186. A su juicio «hemos pasado de justificar la modificación de los contratos por causas imprevistas, con una interpretación laxa del concepto, que consideraba imprevistas todas las causas que no habían sido expresamente contempladas en el Pliego, a un concepto de alcance distinto, el de causas imprevisibles, acompañado a su vez de una interpretación estricta y limitada a aquellas que reseña el artículo 92 *quater*, lo que constituye un evidente «exceso de frenada». En el mismo sentido opina J. Vázquez Matilla: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 37, pág. 330.

88. Así, en el Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el ámbito de en un contrato de privatización del servicio público del agua, se anula el pliego por la deficiente regulación de la posibilidad de modificados y poner en riesgo la estabilidad presupuestaria. También el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales, mediante Resolución de 5 de marzo de 2013 (rec. 100/2013), anula determinada cláusula de un pliego de condiciones ya que la justificación de una posible modificación de las rutas contempladas en el contrato, se refiere a circunstancias imprecisas –criterios de eficiencia y mejora de la calidad asistencial– cuya concurrencia no puede verificarse de forma objetiva.

«Esto significa que los pliegos de una licitación deben contemplar cómo se actuará ante las imprevisibilidades que afecten a la correcta ejecución del contrato, y si se permite la modificación contractual, en cuyo caso, su importe se deberá tener en cuenta a la hora de calcular el valor estimado, pues, solo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero «objeto del contrato".

Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurran los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato, ni se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento. El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta.

Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. Y deberá respetar, obviamente, la equivalencia de las prestaciones pactadas. De hecho, la STJUE de 13 de enero de 2005 (Comisión/España) entiende –apartado 43– que el precio es un elemento esencial y que, por ello, una condición que permite el incremento en un diez por ciento, «no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato».

Por último, este Tribunal quiere advertir que la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aún por falta de diligencia, como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, Succhi di Frutta «un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación" (apartados 116-118).

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no nos ofrece una definición de contenido estricto para el término «imprevisibilidad", al que hace referencia el artículo 107.1 b) TRLCSP. Nos explica, sin embargo, que imprevisibilidad equivale a la cualidad de imprevisible; y de imprevisible dice el Diccionario que es aquello que no se puede prever. Y prever, es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. De manera que prever equivale a predecir, vaticinar, presentir, pronosticar o adivinar. De donde se deriva que la cualidad de imprevisible, la imprevisibilidad, es la cualidad de no poder ver con anticipación, presentir o pronosticar lo que sucederá después.

Por el contrario, la «imprevisión" es cosa muy distinta, es la falta de

previsión o reflexión. Es decir, equivale a descuido, desidia, despreocupación, falta de cuidado, imprudencia, negligencia, omisión.

Y así, en el ámbito de la contratación pública, y en aplicación del mencionado precepto legal, la imprevisibilidad que da lugar a la modificación del contrato, o el reconocimiento de circunstancias que no fueren previsibles, requiere la conjunción de los siguientes requisitos:

a) Que dichas circunstancias sobrevengan a la fecha de iniciación del contrato, de manera que con anterioridad a dicho momento no pudieran anticiparse.

b) Que sean jurídicamente inevitables para el contratista y no obedezcan, o se hayan producido, como consecuencia de imprevisión, negligencia o impericia, en el momento de la redacción del proyecto o en cálculo de los costes del mismo.

Tampoco se precisa que el hecho imprevisible sea un hecho extraordinario, sino que es suficiente el desconocimiento objetivo de su futura producción».

Otra interpretación conduce a una libertad de modificación contraria a lo dispuesto por el derecho europeo y las esencias de una contratación pública que preserva efectivamente tanto el principio de igualdad de trato como el de eficiencia[89].

Cuestión de interés es la relativa a la transitoriedad de esta regulación y su aplicación o no a los contratos ya existentes y en ejecución. Pues bien, la Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía, en Recomendación 1/2011 de 29 de marzo, sostuvo la aplicación a estos supuestos de los mismos criterios contenidos en la disposición transitoria primera, apartado primero de la Ley 30/2007[90]. Es decir, los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. Y a estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del

89. Lo que quiebra la esencia de la contratación pública, pues, como bien han señalado G. Racca y R. Cavallo Perin, para que la eficiencia en la contratación deje de ser un concepto abstracto, la ejecución del contrato por parte del adjudicatario debe coincidir con lo que prometió en la fase competitiva. «*Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption*», *EPPPL,* núm. 4. 2013, pág. 280.

90. En el mismo sentido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el Informe 23/2011, de 12 de septiembre de 2011 y la Junta Consultiva de Contratación de Madrid de la Comunidad de Madrid, en su Acuerdo 4 /2011 de 26 de abril de 2011.

contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos. Por ello, añadía, que los expedientes de contratación en los que aún no se hubiera abierto la fase de licitación deberían adaptar sus previsiones a la LCSP reformada, incorporando el régimen que prevé la Ley 2/201.

Por su parte, la Circular del Abogado General del Estado 1/2011 de 7 de abril de 2011, citada, sin dejar de afirmar el claro sentido de esta DT 7.ª al que no renuncia, estima que el criterio correcto, por ajustado al derecho de la UE, consistiría en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no solo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente está en fase de ejecución, en razón de que ese régimen de ejecución no surge *ex novo*, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea[91].

Sin duda es esta la interpretación correcta desde la lógica del efecto útil del derecho europeo. Es el criterio, recordamos, adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 19 de abril, sobre «Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad», donde, en un contrato adjudicado con la legislación anterior a la LCSP de 2007, se concluye la necesidad de aplicar los criterios de la doctrina del TJUE: «*Las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes*»[92].

En definitiva, aunque es cierto, que la reforma efectuada en España y todavía vigente, es un notable avance, no parece compatible de forma completa con las exigencias europeas en tanto su interpretación genera dudas e inseguridad jurídica, lo que no evitará que la técnica del modifi-

91. En el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 23/2011, de 12 de septiembre sea firma que La normativa aplicable a un eventual modificado de un contrato debe ser la vigente cuando se celebró el mismo, lo que no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con las Directivas Comunitarias y con la interpretación que de las mismas realiza el TJUE.

92. Criterio constante, como se pone de relieve en el Informe 8/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «Modificación de un contrato de gestión de servicios públicos para introducir nuevas prestaciones».

cado se utilice y se esté utilizando, en fraude de Ley[93]. Sería por ello muy aconsejable una regulación clara, a partir de las exigencias fijadas por la jurisprudencia europea, en la que sería posible admitir –con una previsión detallada– tanto la cláusula de progreso como de fuerza mayor como supuestos de ajuste a la regla de equivalencia de prestaciones del propio contrato (y no tanto de modificación) que no quebrarían el principio de igualdad de trato.

Por lo demás, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes[94], que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras –exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto[95]– y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto[96]. Y debe existir auténtica impre-

93. Un ejemplo –aun siendo mejorable– podría ser la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos de Navarra en su artículo 105 que indica que ninguna modificación puede suponer transformación del objeto y que cuando se supera el límite del cincuenta por ciento debe licitarse por procedimiento negociado (no adjudicación directa al mismo licitador). M. Razquin destaca como el modelo de esta Ley Foral limita la potestad del *ius variandi,* lo que, a su juicio, debe redundar en una mejor preparación del contrato y en evitar la fuga de los principios de la contratación pública (es especial concurrencia e igualdad de trato). «La ejecución de los contratos. Retribución y revisión. La extinción e invalidez de los contratos», en libro colectivo *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos,* INAP, Pamplona, 2006, págs. 427-428.

94. Sorprende, cuando menos, que, en los supuestos de contratos de colaboración pública privada, donde realmente existe transferencia de riesgos en la construcción, no suele darse los supuestos de modificación contractual. Y ello porque el beneficiado con este cumplimiento correcto es el propio contratista. Por todos, sobre esta ventaja del contrato de CPP en el cumplimento en fase de ejecución, me remito a T. Brunete de la Llave, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, *La Ley*, Madrid, 2009, págs. 665 y 666. En el Reino Unido se exploró ya esta modalidad contractual a través de los *Project Finance Iniciative* (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión de sector privado y donde el criterio rector de estas PFI es el «*Value for Money*» en tanto parámetro de eficiencia. Al respecto resulta de interés el estudio de De la Cruz Ferrer, J., «Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido», *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* núms. 2 y 3, 2000, págs. 471-486 así como el trabajo de Nieto Garrido, E., «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido», *RAP* núm. 164, 2004, págs. 389-406.

95. Como bien proponía R. Castañeda Sánchez en su trabajo «Reflexiones sobre la supervisión de proyectos: ¿cuándo y cómo la supervisión de proyectos?». *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, Número 3443, 2004, págs. 19-30.

96. La cuestión de la responsabilidad del autor del proyecto es un elemento clave para regular esta problemática. Así lo habían entendido ya en el Derecho Romano. Como indica De la Peña Olivas, J. M, ya antes de Cristo, debían ser corrientes los modificados de obra. Según Vitrubio, que fue arquitecto de julio Cesar, en Éfeso existía una ley

visibilidad y no mera imprevisión, ni mucho menos error o cambio de criterios políticos[97]. Además, como indica J. Colas, es obvio, pues, que no sirven las tradicionales «*cláusulas de estilo*», que pueblan y anidan en los pliegos de las entidades del sector público, para dar por cumplido el requerimiento de previsión que el precepto exige. Se exige rigor, no improvisación, objetividad, no mero parecer; y posibilidad de verificación, no adivinación o intuición[98].

La efectividad del principio de concurrencia, paradigma sobre el que se fundamenta la regulación de la contratación pública, exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –en modo entendida como una potestad condicionada– en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación[99].

En suma, para que una eventual modificación de un contrato público –para todo poder adjudicador, sea o no Administración pública y los entes sometidos a la Ley 31/2007– se atenga a la legalidad europea, amén de la imprevisibilidad y necesaria existencia de interés público (presupuestos habilitantes y auténticos conceptos jurídicos indeterminados), insistimos

---

por la que se obligaba al arquitecto cuando se le encargaba dirigir una obra pública, a fijar el coste máximo y, fijada esta cantidad quedaban hipotecados todos sus bienes ante el magistrado hasta que la obra estuviera totalmente terminada. Acabada esta, si el coste había respondido a lo estipulado, quedaba el arquitecto libre y era premiado con decretos honoríficos; en caso contrario, si el exceso no sobrepasaba el 25 %, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto no quedaba sometido a pena alguna, mientras que el exceso del 25 % se abonaba con cargo a los bienes del arquitecto. «Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano (Nuevos Elementos de Ingeniería Romana)», III Congreso de las Obras Públicas Romanas. Astorga 2006, Junta de Castilla y León, Colegio de Ingenieros T. de O. P, pág. 354.

97. No comparto, por ello, la opinión de Jiménez Aparicio, al entender cumplida la imprevisión con la deficiencia del proyecto. *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo III, págs. 932 a 933.

98. J. Colas Tenas, «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible», ob. cit., pág. 269.

99. Así lo han defendido con buen criterio los profesores Sainz Moreno («Prerrogativas de la Administración», en libro colectivo *Derecho de los Contratos Públicos*, Praxis, Madrid, 1996, pág. 448) y Martín Rebollo («Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pág. 579). Un avance al respecto se contiene en el artículo 10. 3 de la Ley Gallega 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega al indicar que se deben publicar las modificaciones del contrato adjudicado que supongan un incremento igual o superior al 20 % del precio inicial del contrato, y este sea superior a 1.000.000 €».

en que sería preciso que se cumpliera las dos condiciones relativas a que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación (lo que equivaldría a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación); así como que la posibilidad de incluir una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación[100]. Solo así se da sentido a la finalidad de los principios de la contratación pública –en especial de concurrencia e igualdad de trato–[101].

Y buen ejemplo de ello son las Sentencia del Tribunal Supremo (Sentencias núms. 1067 y 1068/2016, de 14 de marzo)[102] que han anulado la

100. Como bien ha destacado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 13/2011, de 4 de mayo, «Es necesario insistir en la necesidad de ejercer correctamente, conforme a los parámetros comunitarios, la prerrogativa de modificación del contrato, que debe prever sus reglas de tramitación, los límites cuantitativos, y no afectar a ninguna condición esencial del contrato. A estos efectos, en el subapartado dedicado a las modificaciones previstas, debe sustituirse la expresión «*... con arreglo al alcance y los límites allí establecidos, que deberá indicar expresamente el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar*», por la más adecuada de «*... en las circunstancias, con las condiciones, alcance y los límites allí establecidos; que deberán indicar expresamente el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar*». Los términos «*circunstancias y condiciones*», junto al alcance, límites y porcentaje, deben incluirse también en la frase siguiente, dedicada al supuesto de prever varias causas de modificación y en el anexo correspondiente.
Es también necesario, que, en todos los casos, a excepción de los pliegos correspondientes a contratos de obras –para los que el artículo 217.2 LCSP ha previsto el procedimiento de fijación de los precios aplicables a las unidades nuevas no previstas en el proyecto–, se incluya una mención relativa a este extremo en la cláusula destinada a la modificación, en el sentido de que debe recogerse en el Anexo el procedimiento de fijación de nuevos precios, si estos se derivan de la modificación».

101. Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que ex artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe– y su modificación a los licitadores. Insistimos en recordar la doctrina de la STJUE *Succhi di frutta*: «Todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego» (apartado 111). Por lo demás, una programación insatisfactoria o insuficiente por parte del poder adjudicador no es una circunstancia imprevisible a los efectos del Derecho comunitario.

102. La Sala Tercera del TS había resuelto ya la cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso, relativa a la compatibilidad de prórrogas a las concesiones de transporte público por carretera más allá de los diez años en total, en la Sentencia de 1 de octubre de 2014 (RC 2437/2013) y en la de 15 de febrero de 2016 (RC 2999/2013), en las que se declaró no haber lugar a los recursos de casación dirigidos contra sendas

prórroga masiva –por un período de diez años– de las concesiones al transporte de viajeros por carretera que la Administración autonómica gallega había otorgado en 2010 con el objeto de dar estabilidad económica al sector a cambio de que las empresas afrontaran un plan de modernización de la flota de autobuses. El Tribunal Supremo considera, de forma acertada, que la decisión de la Xunta va en contra de norma de la Unión Europea (Reglamento CE 1370/2007) que fijan que la duración de los contratos de servicio público, en este de caso de autobuses, no pueden superar los diez años.

III. LA CUESTIÓN DEL RE-EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO EN EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS (CONCESIÓN DE SERVICIOS) Y DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Una cuestión de interés práctico en el diseño de estas modalidades contractuales es la relativa al equilibrio financiero. En todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. En los contratos de gestión de servicios públicos (aplicable a los modelos concesionales de la Directiva), como bien explicara Ariño Ortiz[103], «*el áleas comercial tiene un doble alcance: hay un álea comercial ordinario que es el propio de toda explotación y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un álea garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado*». El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando, durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado[104]. Así lo ha admitido nuestra jurisprudencia al afirmar que toda

Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, las cuales habían anulado el Decreto 24/2010 de la Comunidad Valenciana. Dicho Decreto había previsto la prórroga de las concesiones de transporte público por carretera mediante la aprobación de un plan de modernización.

103. Ariño Ortiz, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Alcalá de Henares 1968.

104. Además, atendiendo al principio de equidad y buena fe –STS de 27 de octubre de

concesión tiene que celebrarse en condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones, y que esa equivalencia se garantiza en su devenir a través del mantenimiento del equilibrio financiero. En este sentido, en la STS de 20 de diciembre de 1986 Ar. (RJ 1987, 1175) se afirma que «cuando no se sostiene la *honesta equivalencia* entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige, para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión». En idéntico sentido se pronunció también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 Ar. (RJ 2000, 7975), también a propósito de una concesión administrativa otorgada por un Ayuntamiento para la construcción y mantenimiento de una estación de autobuses: «*Estas valoraciones permiten llegar a la conclusión que los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo están capacitados para completar el concepto jurídico indeterminado de la expresión «equilibrio económico de la concesión", que no puede ser entendido más que como la búsqueda, en la medida de lo posible, de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles que en todo contrato de concesión está implícito y que persigue una honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige, lo que condiciona el concepto equivalencia comercial y ecuación financiera del contrato de concesión, por lo que debe mantenerse dicho equilibrio económico...*».

En general, la obligación de mantener la «equivalencia honesta del contrato administrativo» que funda el derecho del contratista al perfecto restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como contrapartida de los poderes de la Administración, se ha afirmado expresamente en diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que pueden citarse las de 9 de abril de 1968 Ar. (RJ 1968, 3748), 22 de junio de 1970 Ar. (RJ 1970, 3493), 6 de junio de 1975 Ar. (RJ 1975, 3228), 8 y 27 abril, 25 mayo y 9 diciembre 1976 Ar. (RJ 1976, 2324, RJ 1976, 2407, RJ 1976, 3018 y RJ 1976, 5778), 30 de diciembre de 1983 Ar., de 2 de diciembre de 1988 Ar. (RJ 1988, 9451), 5 de octubre de 2004 Ar. (RJ 2004, 7683), entre otras muchas.

Aceptando como inherente al concepto de riesgo operacional la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica, la normativa plantea dudas que deberán ser resueltas en la trasposición (de hecho,

2009– bien pudiera afirmarse que los hechos imprevisibles que, aun actuando con la debida diligencia, alteran la regla natural del reparto de riesgos rompiendo la causa del contrato original. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.

nuestra actual regulación no las resuelve) pues una deficiente regulación de los riesgos puede ser un impedimento –o sobrecoste financiero– a las inversiones que exigen este tipo de contratos. Debería concretarse a nivel legal los casos de *factum principis*, que, 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 (TIR)[105]. En consecuencia, 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 requilibrio 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)[106].

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 a la inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó a la inversión debería ajustarse el TIR[107]. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos

105. Por supuesto no debe ser utilizada a favor de una gestión no adecuada de la concesionaria para retornar y recuperar los iniciales índices de retorno o de rentabilidad.

106. Sobre este concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos es de especial relevancia el trabajo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949, del profesor E. García de Enterría, «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950, págs. 83-108.

107. Así se entiende en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 24/2013, sobre Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública.

del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior «judicialización», con las incertidumbres que comporta). El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones –así como la RPA, en los casos de resolución– se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, si durante la ejecución del contrato *falla el reparto de riesgos pactado* por causas imprevisibles y no imputables a una falta de diligencia del concesionario[108].

108. Teoría del riesgo imprevisible, introducida en Derecho francés por el Arrêt de Conseil d´État de 24 de marzo de 1916, *Compagnie générale d´éclairage de Bordeaux*. En este supuesto, la sociedad concesionaria de dicho servicio estaba ligada al municipio de Burdeos por un pacto formal que, si bien preveía una correlación entre el precio del gas y el del carbón como materia prima, fijaba, sin embargo, un tope máximo que el precio del gas no podría rebasar en ningún caso. La guerra de 1914-1918 implicó un alza enorme en el precio del carbón, por encima de todo cálculo hasta el punto de que la compañía concesionaria se vio obligada a declarar que no podría seguir asegurando el servicio en tales condiciones si el municipio no venía en su ayuda. Llevado el asunto ante el Consejo de Estado, este no solo no condenó a la compañía concesionaria a continuar el suministro de gas al precio máximo establecido en la concesión, sino que tampoco admitió que el municipio pudiera rescindir el contrato. En lugar de ello, el Consejo de Estado declaró en el célebre *arrêt*, antes citado, de 30 de marzo de 1916, que el municipio de Burdeos estaba en el deber de seguir soportando a la compañía concesionaria y, más aún, en el de abonarle una indemnización capaz de compensarla del aumento del precio del carbón, a menos que ambas partes no prefiriesen celebrar un nuevo convenio acordando la elevación del precio de los suministros de gas a pagar por los usuarios. El tenor literal de esta importante decisión jurisprudencial, que abrió un camino nuevo en la contratación administrativa, expresa certeramente los términos concretos del conflicto que la teoría de la imprevisión trata de resolver, así como las condiciones precisas en que tal doctrina puede ser legítimamente aplicada. Resulta por ello obligado transcribir aquí uno de sus considerandos:
«Considerando que, como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, de la dificultad cada vez más considerable de transporte por mar en razón a la requisa de las naves hecha con motivo de la guerra marítima, ese alza sobrevenida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene carácter excepcional, sino que entraña en la fabricación del gas un aumento que sobrepasa ciertamente los límites extremos de aumento que hubieran podido ser previstos por las partes en el momento de contratar; que como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas, la economía del contrato se encuentra absolutamente trastocada; considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no poder ser obligada a soportar ningún aumento de precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esta cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el mercado, y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del "cahier de charges" (pliego de condiciones), como si se encontrase en presencia de un álea ordinario de la empresa; que importa, por el contrario, buscar para poner fin a estas dificultades temporales una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con ayuda de todos los medios de producción y las condiciones especiales

La responsabilidad patrimonial administrativa (RPA) 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 operacional[109].

---

en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a este efecto conviene decidir, de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencia onerosas de la situación de fuerza mayor más arriba descrita que la interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo; que hay lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las partes ante el Consejo de Prefectura, al cual corresponderá, si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio, determinar teniendo en cuenta todos los hechos en causa, el montante de la indemnización, a la cual la compañía tiene derecho en razón a las circunstancias extracontractuales, en las cuales ha tenido que asegurar el servicio durante el período considerado».

109. Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) n.º 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.*
   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 con-

Por ello, en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público se «limita» la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 y el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma cuando la resolución es imputable al concesionario (lo que puede suponer un valor cero)[110]:

Dice así el artículo 280:

> «*En los casos en que la resolución se produzca por causa imputable al concesionario, el importe de las obras e instalaciones a las que se refiere el párrafo anterior no podrá superar el valor de la concesión. En el supuesto de que la concesión fuese a continuar con un nuevo concesionario, el valor de la concesión vendrá constituido por el valor por el que se adjudique el nuevo contrato. En caso contrario, el valor de la concesión se determinará atendiendo a los resultados de la explotación en el último trienio*».

Si fuera resolución imputable a la Administración, la RPA desplegara sus efectos ordinarios: «*la Administración abonará al concesionario el importe de la inversión realizada por razón de la expropiación de los terrenos y de la ejecución de las obras e instalaciones que, realizadas por este, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares*».

Esto significa que, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública debe incorporar, en la lógica del principio del derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur*, la técnica del equilibrio financiero del contrato y, para supuestos de resolución, la RPA[111]. En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se

---

cesionario. 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 delos criterios de EUROSTAT», RAP núm. 194, 2014, 437-474.

110. En todo caso, se entenderá que es imputable al concesionario la resolución del contrato cuando esta obedezca a haber sido declarado aquel 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 regirán por la normativa anterior, es decir, no se verán afectados por la nueva regulación de la RPA.

111. José Luís Villar Ezcurra, «El principio de riesgo y ventura», en libro colectivo (dirigido por Rafael Gómez-Ferrer Morant) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 525 y ss.

obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico[112].

No hay, en todo caso, una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste de las mismas a una realidad fáctica o jurídica no prevista, que inaplica la regla del *pacta sunt servanda* (estar a lo pactado) y que obliga a, sin alterar la idea del riesgo, limitar este cuando es claramente desproporcionado. Es, en palabras de M. Hauriou, un principio de justicia distributiva[113].

No puede existir, en palabras de M. Fuertes, riesgos sobre el riesgo. Por ello debe preservarse la regla del equilibrio financiero del contrato de concesión, que se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el «reajuste» de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles incidan en la economía de la concesión[114]. No es posible, por ello, una interpretación formal o rigorista de este supuesto, ya que la no asunción por el concesionario del riesgo de la imprevisibilidad es un elemento básico del equilibrio contractual (Informe Junta Consultiva Contratación Administrativa de Aragón 24/2013). Es necesaria una interpretación teleológica y sistemática *ex* artículo 3 del Código Civil. Como ya se ha explicado, la jurisprudencia ha venido reconociendo la lógica del equilibrio del contrato, como elemento inherente al mismo, cuando elementos imprevisibles per-

112. Y es que como bien indicará el Conseil d´Etat francés: «*Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*» (*Arrêt Compagnie générale française des tramways*, de 21 marzo 1910).

113. M. Hauriou, «*L´imprevision et les contrats dominés par des institutions sociales*», en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, vol. 23, págs. 129 y ss.

114. M. Fuertes, «Los riesgos del riesgo de explotación», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, págs. 197-239. Como indica Arimany Lamoglia, no puede negarse la posibilidad del ejercicio legítimo las potestades administrativas (y su incidencia en una concesión) respetando el principio de buena administración, pero, a su vez, no cabe descartar de raíz que, a causa de tal ejercicio, la Administración concedente tuviera que proceder a reequilibrar un contrato preexistente. Si la decisión es atribuible a la propia Administración que otorga la concesión, sostener que la previsibilidad del ejercicio de sus potestades la exime de reequilibrio en todo caso, es tanto como afirmar que una de las partes tiene la potestad, unilateral y libérrima, de incidir en la economía de un contrato preexistente, y adjudicado por ella misma, sin ninguna consecuencia económica. «El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Autopista Madrid-Toledo, AP-41», pág. 99.

turban el reparto de riesgos con un riesgo no previsto, ni previsible, que pone en serio peligro la economía del contrato en tanto existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 15 de noviembre de 1986). Por lo tanto, puede afirmarse que el equilibrio económico financiero del contrato es un criterio rector en un contrato de gestión indirecta de servicio público, o de concesión de obra pública, de forma que los costos de inversión y gestión del servicio o de la obra puedan ser resarcidos con el margen de beneficio pactado mediante el cobro, entre otras posibles fuentes de ingresos, de las tarifas que abonarán los usuarios del servicio. Cuando el desequilibrio en la explotación de una concesión no es imputable al concesionario, y este ha desarrollado una buena y ordenada administración, para amortizar el costo de establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial, se debe reequilibrar el contrato con el fin de mantener, en estas nuevas condiciones imprevisibles, la TIR incorporada al contrato.

Obviamente, en estos reajustes no pueden ser corregidos en beneficio del concesionario los parámetros económicos ofertados y pactados, como por ejemplo la TIR (tasa interna de rentabilidad o retorno), en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación[115]. Así, es el principio de equivalencia de prestaciones en las concesiones el que aconseja permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y

115. Lo que impide, por ejemplo, ampliaciones de plazos (prorrogas) no pactadas, que diluyen el riesgo y alteran las reglas de concurrencia. Analiza con detalle esta cuestión J. Argudo González, «El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre concurrencia», Revista General Derecho Administrativo núm. 26, 2011. Como bien afirma «sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional solo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el ínterin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación» (pág. 23). En términos similares la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados *Marcello Costa* (C-72/10) y *Ugo Cifone* (C-77/10), afirma que «De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípicas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados[116].

Criterio o regla de reequilibrio también determinada en la legislación especial. Así, la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, regula el principio de reequilibrio concesional en el artículo 24, estableciendo que, cuando el Gobierno modifique por razón de interés público las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, afectando con ello al régimen económico-financiero de la concesión, se «procurará de nuevo el equilibrio (económico-financiero de la concesión) de modo que, considerando los parámetros objetivos previstos en el plan económico-financiero, resulten compensados el interés general y el interés de la empresa explotadora»[117]. Buen ejemplo de ello constituye el Real Decreto R. D. 2219/2004, de 26 de noviembre, por el que se adoptaron, en cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003, medidas para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión, alterado como consecuencia de la aplicación del R. D. 429/2000[118], de 31 de marzo, y en virtud del cual se prorrogaron las tarifas y peajes vigentes en las autopistas de peaje de titularidad de la Administración General del Estado. La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo anuló este último RD y determinadas resoluciones del Ministro de Fomento, de 1 de abril de 2000, dictadas en su ejecución, y obligó al Estado, con la aprobación del RD 2219/2004, a compensar económicamente a las concesionarias[119] afectadas

116. No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa. J. A. Fuenteaja Pastor, «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 7, 2004, pág. 187.

117. Esta previsión fue introducida por el artículo 76 de la ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

118. Este RD estableció, por razones de interés público, la prórroga de las tarifas y peajes que se venían aplicando hasta que se aprobase el nuevo procedimiento de revisión de tarifas y peajes en sustitución del entonces vigente, previsto en el Real Decreto 210/1990, de 16 de febrero. Ese nuevo procedimiento se estableció por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y la aplicación temporal del régimen establecido en la disposición anulada dio lugar a la necesaria compensación.

119. El Real Decreto anulado afectó a las concesiones de las autopistas Montmeló-La Jonquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza-Mediterráneo, concedidas a Autopistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Villalba-Villacastín-Adanero, concedida a Iberpistas, Sociedad Anónima, Concesionaria del Estado; Tarragona-Valencia, Valencia-Alicante y Sevilla-Cádiz, concedidas a Autopistas Aumar, Sociedad Anónima, Concesionaria del Estado; Bilbao-Zaragoza, concedida a Autopista Vasco-Aragonesa, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Ferrol-frontera portuguesa, concedida a Autopistas del Atlántico, Concesionaria Es-

por la diferencia entre los peajes percibidos y los que hubieran resultado de la aplicación del procedimiento de revisión de tarifas y peajes previsto en el Real Decreto 210/1990, de 16 de febrero, desde el 1 de abril al 31 de diciembre de 2000, ambos inclusive, así como por los intereses devengados desde el punto medio del período considerado hasta el momento de percepción de la compensación que a cada uno le correspondía. Superado este período, y desde el 1 de enero de 2001, el nuevo procedimiento de revisión de tarifas sería el regulado en el artículo 77 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, cuerpo legal que parte de una congelación de tarifas durante el año 2000 prevista en el apartado primero de su disposición transitoria sexta.

En el fondo, esta obligación de reequilibrio se fundamenta en principios generales del Derecho administrativo como la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, el derecho a la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Por ello, desde una interpretación teleológica se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual, cuando «el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado» (tal y como lo califica el Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen de 26 de julio de 2001, número de expediente 1075/2001) con independencia de que «la gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis*), bien en circunstancias ajenas a esta, bien en la fuerza mayor», continúa afirmando el Consejo de Estado, lo que debe permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario, tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados[120]. En el mismo sentido, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Aragón, para la aplicación de la obligación de reequilibrio «*debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada*» (Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013).

pañola, Sociedad Anónima; Burgos-Armiñón, concedida a Europistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; León-Campomanes, concedida a Autopista Concesionaria Astur-Leonesa, Sociedad Anónima, y Málaga-Estepona, concedida a Autopista del Sol, Concesionaria Española, Sociedad Anónima.

120. No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, como señalan J. A. Fuenteaja Pastor, «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pág. 187.

En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 (recurso de casación núm. 21/2008, Ar. (RJ 2010, 6245) ha admitido la técnica del reequilibrio cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo –incidencia que se debe examinar desde la globalidad del contrato–, que no pueda entenderse comprendido en la estipulación general de asunción por el contratista del riesgo y ventura que está implícita en toda contratación de obra pública[121].

En todo caso, debe tenerse muy en cuenta los criterios que a tal efecto vaya acordando EUROSTAT, sobre tratamiento en las cuentas nacionales de la Asociaciones Público-Privadas, en la que se contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística, para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para construirlos y mantenerlos, si en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado[122].

La RPA funciona, pues, como un sistema legal de aseguramiento de riesgos, con la intención de favorecer las inversiones en los modelos concesionales y reducir la TIR. Permite, a priori, ajustar estos contratos al principio de mayor eficiencia en tanto puede favorecer mayor número de ofertas y mejor rentabilidad. Obviamente la RPA no debe servir para «co-

121. Conviene recordar, que si bien es cierto que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato se inspira en el de abono al contratista de la prestación efectivamente realizada –bajo sanción de un enriquecimiento injusto o sin causa de la entidad contratante–, ese equilibrio juega en ambas direcciones, esto es, tanto si la alteración de las condiciones iniciales perjudica al contratista, como si perjudica a la entidad contratante

122. En especial la Decisión 18/2004, de 11 de febrero News Release 18/2004, que concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste, ni la financiación, de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas. New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private Partnerships. La Oficina Estadística de la Comisión (Eurostat) es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar y verificar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (el sistema contable conocido como SEC 95 y ahora SEC 2010). Además, este mismo organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento el Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los estados miembros. Según EUROSTAT para que la inversión en los activos vinculados a una fórmula de CPP no compiten como déficit público se han de dar las condiciones siguientes: a) que el socio privado (concesionario) soporte el riesgo de la construcción, y b) que este socio privado soporte igualmente al menos uno de los siguientes riesgos: disponibilidad o de demanda. Si se cumplen estas condiciones –acumulativas– los activos de la concesión y sus correspondientes pasivos figurarán en el balance de la sociedad concesionaria y, por tanto, fuera del «perímetro» de déficit de la Administración Pública.

rregir» la exposición al riesgo operacional de la oferta presentada (lo que quebraría los principios de transparencia e igualdad de trato inherentes a toda licitación pública)[123].

Así, resulta muy conveniente que los aspectos económicos-financieros de los pliegos de la licitación se ajusten a la realidad y complejidad de la prestación, pues una inadecuada planificación financiera implica una mayor exposición al fracaso de la concesión, lo que perjudica no solo a la empresa concesionaria, sino también a la propia Administración concedente. No solo porque pueda generar responsabilidad (aunque no sean supuestos frecuentes, sí pueden localizarse casos en los que se ha declarado judicialmente la responsabilidad patrimonial de la Administración por suministrar datos erróneos a un particular, existiendo un deber de información. Sería el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2004 Ar. (RJ 2005, 5588), relativa a la construcción de una pasarela peatonal sobre una autovía, realizada por el Ministerio de Fomento. Esa construcción dejaba sin visibilidad e impedía de facto la construcción de una nave destinada a la exposición y venta de automóviles en un solar que había sido adquirido con esa finalidad. La ejecución se hizo sin proyecto previo, lo que provocó que la futura construcción no se reflejase en la información urbanística solicitada en su momento al Ayuntamiento por el adquirente y generó la responsabilidad patrimonial del Ministerio), sino, sobre todo, porque entonces se produce un impacto financiero y presupuestario que se pretendió evitar con el sistema de concesión: habrá que pagar el coste de las inversiones y la operación se incluirá dentro del perímetro de endeudamiento, computando déficit (con las consecuencias derivadas de la lógica de la actual regla de estabilidad presupuestaria)[124].

Ello explica porque, al margen de ideologías, se buscan soluciones de «ingeniería jurídico-financiera» para evitar la aplicación de la RPA como consecuencia de una resolución.

Por ello, el diseño del pliego de la concesión, con prudencia y realismo, es el mejor instrumento para preservar las reglas de la contratación públi-

123. Me remito a mi trabajo «Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 27-80.

124. S. González-Varas, recuerda que estos efectos presupuestarios son la clave de esta modalidad contractual dado que a la vez que se le exige eficacia a la Administración se le obliga a prescindir de modelos de endeudamiento público, lo que nos conduce ineludiblemente al fenómeno de la colaboración privada. «Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial en el ejercicio de funciones públicas», Presupuesto y Gasto Público, núm. 45, 2006, pág. 33. A. Ruiz Ojeda, advierte del aparente contrasentido de estar ante infraestructuras que, siendo dominio público, no están en el balance de la Administración titular sino del concesionario que soporta los riesgos. *La concesión de obra pública,* Civitas, Madrid 2006, pág. 541.

ca. En esos casos, la RPA, como aseguramiento legal ante riesgos que conduzcan a una resolución, no supone una amenaza a los principios de libre competencia y coadyuva a un escenario de más y mejor concurrencia, en un sector tan estratégico como el de la colaboración público-privada mediante fórmulas concesionales[125].

Por último, insistir en que la técnica del equilibrio financiero del contrato no deberá ser utilizada cuando el problema tanga su causa en el estudio económico de viabilidad, que en muchos casos no existe, y que es el que presenta el contratista a licitación. Esta cuestión es clave, por cuanto al no existir estudio de viabilidad la administración desconoce los costes de explotación, las inversiones que debe realizar el contratista, y otros factores necesarios para determinar, en su momento, si la explotación del servicio es rentable o deficiente pese a los esfuerzos del contratista. Pero ello no justifica la alteración o modificación del pliego, en tanto la debida diligencia debida en estos procedimientos, y los principios de eficacia y eficiencia, son límites insoslayables en la ejecución de estos contratos, que, por lo demás, se encuentran sometidos a las normas contables de SEC 2010, con efectos, por tanto, sobre los datos de endeudamiento y déficit que podrían derivar de un «re-equilibrio Financiero» no debido.

IV. REGULACIÓN DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO EN LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014

La Unión Europea acaba de culminar un nuevo proceso de adaptación de la normativa de contratación pública (con fecha de publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014). Se trata de las Directivas de contratos pú-

125. Los fundamentos de la colaboración pública privada (especialmente impulsada por las Instituciones de la Unión Europea) se pueden resumir en: a) las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa, b) consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado y c) nuevo papel del Estado en la prestación de servicios actuando como regulador. Resulta de interés la Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 2009 «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada» COM(2009) 615 final. Se insiste en que la colaboración público-privada puede contribuir a la recuperación económica y al desarrollo sostenible de la Unión Europea (UE), considerando que, la combinación de capacidades y fondos públicos y privados es esencial en el contexto de la crisis económica. Si bien la Comisión es consciente de las dificultades de desarrollo de los proyectos CPP, puesto que implican importantes recursos financieros, una experiencia y formación específica en el seno del sector público, disposiciones financieras complejas y compromiso a largo plazo por parte de las autoridades. *Vid.* T. Brunete, «Colaboración público-privada: presente y futuro», en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 339-445.

blicos de cuarta generación, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas[126].

Son las Directivas, 23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero, respectivamente, que vienen a superar la lógica «armonizadora» de sus predecesoras y optan, como señala G. A. Benacchio por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia[127]. Son textos, por lo demás, de mayor «densidad» que sus predecesoras y se siguen observando parecidas deficiencias técnicas que complican la correcta adaptación de sus reglas a las normas nacionales[128]. Pero a pesar de todo, en mi opinión, suponen un importante avance pues han de permitir replantear el modelo teórico y práctico de la legislación de contratación[129].

La revisión (que no mera actualización) de las Directivas sobre contratación pública se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica[130].

126. *Vid*. J. M. Gimeno Feliu, *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*, 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, págs. 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, págs. 139-164; M. M. Razquin, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», RAP núm. 196, 2015, págs. 97-13. 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, págs. 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, págs. 3429 y ss. del tomo II.

127. *Vid.* «Verso le Direttive di quarta generazione», en G. A. Benacchio/M. Cozzio Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali, Egea, Milano, pág. 8.

128. Especialmente crítico, también con el Derecho de la Unión Europea, se manifiesta J. Santamaría Pastor, «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública» Revista Española de Derecho Administrativo, número 159, 2013, pág. 35.

129. 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.*

130. El «Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre

Estas Directivas entraron en vigor a los 20 días de su publicación, con un plazo de transposición de dos años. Así, desde su entrada en vigor, estas Directivas europeas han tenido valor interpretativo[131].

1. LA REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una importante novedad en la Directiva sobre contratación pública es que, junto a otras cuestiones propias de los efectos de los contratos (incluidas en el Capítulo IV denominado ejecución del contrato), se regula como elemento de las reglas de adjudicación del contrato las incidencias de la ejecución del mismo que obligan a una modificación del mismo. Regula así los supuestos en que podrá darse por válida una modificación sin que

---

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 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.

131. *Vid.* J. M. Gimeno Feliu, «La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», REDA núm. 172, 2015, págs. 81-122. Esta «anticipación jurídica», con valor interpretativo, ha sido admitida por el propio TJUE, en la Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (asunto C-470/13), apartado 37. Tesis aplicada por la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 25 de febrero de 2015 (recurso 0000463 / 2013) y el Acuerdo del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón 60/2015, de 15 de mayo, que, sobre la doctrina *Adeneler,* recuerdan la vigencia de las nuevas Directivas y sus consecuencias prácticas. Solo así se garantiza un efecto útil del Derecho de la Unión europea que es, por supuesto, de obligado conocimiento por cualquier operador jurídico. En todo caso, el valor interpretativo no puede servir para forzar una interpretación distinta de lo que se pretendía en la norma. Así lo ha advertido la Sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz y Zarzad Oczyszczania Miasta* (asunto C-324/14), que reconoce que el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE no sigue la línea continuista del artículo 48.3 de la Directiva 2004/18/UE.

sea necesaria una nueva licitación. Y abre la posibilidad al control de esta potestad mediante los instrumentos de las Directivas «recursos».

La nueva regulación encuentra su fundamento en la citada Sentencia de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, y en la jurisprudencia posterior que, como ya se ha visto, pretende que «*todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata».*

La nueva normativa europea, quizá de una manera confusa, intenta fijar los límites y reglas que pueden amparar un modificado en un contrato público. La nueva regulación supone cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia[132]. Así, es necesaria cierta precaución en su concreta interpretación, limitada por el respeto a los principios de toda contratación pública y, en especial, el de igualdad de trato[133].

La regla general es que se prohíbe cualquier modificación que suponga la alteración del contenido sustancial (no se utiliza la palabra esencial) del contrato, en cuyo caso será necesario una nueva licitación (artículo 72). Con intención de aportar seguridad jurídica, se indica, en el apartado 4, en qué casos se considera que existe una modificación sustancial –lo que obligaría a una nueva licitación– cuando:

a) la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de

132. Lo advierte también X. Codina García-Andrade, al afirmar que el régimen es más flexible que el existente hasta ahora, lo que permite mayor margen de discreción a las entidades adjudicadoras. «Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas Directivas», REDA *núm.* 163, 2014, págs. 297 y 298). Igualmente, S. Díez Sastre opina que la regulación de la propuesta de Directiva parece haberse planteado de forma generosa con la posibilidad de modificar los contratos, cuando, considera que podría haberse esperado una regulación más restrictiva. «La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública», *www.obpc.es*.

133. *Vid*. Sobre esta regulación, con más detalle, J. M. Gimeno Feliu, *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., págs. 169-188; I. Gallego 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, págs. 107-167 y J. Vázquez Matilla, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015, págs. 65-89.

candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador;

b) la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista;

c) la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente.

d) la sustitución del socio contratista (salvo los casos de sucesión total o parcial por reestructuración empresarial en tanto se respeten los principios de la licitación).

En consecuencias, las modificaciones de un contrato serán posibles si no afectan al contenido esencial. Y la Directiva prevé varios supuestos:

a) Cuando hayan sido previstas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. En dichas cláusulas se indicará el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que podrán aplicarse. Es decir, se habilita la regla de que los modificados convencionales podrán alterar el mismo, con el límite de que no se altere la naturaleza global del contrato (lo que debe entenderse como límite a cambios de objeto o de un importe desproporcionado)[134]. La recognoscibilidad de la prestación de origen ha de ser, sin duda, un parámetro interpretativo de referencia[135].

b) Que no sea factible la opción de cambiar de contratista por existencia de razones económicas o técnicas vinculadas al procedimiento inicial o genere inconvenientes o costes excesivos. En todo caso, con el límite del cincuenta por ciento del valor inicial del contrato.

c) Cuando con la debida diligencia no se han podido prever las nuevas condiciones y no se altera la naturaleza global del contrato.

134. Para J. M. Baño León, la alteración de la naturaleza global es un concepto equivalente al de modificación sustancial del contrato. «Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos», *Anuario de Derecho Local*, 2012, pág. 144. En todo caso, se altera la naturaleza global de la contratación, «por ejemplo, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el «tipo de contratación» o «el tipo de la concesión» (Considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE).

135. Ha desaparecido la previsión que se contenía en el proyecto de que nunca será posible una modificación cuando la modificación tenga por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato por el contratista o sus consecuencias, que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales; o cuando la modificación tenga por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista (artículo 72.7).

d) Casos de sucesión o cesión de contratistas.

e) Modificaciones no sustanciales.

Hasta aquí puede afirmarse que el diseño normativo no resulta del todo coherente con la doctrina del TJUE (que, en principio, seguirá siendo el principal parámetro interpretativo). Parece reconocerse, *ex lege*, los supuestos de modificación por no previsión de modificaciones en el pliego hasta el cincuenta por ciento del contrato y siempre que no se afecte al contenido esencial. Se abre un peligroso portillo que ha de generar dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al necesario principio de seguridad jurídica y que exige una labor interpretativa conforme a los principios de la contratación pública, con el fin de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato. Lo mismo cuando –concepto jurídico indeterminado– existan motivos económicos, técnicos o de inconveniencia.

Obviamente, la imprevisión –se debe insistir– debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia[136], en tanto, como bien recuerda la referida STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta* «*un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación*» (apdos. 116-118). Así, las nuevas necesidades, en tanto no obedecen al citerior de imprevisibilidad, deberán ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial (naturaleza global) del contrato. Y ese límite resulta infranqueable.

Casi idéntico régimen se contiene en la Directiva de Concesiones que regula en única disposición y para cualquier modalidad de concesión –artículo 43– el concepto de modificación, requisitos de procedencia, así como los límites de aplicación[137]. Por ello, la regulación suscita las mismas criticas ya apuntadas que, en este marco de concesiones, todavía son más

136. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. *Vid.* E. Muñoz López, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. cit., pág. 1.035.

137. Los considerandos 34 a 37 de la propuesta de Directiva introducían interesantes elementos explicativos (por ejemplo, precisión del concepto «circunstancias imprevistas») que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar dichas reglas. *Vid.* X. Lazo Vitoria, «La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales», publicado en *www.obp.es*, 23 de marzo de 2013. *Ibidem*, «Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria», Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 129, 2014, págs. 44-55.

sensibles[138]. La interpretación deberá cohonestar los principios e intereses en juego, evitando una alteración indebida de las reglas de competencia.

Interesa destacar que la Directiva sobre contratación pública establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 72.1, último inciso)[139]. Esta obligación obligara a replantear la actual situación en España en virtud de la interpretación que se está dando a la redacción del artículo 40 TRLCSP, que excluye de la posibilidad de recurso especial a los actos de modificación[140]:

> *«Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación»*[141].

138. *Vid.* E. López Mora, «La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia», publicado en *www.obcp.es*, 28 de enero de 2013. En su opinión, se debe criticar el hecho de no haber sabido aprovechar la oportunidad para particularizar el límite cuantitativo de las modificaciones en función del contrato o concesión en proporción a la magnitud y duración del contrato en cuestión.

139. Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que *ex* artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe– y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. *Vid.*, M. A. Bernal Blay, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, ob. cit., págs. 203-210.

140. Contrario a la posibilidad de recurso especial se posiciona P. Calvo Ruata, al considerar que contrario al recurso especial: «lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial está concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero, además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego conlleva que, si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori». «La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?», ob. cit., pág. 407.

141. Como bien explica M. A Bernal Blay, dicha «aclaración» no se encontraba en el Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, sino que fue introducida en el texto al ser aprobada la enmienda n.º 31,

La interpretación no ha sido uniforme, tanto por las dudas que sugiere su redacción como por la propia negación a este recurso de fundamento comunitario. Así, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya se pronunció al señalar en su guía de procedimiento para la tramitación del recurso especial en materia de contratación que «*... Son impugnables (...) los actos de trámite siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos... En particular, a título de ejemplo, las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal –por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o los modificados que no cumplen los requisitos legales...*»[142]. Además, la modificación de la normativa autonómica aragonesa sobre contratos públicos (Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, modificada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), introdujo una nueva disposición (artículo 12.bis) que, tras señalar la obligación de publicitar los acuerdos de modificación de los contratos, señala expresamente la posibilidad de interponer recurso contra tal acuerdo de modificación:

> «*... Artículo 12 bis. Publicidad de los modificados.*
>
> *1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.*
>
> *2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales...*»

La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales[143], así como posibilitar –en su caso–, una eventual impugnación por

planteada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista. Resulta sorprendente, cuando menos, la justificación ofrecida para ello. «El control sobre la modificación de los contratos públicos», en *www.obcp.es*, 1 de septiembre de 2011.

142. Esta guía se encuentra disponible en la web del Tribunal de Aragón: *http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/Guia_procedimiento_recurso_especial_TRLCSP.pdf*.

143. *Vid.* A. I. Beltrán Gómez, «La transparencia en la modificación de los contratos públicos», en *www.obcp.es*, 8 de octubre de 2012.

quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal[144]. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados[145].

Esta opinión, favorable a la recurribilidad de los acuerdos de modificación de los contratos públicos no es, sin embargo, unánime. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado sobre la cuestión en sentido contrario, hasta en dos ocasiones, en el mes de junio de 2011. En su Resolución 17/2011, de 8 de junio, el Tribunal Madrileño concluye que «de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los contratos sujetos al Derecho comunitario, los actos del procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, mientras que cuando se trata de actos de ejecución del contrato (modificación, resolución, desistimiento posterior o cualquier otro) cabe el régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Adminis-

144. El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que *«II. Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1.000.000 € para los contratos de obras, y de 100.000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos».*

145. La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: *«Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia "inter partes" sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de "ius variandi"».*

trativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa». La misma opinión confirmaría más tarde, en su Resolución núm. 30/2011, de 29 de junio, en la que se inadmite un recurso especial planteado contra la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de establecimiento es inferior a 500.000 euros, pero cuya adjudicación se propone a una empresa que contempla una inversión superior a dicha cifra. El Tribunal razona que «no cabe interpretar que, como consecuencia de la adjudicación, una vez superado el umbral, a partir de ese momento cabe el citado recurso y por tanto ahora sería competente este Tribunal cuando no lo ha sido para controlar los actos anteriores. El mayor importe derivado de la mejor oferta del adjudicatario afectará a una fase posterior, que es la de ejecución del contrato, que no está sujeta al control de los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación».

Pero esta discusión sobre la exclusión de los «modificados» del ámbito objetivo del recurso especial, con la nueva regulación que se propone en la Directiva, queda ahora superada. Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración[146]. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH*, Cfr. apdo. 34), y, por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial[147]. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad[148]. El concepto

146. *Vid.* las oportunas reflexiones al respecto de I. Gallego Córcoles «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, n.º 113 (2011), p. También. M. A Bernal Blay, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución...», ob. cit., págs. 203-208.

147. Como bien ha recordado J. A. Moreno Molina, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

148. Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las

amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterio funcionales relacionados con, como ya hemos advertido, la causa del contrato.

Por lo demás, si como gráficamente indicaba J. Colás Tenas la «era del reformado» había terminado, no tiene sentido excluir del ámbito del recurso especial en materia de contratación el control sobre el cumplimiento de los nuevos requisitos establecidos[149].

2. LAS CONSECUENCIAS DE LA NO INCORPORACIÓN EN PLAZO DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Estas exigencias de las Directivas no han sido transpuestas en plazo al ordenamiento jurídico español. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Directiva de concesiones, 90 de la Directiva de contratos y 106 de la Directiva de Sectores excluidos, el plazo de transposición de las mismas concluye el 18 de abril de 2016. El Estado Español opto por realizar la transposición mediante la aprobación de una nueva ley de contratos del sector público[150], cuyo Anteproyecto fue sometido a informe del Consejo

---

mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción).

149. J. Colas Tenas, «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible», REDA núm. 153, 2012, págs. 253-276.

150. Esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido (me remito a mi trabajo «La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional», *Noticias UE* núm. 267, 2007, págs. 61-67). Interesa recordar la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo) en la que se advierte que, debido a la falta de rigor en la transposición de las Directivas relativas al mercado interior por parte de los Estados miembros, la Comisión les recomienda que adopten mejores prácticas para una transposición correcta y dentro de los plazos establecidos. En la línea de la Recomendación de la Comisión, conviene apuntar soluciones de técnica legislativa. Si la transposición requiere un acto de los Estados miembros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitiera una rápida reacción y que lo distinguiera de los trámites legislativos ordinarios.
Una opción, siguiendo el modelo de derecho comparado, podría consistir en que la incorporación al derecho nacional se hiciera mediante acto o resolución de un órgano especializado. En esta línea, el profesor L. Martín-Retortillo (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, págs. 186-187) ha propuesto crear una especie de Gabinete de Vigilancia que avise al gobierno y Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias –y entiendo que del efecto directo de las normas y de contravenciones de normas estatales de derecho comunitario en sus distintas variantes– que bien podría descansar en el Ministerio de Justicia o en el Consejo de Estado. Esta última propuesta es ciertamente sugerente y bastaría con una reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, encajando con las funciones

de Estado que lo ha emitido con fecha 10 de marzo de 2016 (Dictamen 1116/2015)[151]. Sin embargo, la situación política del momento evidencia la imposibilidad del cumplimiento de los plazos de transposición, pues los trámites legislativos, todavía no iniciados, no son breves. Ante esa situación, el 18 de abril se «abre» un nuevo escenario jurídico caracterizado por el efecto directo de las Directivas de contratación pública[152]. Cuestión no ajena a lo que puede suceder en otros países[153].

---

inherentes a este órgano constitucional. También podría pensarse en atribuirse esta función a la Comisión Mixta para la Unión Europea, creada por Ley 8/1994, de 19 de mayo, dado que el objetivo específico de esta Comisión es participar en las propuestas legislativas de la Comisión Europea y en el seguimiento del derecho comunitario por autoridades nacionales. También podría optarse por adoptar medidas en el plano de política legislativa (como tienen en otros Estados: Por ejemplo, en Italia mediante Ley anual de transposición de normas comunitarias o en Reino Unido mediante decisión del Gobierno dando cuenta al Parlamento), que obligarían, eso sí, a una reforma constitucional. Otra opción (propuesta de G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, págs. 236-237), sería prever un procedimiento especifico de trasposición de las Directivas que fueran similar a la técnica de la delegación legislativa recepticia contenida en los artículos 82 a 86 de nuestra Carta Magna, de tal manera que una Directiva se considerase como una ley de bases con un plazo para aprobar el correspondiente Real Decreto legislativo idéntico al plazo de transposición de la Directiva, estableciendo la plena eficacia de esa «Ley de Bases Comunitaria» –coincidente con la Directiva– caso de vencerse el plazo de mandato. Desde esta perspectiva se cumpliría siempre en plazo con el derecho comunitario, sin necesidad de aplicar la doctrina del efecto directo.

151. El Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 en relación al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público recuerda, sobre esta cuestión, que «El incumplimiento del citado plazo puede comportar la incoación por parte de la Unión Europea del correspondiente procedimiento sancionador. Ahora bien, en virtud de una práctica de uso, la Comisión no lo hace cuando se ha culminado el procedimiento interno de elaboración de la norma de incorporación, lo que, en el caso español, se considera producido al emitir su dictamen este Cuerpo Consultivo».

152. Sobre esta cuestión versaba mi ponencia «Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones», VI Seminario de Contratación Pública, Formigal, septiembre de 2015 (disponible en *www.obcp.es*) así como mi intervención en el Congreso Internacional sobre Contratación Pública «Los retos de la trasposición al Derecho español de la nueva Directiva europea 2014/24/UE y las principales novedades del Derecho comparado sobre contratos públicos», celebrado los días 21 y 22 de enero de 2016. Sobre este Congreso puede consultarse la Crónica elaborada por Anabel Peiró Baquedano, publicada en *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 143, 2016. Igualmente me remito a mi trabajo «La transposición de de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas», próxima publicación en *Revista Galega Administración Pública*, 2016 (conferencia «El efecto directo de las directivas de contratación pública tras la finalización de su plazo de transposición». Universidad Santiago de Compostela/FEGAMP, 1 de abril de 2016).

153. En la doctrina italiana reciente se trata también esta cuestión. Me remito a los trabajos

Las Directivas, por tanto, en lo que sea claro, preciso e incondicionado desplegarán efecto directo[154]. La STJUE de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, ya declaró que *necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria*. Criterio asumido en la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GMBH*, al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que «*son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que este puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obliga-*

---

de Giulio Veltri, «In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE (Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298 655; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660)» en *Revista Urbanistica e appalti*, núm. 6, 2015, págs. 655-676, y Davide Diverio, «Qualche riflessione intorno all´efficacia della direttiva servizi negli ordinamenti degli stati membri e al suo rapporto con il TFUE», en la *Revista Il Diritto del commercio internazionale*, 2015, 4, págs. 983-1003.

154. Para facilitar la labor de los gestores los órganos de recursos contractuales de España han elaborado un documento sobre *El efecto directo de las Directivas contratación pública en España* (que se ha difundido a través *www.obcp.es*). Igualmente, sobre el efecto directo, conviene reseñar la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66 de 17 de marzo de 2016). En esta Recomendación se analiza los antecedentes, el efecto directo en las Directivas comunitarias y una serie de instrucciones que dividen en dos secciones. En el documento se desglosan las recomendaciones por tipología de contrato sujeto a regulación armonizada y las aplicables a todos los contratos sujetos a regulación armonizada. Asimismo, se ha analizado esta cuestión del efecto directo en el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a los «*Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo*», y en el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, relativa a «*Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión*».
Por último, conviene indicar la Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública. Esta Recomendación tiene por objeto tanto facilitar a los órganos de contratación la aplicación del artículo 59 de la Directiva de contratación pública y del Reglamento (UE) n.º 2166/7, como ayudar a las empresas interesadas a cumplimentar correctamente el formulario normalizado del DEUC según ha quedado este aprobado por el citado Reglamento comunitario.

ción que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665»[155].

Interesa recordar, de forma más específica, la doctrina de la STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel contra Niederösterreichische Gebietskrankenkass* e, sobre la aplicación directa de la Directiva 92/50/CEE, considera de aplicación directa:

«*44. A este respecto, procede señalar desde un primer momento que las disposiciones del Título I, relativas al ámbito de aplicación material y personal de la Directiva, y del Título II, relativo a los procedimientos aplicables a los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en los Anexos I A y IB, son incondicionales y suficientemente precisas para ser invocadas ante un órgano jurisdiccional nacional.*

45 En virtud de los artículos 8 a 10, que forman parte del Título II, las entidades adjudicadoras están obligadas, de manera incondicional y precisa, a adjudicar los contratos públicos de servicios con arreglo a procedimientos nacionales de conformidad con lo dispuesto en los Títulos III a VI en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I A y con arreglo a los artículos 14 a 16 en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I B. El artículo 14 constituye el Título IV, mientras que el artículo 16 figura en el Título V».

La jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinario de la misma, por lo que es una norma que

155. Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo Martín-Retortillo, «cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos». *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario europeo penetra en los ordenamientos nacionales y desgarra y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. Moreno Molina, «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, págs. 49-87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, *Engelbrecht*, C-262/97, apartado 39–, al tiempo que enfatiza el papel que estas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en la LCSP.

no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de «*evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión*».

Y a estos efectos, como bien ha advertido la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás* (asunto C-425/12, en especial apartados 22 y siguientes), los poderes adjudicadores deben considerarse como «Estado». Y también los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares[156], siempre que, como bien ha explicado la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás*, «*que dicho servicio de interés público se preste bajo el control de una autoridad pública y que la citada empresa disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (véase, en este sentido, la* sentencia *Rieser Internationale Transporte, antes citada, apartados 25 a 27)*»[157].

En consecuencia, los preceptos de las Directivas de contratación pública de 2014 que sean claros, precisos e incondicionados desplegarán efectos jurídicos de obligada aplicación por los operadores jurídicos y, por ello, serán parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso-administrativa[158].

Y sin duda tiene efectos el régimen de modificaciones contractuales (artículo 72 y 43 respectivamente). Preceptos que deberán ser aplicados

156. Sentencias TJUE Foster y otros, apartado 20; de 14 de septiembre de 2000, *Collino y Chiappero*, C-343/98, apartado 23; de 5 de febrero de 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02, apartado 24; de 19 de abril de 2007, *Farrell*, C-356/05, apartado 40, y sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10).

157. En todo caso, como señaló el Abogado General en sus conclusiones del caso *Portgas*, el mero hecho de que una empresa privada concesionaria exclusiva de un servicio público forme parte de las entidades a las que se refiere expresamente el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 93/38/CE no lleva aparejado que puedan invocarse contra esa empresa las disposiciones de dicha Directiva (efecto directo vertical). Habrá que acreditar que el Estado dispone sobre la mercantil de un control y unas facultades exorbitantes (de acuerdo con una definición funcional de empresa).

158. La STJUE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. *Vid.*, por todos, J. M. Trayter, «El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación», *RAP* núm. 125, 1991, págs. 188 y ss. Así deriva, como recuerda el profesor S. Muñoz Machado, de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo («La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos», *Revista andaluza de administración pública*, núm. 7, 1991, págs. 9-38).

con referencia a la jurisprudencia del TJUE que sigue siendo el parámetro de enjuiciamiento de tal posibilidad (que no *ius variandi*) y que limita a los casos estrictamente necesarios para preservar el propio contrato sin alterar su causa o contenido sustancial. También resulta de efecto directo la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 72.1, último inciso). Posibilidad ya reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014, Idrodinamica, Asunto C-161/13, que pretende generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales, así como posibilitar –en su caso–, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal[159]. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados[160]. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Pressetext Nachrichtenagen-*

159. El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que *«II. Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1.000.000 € para los contratos de obras, y de 100.000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos».*

160. La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: «*Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de "su contrato", cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «ius variandi»».* Este criterio es defendido por J. M. Baño León, «Del *ius variandi* a la libre

tur GMBH, Cfr. apdo. 34), y, por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial[161]. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad[162]. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterio funcionales relacionados con la causa del contrato.

También tendrán efecto directo las previsiones que sobre rescisión (Directiva de contratación pública) y resolución (Directiva de concesiones). Muy especialmente tiene interés 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 cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de las prerrogativas públicas exorbitantes. Esto implica, como ya he explicado, que la resolución de concesiones es un claro ejemplo donde el efecto directo limitará la posibilidad de extinguir un contrato por rescate, pues parece establecer un número cerrado de causas de resolución[163]. 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

concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos», *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, págs. 148-151.

161. Como bien ha recordado J. A. Moreno Molina, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

162. Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción).

163. *Vid.* J. M. Gimeno Feliu, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núms. 58/59, 2016, págs. 50-71.

pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. No significa que no pueda rescatarse si existe un claro interés público. Pero el rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y principios de esta potestad.

Además, la decisión de rescatar podrá ser controlada –en tanto cuestión contractual– por los órganos de recursos contractuales competentes, pues tras el 18 de abril de 2016, se amplía el ámbito del recurso especial a estas cuestiones (deja de ser un recurso precontractual). Y al ser norma de contenido procesal, se aplicará la regla vigente al momento de dictar el acto (en este caso, de resolución)[164]. Así, junto a la posibilidad de suspensión de la decisión –lo más probable, desde la lógica de funcionamiento del recurso especial– el Tribunal administrativo podrá valorar si el rescate –como fórmula de resolución– resulta conforme a las nuevas exigencias de la concesión.

La opción de rescate de concesiones debe, en definitiva, reinterpretarse conforme a lo dispuesto por la Directiva de concesiones de 2014 y los principios europeos de contratación pública (junto con el de confianza legítima, que obliga, como regla general, a estar a lo pactado)[165]. Y en tanto no se produzca la efectiva incorporación al ordenamiento nacional, deberá respetarse el efecto directo de la Directiva, en tanto previsión clara e inequívoca.

Por supuesto, y desde la coherencia del modelo, el contenido «armonizado» que se propone en las Directivas de 2014, 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

164. La diferencia entre normas sustantivas y procesales respecto al régimen transitorio de la aplicabilidad de las nuevas normas es, por lo demás, clásica en nuestro ordenamiento jurídico, como convincentemente razona la recurrente, desde la Transitoria cuarta del Código Civil, siguiendo con las Transitorias de la LEC y de la LJCA. El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de noviembre de 2012 (recurso 1085/2011) ha admitido la directa aplicación de normas procesales en materia de contratación pública. Para ello parte de la necesaria distinción entre normas sustantivas y procesales y afirma que la disposición transitoria de la ley 15/2010 solo se refiere a las normas sustantivas («falta en la ley una transitoria rectora del régimen temporal del nuevo procedimiento jurisdiccional»).

165. Sobre los efectos y requerimientos del principio de confianza legítima conviene recordar la jurisprudencia TJUE: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961, *SNUPAT contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acer* o, asuntos acumulados C-42/59 y C-49/59, y de 13 de julio de 1965, *Lemmerz-Werke GmbH contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 111/63.

pública[166]. Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no «armonizado», evitando, volvemos a insistir, que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral.

Los objetivos de las nuevas Directivas –y los principios que las inspiran[167]– deben servir de modelo general para toda la contratación pública[168]. Es necesaria, en palabras de R. Alonso García, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo[169].

V. EL FUTURO DE LA REGULACIÓN DE MODIFICADOS EN ESPAÑA: LA OPCIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

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. 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 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

166. No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) insistía en esta interpretación. 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.

167. Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a las monografías de J. A. Moreno Molina *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006 y C. Viana, Os principios comunitarios na contrataçao pública. Coimbra Editora, 2007.

168. *Vid.* X. Codina García-Andrade, «La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas», *Revista española de derecho europeo*, núm. 50, 2014, págs. 73-101.

169. Ricardo Alonso García, «La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico», *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, 2008, págs. 385-410.

y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos[170].

170. 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 estas). 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, págs. 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 de los contratistas 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. Solo 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.
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 CC. AA. 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 compe-

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

---

tencias 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. Sanmartín 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, págs. 405-428; y J. M. Gimeno Feliu, «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, págs. 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 Aranguren, 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, págs. 45-120).

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 (advierte 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 (que implica su aceptación para que el texto que se remita sea «de acuerdo con el Consejo de Estado»), 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 el artículo 199, 212 y 315.

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

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

2.º 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 general[171].

3.º 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 satisfactoria[172].

4.º 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 privado[173].

5.º 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 instrumento[174].

---

171. 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.

172. 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, págs. 323-343.

173. 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, págs. 237-277.

174. 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 fija-*

6.º 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 administrados[175].

7.º 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.

8.º 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.

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

10.º 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 jurídico.

11.º 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.

12.º 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.

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

14.º 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.

---

da 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.

175. Como bien explica el profesor 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, págs. 149-212.

15.º 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.

En este Anteproyecto, **en relación a la modificación contractual** podemos advertir lo siguiente[176]:

a) El artículo 26.3, pese a las indicaciones de órganos consultivos (como el Informe 8/2015, de 20 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público), se mantiene una opción «disfuncional» relativa al régimen contratos privados, pues para poderes adjudicadores no administración pública se prevé que se aplicarán las reglas de la modificación contractual solo en contratos armonizados (frente a la situación actual, donde resulta indiferente este importe). Esta decisión 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 administración. Sin embargo, al Consejo de Estado, 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

176. Para la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (Informe Anteproyecto Ley Contratos Sector Público. IPN/CNMC/010/15) la regulación presenta elevadas carencias en cuanto a su difícil lectura y falta de claridad (en especial respecto a los tradicionalmente denominados modificados) que afectará la seguridad jurídica tanto de los operadores como de los órganos de contratación. Para la CNMC, «*Desde el punto de vista de competencia y regulación económica eficiente, la inclusión de modificaciones en los contratos públicos puede desvirtuar el carácter competitivo de la licitación inicial a través de la alteración de las condiciones originarias en las que se desarrolló el contrato. En términos generales, el uso de los modificados, y en particular, la utilización injustificada, abusiva o desproporcionada de los mismos podrá tener impacto negativo en los mercados en los que la licitación objeto de modificación se inserte, por lo que en línea con pronunciamientos anteriores de la autoridad de competencia se recomienda una utilización excepcional de esta figura, incluso en los términos permitidos por la Ley*». Y concluye que «*el ajuste de las nuevas Directivas y por derivada, del APL objeto de análisis, a la Jurisprudencia del TJUE ha de considerarse positivo toda vez que restringe, clarifica y estipula los límites en la utilización de la citada figura a la par que permite una necesaria flexibilidad a los órganos de contratación en la ejecución de los contratos públicos*».

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.

b) En cuanto a su contenido, el texto consultado mantiene la dicotomía entre modificaciones previstas (artículo 202) y no previstas (artículo 203) en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En este segundo caso, a su vez, encuentran cobertura tres de los supuestos recogidos en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE: las obras, suministros o servicios adicionales; la reforma contractual por circunstancias imprevistas; y las modificaciones no sustanciales. En definitiva, dejando al margen las alteraciones subjetivas, los artículos 202 y 203 del anteproyecto reproducen el abanico de opciones que el Derecho europeo ofrece para modificar los contratos públicos sin necesidad de acudir a una nueva licitación, coincidiendo, en líneas generales, las condiciones requeridas para la operatividad de cada una de ellas con las enumeradas en el artículo 72 de la Directiva de referencia[177]. Sobre el contenido de la regulación, conviene transcribir la opción adoptada en los artículos 201 a 206:

> «*Artículo 201. Potestad de modificación del contrato [art. 219 TRLCSP].*
>
> *1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 189.*
>
> *2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:*
>
> *a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 202;*
>
> *b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación*

177. La valoración de la regulación estudiada ha sido dispar en el procedimiento. Así, algunos participantes en audiencia (como la Confederación Nacional de la Construcción) han solicitado que se ajustara estrictamente a la Directiva, mientras que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha expresado un juicio favorable a la acotación de la opción de reforma contractual, planteando incluso una disminución del límite porcentual del 50 en los casos de prestaciones adicionales y circunstancias imprevistas.

que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 203.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 211 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 151.

Artículo 202. Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares [art. 106 TRLCSP].

[Artículos 72.1.a) y 72.1.d), i) y Considerando (111) DN y Artículo 43 DC].

1. Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia cuando, con independencia del porcentaje del precio inicial que represente la modificación, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes:

a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.

b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, así mismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

2. [Artículo 72 DN] En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modifi-

caciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato.

Artículo 203. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales [art. 107; art. 171.b); art. 174.b) TRLCSP].

1. [Artículos 72.4; 72.5 y Considerando (107) DN] Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) [Art. 72.1.b) y Considerando (108) DN] Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

b) [Art. 72.1.c) y Considerando (109) DN] Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos.

Para el cálculo del precio mencionado en las letras a) y b) de este apartado se tomará en cuenta el precio actualizado, si el contrato incluye cláusula de revisión de precios. En los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, si la concesión no incluye cláusula de revisión de precios, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media medida conforme al índice de precios de consumo.]

Artículo 204. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato

1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo anterior, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán

obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 209.

Artículo 205. Procedimiento [art. 108 TRLCSP]

1. En el caso previsto en el artículo 202 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 203, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

3. Los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato que esté sujeto a regulación armonizada en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 203 deberán publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta Ley.

Asimismo, los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si este está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma.

4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 189».

De lo expuesto, se comprueba que el régimen de modificación del contrato, más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias (artículo 72 Directiva). Se introduce adverbio «solo», con la finalidad de advertir el carácter excepcionalidad de la opción de modificar y se limitan posibilidades. No hay modificados de «*minimis*». Se regula, además, la cesión del contrato con el fin de evitar que se considere modificación contractual.

c) Toda modificación deben publicarse y notificarse los acuerdos de modificación (opción ya incorporada en Aragón y Navarra). Y existe recurso especial (artículo 44.2 d) ALCSP).

d) En el régimen de contratos administrativos existen ajustes técnicos (mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en concesiones: se incluye concepto TIR. Se limita, como ya se ha dicho, la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma). Se permite pagos por disponibilidad[178]. 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 Mas[179]. Lo que obligará a reformular cierta jurisprudencia que, en servicios públicos, opta por la configuración de tasa[180]. 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 Anteproyecto, por este motivo es clara: la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa (y no puede ser de opción por la entidad contratante)[181].

178. 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 delos criterios de EUROSTAT», *RAP* núm. 194, 2014, 437-474.

179. «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, págs. 22-29

180. *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.

181. 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

e) 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 imprevisible[182]. Se puede ampliar 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.

Esta opción de propuesta legislativa acaba de ser «matizada» mediante Dictamen de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado. En materia de modificaciones contractuales el Consejo de Estado ha advertido lo siguiente:

---

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.

182. 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 la 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 Feliu, *El nuevo paquete legislativo*..., ob. cit., págs. 148-150.

1) En la ponderación global el Consejo de Estado constata la reversión de la tendencia que siempre había manifestado la evolución legislativa, toda vez que, por primera vez, una regulación de la modificación de los contratos públicos es más laxa que la anterior. En efecto, siguiendo las pautas europeas, la reforma de los contratos públicos es admisible en más supuestos y con unos límites porcentuales mayores en el anteproyecto que en el vigente TRLCSP. Como señala el informe de valoración de las alegaciones, «*en materia de modificaciones resulta ciertamente complicado encontrar un equilibrio entre la necesidad de controlar que las modificaciones que se produzcan no sean más de las estrictamente indispensables, evitando de esta forma abusos derivados de la voluntad de no resolver un contrato y acudir a un nuevo procedimiento de licitación. Pues bien, decíamos que resulta difícil encontrar el pretendido equilibrio entre lo anterior y la certeza de que, en ocasiones por distintas circunstancias resulta verdaderamente necesario modificar un contrato, no pudiendo regularse un sistema tan excesivamente rígido que no permita hacerlo en favor de la correcta ejecución de un contrato que, no debe olvidársenos, está llamado a satisfacer intereses públicos*».

El Consejo de Estado advierte de la dificultad de encontrar dicho equilibrio e indica que no debe obviarse que, ante modificaciones que no quepa incardinar en alguno de los supuestos habilitantes, tanto el TRLCSP como el anteproyecto prevén la resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. *«Ello no solamente supone un retraso en la satisfacción del interés público a que responde el contrato firmado, dada la procedencia de extinguir el pacto primigenio y tramitar una nueva licitación, sino también un coste económico, al ganar el adjudicatario original el derecho a una indemnización del 3 % del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 225.5 del TRLCSP; artículo 211.4 del anteproyecto)»*.

Por este motivo, una vez decidida por el legislador europeo la positivización del régimen de modificación de los contratos públicos (que hasta la Directiva 2014/24/UE era simplemente objeto de interpretación jurisprudencial), cualquier endurecimiento de este régimen ha de articularse con la máxima cautela, en la medida en que supone limitar las posibilidades de reformas contractuales de que en otros países miembros sí dispondrán sus poderes adjudicadores. Con todo, este juicio será siempre de oportunidad, toda vez que dicho endurecimiento no plantea duda alguna respecto a su viabilidad jurídica. En otras palabras, siendo la Directiva un instrumento que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), tiene cabida dentro del margen de discrecionalidad del que disfruta el legislador la incorporación de condi-

ciones más estrictas para la modificación de los contratos públicos, habida cuenta de que no encierran riesgo alguno para el principio de igualdad de trato de los licitadores que, en última instancia, se intenta preservar con esta regulación. En cambio, la relajación de las condiciones de la Directiva 2014/24/UE sí debe entenderse prohibida por el Derecho europeo. Y, en relación a la opción de que los poderes adjudicadores no administración pública no aplican estas previsiones en contratos no armonizados 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*». Sorprende, a mi juicio, tal valoración, por comparación con lo dictaminado en relación a la Ley 34/2010, que extendió el régimen de la modificación a todo contrato público al margen del importe y con argumentación que se da para justificar la extensión del recurso especial con indiferencia del valor y su consideración de armonizado. Y, desde un contexto social, con los numerosos casos de corrupción vinculados a gestión de empresas públicas y modificación de contratos es abrir un peligroso portillo a que se consoliden están prácticas (con el riesgo moral y de desafección que comportan).

2) A juicio del Consejo de Estado, no resulta reprochable, en términos de oportunidad, el endurecimiento que el anteproyecto supone en los dos aspectos antes diseccionados. De un lado, porque la fijación de límites porcentuales que operen de forma tanto aislada como conjunta es tradicional en nuestro Derecho y evita un difícil juicio acerca de si las modificaciones sucesivas obedecen o no a una misma circunstancia o necesidad. De otro lado, porque la conversión de uno de los umbrales *de minimis* (el porcentual) en un límite máximo impide modificaciones contractuales por encima del mismo que no estén previstas en los pliegos ni respondan a necesidades adicionales o circunstancias imprevistas, a partir de una siempre comprometida valoración de si tales modificaciones tienen o no como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio.

3) En el Dictamen se formulan varias observaciones particulares al régimen de modificación contractual:

> «***Artículo 201. Potestad de modificación de los contratos***
>
> *Según su apartado 1, los contratos administrativos podrán ser modificados por razones de interés público en los casos previstos en dicha subsección, «de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 189».*
>
> *Lo cierto es que, además de resultar aplicables las previsiones procedimentales que rigen, en general, para el ejercicio de las prerrogativas de la*

Administración, en el caso de la modificación contractual también habrán de ser consideradas las particularidades que en el orden formal enuncia el artículo 205.

Por ello, el artículo 201.1 in fine debe someter el ejercicio del ius variandi al «procedimiento regulado en el artículo 189, ***con las particularidades previstas en el artículo 205****».*

En este plano procedimental, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el dictamen del Consejo de Estado, en virtud del artículo 189 citado, sea preceptivo en los casos de modificación del contrato, «cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido». Ello supone, en cierta medida, el retorno al régimen tradicional en nuestro Derecho (en línea con la redacción original de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y la legislación anterior), en el que el límite del 20 % tiene una doble virtualidad: marca el umbral a partir del cual la reforma es potestativa para el contratista y deviene preceptiva la intervención de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

Artículo 203. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales

El apartado 2.a) de este precepto regula el supuesto de modificación por obras, suministros o servicios adicionales.

Es importante subrayar que este supuesto sustituye al más conocido en nuestro ordenamiento de las obras, suministros y servicios complementarios (artículos 171.b), 173.c) y 174.b) del TRLCSP, respectivamente), que se caracteriza por permitir su adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad a favor del contratista original, siempre que concurran determinadas circunstancias (que no pudiera haberse previsto su necesidad por un poder adjudicador diligente, que la ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para este o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, y que la prestación no pueda separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación).

Por consiguiente, el anteproyecto aspira a eliminar la posible contratación separada de estas prestaciones distintas pero conectadas al contrato original a través del procedimiento negociado sin publicidad, para que sean, en su caso, articuladas a través de la modificación de este. El límite al que quedan sujetos en la normativa en vigor tanto los proyectos de obras

complementarios como los servicios complementarios es del 50 % del importe primitivo del contrato, lo que coincide con el tope porcentual para añadir obras, suministros o servicios adicionales, con arreglo al artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 203.2.a).2.º del texto remitido en consulta.

Ahora bien, respecto del supuesto habilitante para este tipo de reforma contractual, el artículo 72.1.b) de la Directiva exige que cambiar de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador. De acuerdo con la literalidad de la Directiva, ambas condiciones han de concurrir de forma acumulativa, es decir, para que pueda prosperar la modificación, la sustitución del contratista ha de suponer el reemplazo de las prestaciones originales –por no ser factible su continuación por un operador económico distinto del adjudicatario primigenio– y ello entrañar a su vez graves inconvenientes o elevados costes para el poder adjudicador.

Por su parte, el artículo 203.2.a) 1.º del anteproyecto configura el supuesto habilitante en los siguientes términos: «Que el cambio de contratista o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista». Se aprecia que las condiciones en las que, según el anteproyecto, sería factible la modificación contractual para la incorporación de prestaciones adicionales, en lugar de ser acumulativas, son alternativas, toda vez que basta con que se produzcan, bien dificultades de tipo económico o técnico como consecuencia de la sustitución del contratista, bien inconvenientes significativos o incremento sustancial de costes, para que la reforma pueda seguir adelante.

La utilización de una formulación disyuntiva, en vez de un nexo copulativo, introduce en el anteproyecto una laxitud contraria al artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE. Como se ha dicho, la relajación de las condiciones exigibles por el Derecho europeo para la modificación contractual no es admisible. En consecuencia, procede reformular el artículo 203.2.a).1.o del anteproyecto para que la incorporación de prestaciones adi-

cionales a los contratos administrativos exija simultáneamente los dos presupuestos contemplados en el precepto citado de la directiva comunitaria.

Artículo 204. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato

En virtud de su apartado 1, «en los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo anterior, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido». De esta forma, son conceptuadas como obligatorias para el contratista las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares que no superen el 20 % del precio inicial.

Nada se dice en este apartado acerca de si revisten o no igual carácter las reformas que tengan su fundamento en dicho pliego, a que se refiere el artículo 202. Considera el Consejo de Estado que esta cuestión ha de ser aclarada. La solución que parece más acertada es dotar también de carácter obligatorio a tales reformas, considerando, primero, que así se prevé en el ordenamiento vigente (artículo 219.1 del TRLCSP) y, segundo, que, al estar contempladas en el pliego, las modificaciones fundadas en él no son desconocidas para el adjudicatario.

Artículo 205. Procedimiento

Como precisa el apartado 4 de este precepto, lo dispuesto en él «se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 189». Por ello mismo, la rúbrica del artículo 205 («Procedimiento») no resulta acertada, ya que su objetivo no es, en puridad, disciplinar el cauce procedimental para el ejercicio del ius variandi, sino introducir especialidades procedimentales dentro del cauce previsto con carácter general en el artículo 189 para el uso por la Administración de sus prerrogativas contractuales. Desde esta perspectiva, sería preferible hablar de «especialidades procedimentales» o emplear una expresión similar.

Artículos 206 a 211. Suspensión y extinción de los contratos

En los artículos 206 y siguientes se abordan las cuestiones relativas a la suspensión y la extinción de los contratos administrativos.

En lo que se refiere a la desaparición del vínculo contractual, precisamente porque se trata de un régimen concebido para los contratos administrativos, el hecho de que se quiera extrapolar dicho régimen a los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por los poderes adjudicadores carentes de la condición de Administración pública, es fuente de distorsiones. Y ello por cuanto, pese a que la prerrogativa de resolver los contratos

no sea predicable de tales poderes adjudicadores (pues está reconocida en el artículo 188, únicamente aplicable a la Administración), las previsiones de los artículos 209 y siguientes, referentes a las causas de resolución, su aplicación y efectos, parten de la concepción de que el órgano de contratación, situado en una posición «en más» propia de la esfera administrativa, dirime la concurrencia o no de una causa extintiva de las enumeradas y fija las consecuencias asociadas a ello en caso afirmativo. Teniendo en cuenta este punto de partida, es difícil casar dichas previsiones con la naturaleza privada de los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por entidades que no son Administraciones públicas (y que, en muchos casos, adoptan forma societaria u otras formas de personificación jurídico-privada).

Debe, no obstante, señalarse una excepción. Teniendo en cuenta que el régimen de modificación estudiado se aplica, no solamente a los contratos administrativos, sino también a los contratos sujetos a regulación armonizada de otros poderes adjudicadores, es importante que la resolución del vínculo convencional por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o por proyectos modificados no previstos en los pliegos de más del 20 % del precio inicial (artículo 209.1.g) del anteproyecto) rija igualmente en estos últimos contratos, por lo que la extensión que en este aspecto concreto operan los artículos 26 y 316 sí está soportada».

3) Por último, conviene advertir las consideraciones del Consejo de Estado sobre la cesión de contratos. Uno de los supuestos en los que el artículo 72.1 de la Directiva 2014/24/UE admite dicha modificación sin necesidad de una nueva licitación es el de la sustitución del adjudicatario, cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio por el poder adjudicador como consecuencia de cualquiera de las siguientes tres circunstancias: una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos; la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por fin eludir la aplicación de la directiva, o la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional. Así, se afirma que:

«*Esta normativa se ha inspirado, según fue explicado, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en cuya Sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto Pressetext Nachrichtenagentur citado), se afirma que, «en general,*

debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial».

Ninguna relevancia tiene a estos efectos la diferencia terminológica entre el Derecho nacional y el europeo. El hecho de que la transmisión de la posición jurídica del contratista se articule en nuestro ordenamiento como cesión contractual, en lugar de hablar de modificación, no obsta para que se advierta la identidad conceptual con la sustitución del adjudicatario a la que se refiere el artículo 72.1.d) de la Directiva 2014/24/UE.

De los tres supuestos en que se acepta en la Directiva el reemplazo del adjudicatario durante la vigencia de la relación convencional, la segunda es tratada en el artículo 98 del anteproyecto, referido a la sucesión del contratista, mientras que la tercera no tiene cabida en el anteproyecto, en la medida en que se descarta en el artículo 213.9 una relación directa entre el poder adjudicador y los subcontratistas, que, al igual que en el TRLCSP en vigor (artículo 227.8), carecen de acción directa frente a la Administración por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. El único supuesto adicional en el que el Derecho europeo hace posible la introducción de una nueva parte contratante en sustitución del adjudicatario es aquel en el que obedece a una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos. En la medida en que, al margen de estos, el artículo 212 del anteproyecto permite la referida sustitución, carece de cobertura en la directiva que se transpone y no se compadece adecuadamente con ella, por lo que es necesario cambiar el enfoque con el que está tratada la cesión contractual. Dicho de otra forma, el precepto analizado otorga vía a una alteración subjetiva del contrato, por subrogación de un tercero en la posición jurídica del contratista, sin sujetarse a las condiciones que, para tal alteración (que afecta a uno de los términos esenciales del contrato público), prevé el artículo 72.1.d) de la Directiva 2014/24/UE».

Ello hace 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. Y para su cumplimiento recomienda que el artículo 212 comience señalando que, «al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario

conforme al artículo 272.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 273, la modificación subjetiva de los contratos solamente es posible por cesión contractual (terminología que procede mantener por coherencia con nuestras categorías jurídicas), cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos». A continuación, procederá señalar los límites y requisitos que, como mínimo, deben prever los pliegos para el ejercicio de dicha opción, todo ello en línea con lo dispuesto en el artículo 212 del texto consultado.

Corresponde, pues, al nuevo Gobierno, a la vista de lo dictaminado, «corregir» el texto para su aprobación por Consejo de Ministros y posterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación como norma legal.

VI. CONCLUSIONES

Queda descrita la situación actual y las posibles soluciones de futuro normativo en relación a la técnica de modificación de los contratos públicos. Y, como reflexiones generales podemos señalar las siguientes:

Primera. En la materia de contratación pública no puede desconocerse la indudable repercusión económica de la contratación pública (y los efectos de ineficiencia que se derivan de malas prácticas) y la necesidad de «rearmar» el modelo desde el paradigma de la integridad[183]. No en vano, el mercado de los contratos públicos, por su impacto económico, es donde existen «mayores tentaciones» y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público[184]. Y una de las principales «puertas de entrada» es la modificación

183. 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* (Dir., con M. Villoria), Atelier, Barcelona, 2016, págs. 246-300. También«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, págs. 37-105. También son de especial interés el excelente trabajo de J. M. Martínez Fernández, *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016, en especial, págs. 393-440; y las reflexiones de A. González Sanfiel, «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, págs. 31-48.

184. Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z.* Madrid, INAP, 2010. En la doctrina pueden consultarse: J. M. Gimeno Feliu, «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública»,

de contratos (y los problemas de sobrecostes, como es el reciente caso de ACUAMED).

La contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada[185]. Debe ser un instrumento principal que asegure la gestión eficiente y libre de corrupción de los contratos públicos[186]. La posibilidad de modificación de contratos, debe articularse, además, desde el paradigma de la integridad y buen gobierno[187]. Máxime cuando está en juego la protección del

Revista Española de Derecho Administrativo, 2010, núm. 147, págs. 517-535; T. Medina Arnáiz, «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 299-344; *ibidem*, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, núm. 7382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010. A. Cerrillo i Martínez, *El principio de integridad en la Contratación públic* a, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; R. Rivero Ortega, «Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana» en el libro colectivo *Corrupción y delincuencia económica* (coord. por Nicolás Rodríguez García, Eduardo A. Fabián Caparrós) 2008, Universidad Santo Tomás (USTA), págs. 169-192; y B. Ariel Rezzoagli, *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005. Resultan de interés las reflexiones de J. Vázquez Matilla, «La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública», *Observatorio de la Contratación Pública*, *http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/chk.7d9fb65e7d35bd7a933a591d1c145585*, y de A. F. Madariaga Venegas, «Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública», en obcp.es (21 de octubre de 2013).

185. La contratación pública es, en definitiva, estrategia y no mera burocracia. Y esa estrategia pública debe preservar el principio de integridad. Sobre esta visión estratégica de la contratación pública puede consultarse el libro colectivo coordinado por J. Pernas *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 y 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.

186. Los recientes casos de corrupción en España, generalmente vinculados a la contratación pública aconsejan esta visión. Fenómeno de la corrupción que no es algo nuevo ni ajeno a la práctica administrativa y política en España, si bien su dimensión cualitativa esta erosionado el sistema institucional público, lo que exige medidas contundentes de regeneración democrática que hagan del principio de integridad uno de los factores o claves del liderazgo institucional.

187. J. C. Alcalde Hernández, «La nueva normativa de contratación pública: propuestas de la IGAE para el rigor presupuestario y contra la corrupción», Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos, núm. 3.560, 2014, págs. 17-26. En este trabajo se analiza la reforma normativa de la contratación pública sobrevenida a raíz de la trasposición de las Directivas Comunitarias argumenta las propuestas que la propia Intervención del Estado plantea para cumplir sus principales objetivos, que son conseguir el mayor rigor presupuestario y luchar denodadamente contra la corrupción, lo que requiere un control eficaz y exhaustivo de los recursos públicos.

derecho fundamental a una buena administración en la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos (artículo 41 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)[188]. Por ello, un régimen «posibilista» de la modificación contractual (vinculada a la máxima del *ius variandi*), pone en cuestión los objetivos de la reforma europea y nacional.

Segunda. 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 integridad.

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 buena administración[189]. Por el contrario, una gestión transparen-

188. EL TJUE ha utilizado ya este principio relación a procedimientos de adjudicación de contratos públicos, en la STJUE de 11 de mayo de 2010, *PC-Ware Information Technologies/Comisión*, STJUE de 19 de marzo de 2010 *Europaïki Dynamiki/Comisión Europea* o STJUE de 20 de septiembre de 2011, *Evropaïki Dynamiki/BEI*. *Vid*. en este sentido, J. Ponce Solé, y O. Capdeferro Villagrasa, «El Órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del Derecho a una Buena Administración», en Bassols Coma, M. (Dir).: *Documentación Administrativa 288*: monográfico dedicado a Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, 2010, págs. 193 a 206.

189. Esta nueva visión «ética» de la contratación pública no solo corresponde a los poderes adjudicadores. El sector empresarial debe dar un paso al frente. Lo advierte C. Gómez-Jara Díez, al postular la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento «anti-corrupción» al ámbito de público, apuntando «una exigencia legal futura para la contratación pública». El autor entiende que la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa de cumplimiento «anti-corrupción» como exigencia legal. Sin duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los *compliance* programas «anti-corrupción» como exigencias legales de contratación pública», en libro colectivo *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidade*s, dirigido por Mario Garcés Sanagustín y Alberto Palomar Olmeda, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. Gómez-Jara recuerda que desde el año 2008, la Administración

te 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 y profesionalizada[190].

La aplicación de los principios de transparencia, eficiencia e integridadno se limitan a las fases de preparación y adjudicación, ya que la «eficiencia contractual» también está ligada a la obtención del fin perseguido por el contrato[191]. Estos principios –que son la filosofía de la contratación pública– son de aplicación para cualquier tipo de contrato público al margen de su importe y no es admisible una interpretación «relajada» por tal circunstancia, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral.

---

estadounidense exige a los grandes contratistas revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de denuncias, en términos de diligencia debida (*Due Diligence*) sobre conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita detectados en el seno de su empresa: «Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han dado un vuelco significativo al panorama anterior, de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas. Más aún, el hecho de que los tribunales están considerando que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuando el contratista debía estar al tanto de las mismas, constituye una falsedad documental que es perseguible por las autoridades». Parece el momento de evaluar esta propuesta en aras a la consecución efectiva del principio de integridad en la contratación pública.

190. 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.

191. *Vid.* J. M. Gimeno Feliu, *Las reformas Legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 24. En la doctrina italiana puede consultarse a G. Racca, «La concorrenza nell´esecuzione dei contratti pubblici», *Rivista Diritto Amministrativo* 2010, pág. 325. No en vano los cambios y variaciones en la ejecución suelen comportar un beneficio indebido para el contratista adjudicatario, rompiendo los principios comunitarios. Así lo afirman G. Racca, R. Cavallo y G: Albano en «Competition in the execution phase of public procurement», en la revista *Public Contract Law Journal*, vol. 41, núm. 1, 2011, pág. 89.

Tercera. Como ya hemos advertido en anteriores trabajos[192], parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una adecuada planificación y gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes[193], que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras –exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto[194]– y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto[195].

Igualmente, debe planificarse correctamente la necesidad a contratar (especialmente en el caso de infraestructuras). El Tribunal de Cuentas Eu-

192. Por todos, «La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable», en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, págs. 83-140. Publicado también en la Rivista giuridico amministrativa per il Trentino Alto Adige. Zeitschrift fur Trentino-Sudtirol uber Recht und Verwaltung, EDK editore, 4, 2013, ISSN: 1593-5701.

193. Sorprende, cuando menos, que, en los supuestos de contratos de colaboración pública privada, donde realmente existe transferencia de riesgos en la construcción, no suele darse los supuestos de modificación contractual. Y ello porque el beneficiado con este cumplimiento correcto es el propio contratista. Por todos, sobre esta ventaja del contrato de CPP en el cumplimento en fase de ejecución, me remito a T. Brunete de la Llave, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, *La Ley*, Madrid, 2009, págs. 665 y 666. En el Reino Unido se exploró ya esta modalidad contractual a través de los *Project Finance Iniciative* (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión de sector privado y donde el criterio rector de estas PFI es el «*Value for Money*» en tanto parámetro de eficiencia. Al respecto resulta de interés el estudio de J. De la Cruz Ferrer, «Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido», *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* núms. 2 y 3, 2000, págs. 471-486 así como el trabajo de E. Nieto Garrido, «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido», *RAP* núm. 164, 2004, págs. 389-406.

194. Como bien proponía R. Castañeda Sánchez en su trabajo Reflexiones sobre la supervisión de proyectos: ¿cuándo y cómo la supervisión de proyectos?». *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, Número 3443, 2004, págs. 19-30.

195. La cuestión de la responsabilidad del autor del proyecto es un elemento clave para regular esta problemática. Así lo habían entendido ya en el Derecho Romano. Como indica J. M. De la Peña Olivas, ya antes de Cristo, debían ser corrientes los modificados de obra. Según Vitrubio, que fue arquitecto de Julio César, en Éfeso existía una ley por la que se obligaba al arquitecto cuando se le encargaba dirigir una obra pública, a fijar el coste máximo y, fijada esta cantidad quedaban hipotecados todos sus bienes ante el magistrado hasta que la obra estuviera totalmente terminada. Acabada esta, si el coste había respondido a lo estipulado, quedaba el arquitecto libre y era premiado con decretos honoríficos; en caso contrario, si el exceso no sobrepasaba el 25 %, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto no quedaba sometido a pena alguna, mientras que el exceso del 25 % se abonaba con cargo a los bienes del arquitecto. «Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano (Nuevos Elementos de Ingeniería Romana)», III Congreso de las Obras Públicas Romanas. Astorga 2006, Junta de Castilla y León, Colegio de Ingenieros T. de O. P, pág. 354.

ropeo, en su Informe anual sobre el presupuesto de la Unión Europea Informe de 10 de noviembre de 2015, ha indicado que es necesario un nuevo enfoque de las inversiones de la UE, e insiste el que los responsables políticos de la UE deben ajustar más estrechamente el presupuesto a las prioridades estratégicas de la Unión a largo plazo y aumentar su capacidad de respuesta ante las crisis. Además, insisten en que los legisladores europeos deben asegurarse de que los regímenes de gastos fijen claramente los resultados perseguidos y los riesgos asumibles. Por su parte, los gestores financieros deben asegurarse de que el dinero se gaste conforme a las normas establecidas y alcance los resultados que con él se pretende conseguir[196].

Además, en el diseño del pliego, como ha indicado J. Colas, es obvio que no sirven las tradicionales «*cláusulas de estilo*», que pueblan y anidan en los pliegos de las entidades del sector público, para dar por cumplido el requerimiento de previsión que el precepto exige. Se exige rigor, no improvisación, objetividad, no mero parecer; y posibilidad de verificación, no adivinación o intuición[197].

Cuarto. Es necesario que la solución jurídica que se adopte resulte indiferente de la cuantía del contrato y de la naturaleza del poder adjudicador. No puede olvidarse que esta dualidad puede resultar contraria a

196. Sirva de ejemplo las conclusiones del Informe Especial n.º 21/2014: Infraestructuras aeroportuarias financiadas por la UE, que pone de relieve su escasa rentabilidad. El Tribunal examinó veinte aeropuertos en cinco Estados miembros y constató que, en muchos casos, la financiación de la UE se concede a aeropuertos muy próximos entre sí: en trece aeropuertos existen solapamientos significativos entres las zonas de influencia de aeropuertos vecinos, que dieron lugar a poca rentabilidad, al tamaño excesivo de las infraestructuras financiadas por la UE y a excesos de capacidad. El Tribunal observó asimismo que la financiación de la UE no era rentable y que siete de los veinte aeropuertos examinados tampoco lo eran, por lo que existe el riesgo de que tengan que cerrar si no reciben ayudas públicas continuas. Respecto a infraestructuras inútiles y estructuras sobredimensionadas, la UE pone como ejemplo Fuerteventura, que recibió 21 millones de fondos europeos para triplicar el número de puertas de embarque (de 10 a 24) y su superficie (de 34.000 a 93.000 metros cuadrados). El Tribunal de cuentas concluye que pocos de los aeropuertos estudiados tienen «valor económico real», que son «demasiados» y que fueron financiados con desmesura. Augura además que la mayoría de ellos, particularmente en España, deberían cerrar en 2035 por falta de pasaje. Además, considera que cinco de los ocho aeropuertos estudiados (Córdoba, Burgos, Badajoz, La Palma y Vigo) no son viables y que, a excepción –obvia, por otra parte– del Barajas, ninguna de las instalaciones tuvo un impacto positivo en la economía de la región. Las conclusiones, por sí, revelan la ineficiencia de la programación de infraestructuras (muchas de ellas, además, con modificaciones en la ejecución).

197. J. Colas Tenas, «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible», ob. cit., pág. 269.

los principios europeos de la contratación pública, que se aplican a todo contrato público al margen de su importe, como bien advierte el considerando 1 de la Directiva 2014/24, de contratación pública. La Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, C 179/02, ya 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 imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia*)»[198]. 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 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 (frente a la extensión del recurso especial), que funcionan en la práctica como una consecuencia más del principio de autotutela de la administración[199]. Ni

198. 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.

199. 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

con la opción de permitir la modificación libre a poderes adjudicadores no administración pública en contratos no armonizados. Y es que en modo alguno pueden admitirse, bajo ningún tipo de argumentación jurídica, que resulten posibles escenarios donde existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos de reglas en función su umbral.

Quinto. Son tiempos de necesarios cambios. El nuevo marco regulatorio de la Unión debe ser una oportunidad para acotar las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos y repensar tanto cómo articular una nueva normativa de contratos que satisfaga los intereses públicos con respeto a los principios de igualdad de trato, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas, además de repensar cual debe ser la «mejor» organización administrativa[200]. De un modelo burocrático a un modelo de «contratación abierta»[201]. 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 pública[202]. La profesiona-

seguridad jurídica establecida a escala nacional. Por todos, me remito a mi monografía *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.

200. Como ha destacado A. Cerrillo («Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local», *Anuario de Derecho local* 2011, IDP, Barcelona, 2012, págs. 277 y ss)., el diseño normativo de adecuadas estructuras organizativas, debidos procedimientos de toma de decisión y mecanismos de refuerzo de la transparencia administrativa son las vacunas frente a la corrupción pública. Y el escenario de los contratos públicos es especialmente idóneo para medidas profilácticas de este tipo. Muy elocuente sobre esta visión relativa a la organización como obstáculo, el trabajo de F. Frachia, «L´amministrazione come ostacolo», en *Rivista Il diritto dell´economia*, vol. 26, n. 81 (2-2013), págs. 357-393. Como advierte con carácter general, pero claramente aplicable a la contratación pública, sin transparencia ni concurrencia, con regímenes excepcionales, se pone en peligro la democracia.

201. Como bien ha denominado A. Sanmartín Mora, en su colaboración «Contratación abierta», (publicada en *www.obcp.es*)., y que define como una contratación transparente en todo tipo de contrato y en todas sus fases, con especial interés en los rendimientos del contrato y que tiene por destinatario a todos los ciudadanos. La Guía sobre Gobierno Abierto, elaborada en 2013 por el Instituto del Banco Mundial para la asociación internacional *Open Contracting Parnership*, contiene pautas para lograr un sistema de Contratación Abierta, que ha de garantizar procesos de contratación transparentes y justos y crear mecanismos activos de participación ciudadana y «reparación» de la contratación pública.

202. A. Sanmartín Mora, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos* 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012., págs. 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 A. García Jiménez «Gestión

lización 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 la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)[203].

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

En definitiva, es necesaria una nueva gobernanza de la contratación pública –donde la ejecución y modificación se presenta como elemento clave– desde la óptica de la transparencia, que debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática (y de ejemplaridad y ética pública)[204], que permitan asentar nuestro sistema institucional público[205]. Por ello, el control de la modificación contractual debe analizarse y diseñarse desde esta óptica[206]. Y el régimen que se aplique debe ser uni-

profesional de las licitaciones públicas: propuestas para la nueva Ley de contratos del Sector Público», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2015, págs. 37-50.

203. J. M Gimeno Feliu, «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, págs. 37-105.

204. 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.

205. 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*..., ob. cit., en especial, págs. 39-60.

206. Es momento también para actualizar los conceptos y pilares sobre los que se diseñó el modelo institucional del contrato administrativo en España, donde la idea basilar de las «prerrogativas administrativas» cede a favor de un modelo de igualdad de trato, eficiencia e integridad en la gestión de los fondos públicos. Idea que expone con claridad el trabajo de J. L. Meilán Gil, «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», RAP núm. 191, 2013, págs. 11 y ss. Esta necesidad de actualización es evidente en los temas de los modificados con-

forme con indiferencia del importe y de sujeto contratante. Otra opción supondrá un claro «retroceso» jurídico y pondrá en riesgo la esencia de la propia vocación de la gestión pública, que es satisfacer de la mejor manera el interés público[207].

tractuales (pág. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado, por un derecho exorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de Ariño Ortiz, «El enigma del contrato administrativo», *RAP* núm. 172, 2007, págs. 79-102) parece resolverse hacia una regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia.

207. 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/Bilbao Alexiades (coord)., Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, pág. 154.

Capítulo 2

La destacada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos en el año 2015

José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL MARCO DEL EFECTO DIRECTO DE LA DIRECTIVA 2014/24. II. DOCTRINA DEL TJUE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL AÑO 2015. 1. *Los tribunales administrativos de recursos contractuales tienen el carácter de órganos jurisdiccionales a efectos del derecho de la Unión Europea*. 2. *Lucha contra la corrupción en la contratación pública: conflicto de intereses y protocolo de legalidad*. 3. *Cualificación del personal encargado de la ejecución del contrato como criterio de adjudicación del contrato*. 4. *Aplicación de los principios generales a los contratos no sujetos a las directivas europeas*. 5. *Tasas por la interposición de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en materia de contratos públicos*. 6. *Finalización de contrato de gestión de servicios públicos y obligación de hacerse cargo de los trabajadores*. 7. *Indemnización de daños y perjuicios por infracción de la normativa en materia de contratos públicos*. 8. *Obligación de motivación de la adjudicación del contrato*. 9. *Exigencia de prestación de servicios de salud en un municipio concreto contraria al principio de igualdad*.

I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL MARCO DEL EFECTO DIRECTO DE LA DIRECTIVA 2014/24

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha jugado un decisivo papel en el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública[1] y su influencia sigue siendo clave en el momento actual en el que empiezan a aplicarse las disposiciones del recientemente aprobado paquete legislativo de la Unión en la materia, que además van a surgir efecto directo ante la falta de trasposición en plazo de las nuevas directivas no solo en España sino en la mayoría de los Estados de la Unión[2].

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, destaca en sus dos primeros considerandos la vinculación de la norma a la «reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública», así como la obligación establecida por el TJUE de respeto de los principios del TFUE y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

También la novedosa Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sin antecedentes en el Derecho de la Unión Europea[3], reco-

1. Véase Gimeno Feliu, J. M., «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», *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 23 y ss.; Chinchilla Marín, C.: «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas», *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 33 y ss. y Sánchez Morón, M., «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación», *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 81 y ss.
2. En relación con el proceso de trasposición de las Directivas 2014/23, 24 y 25, puede verse la base de datos CELEX de la UE, que pone de manifiesto que a fecha de consulta 15 de marzo de 2015 solo cuatro países habían adoptado normas internas para incorporar el nuevo Derecho de la Unión Europea, a saber, Reino Unido, Dinamarca, Portugal y Francia: *http://eur-lex.europa.eu/search.html?DB_CELEX_OTHER=32014l0024*&qid=1457982852895&DTS_DOM=NATIONAL_LAW&type=advanced&lang=es&SUBDOM_INIT=MNE&DTS_SUBDOM=MNE*.
3. Hernández González, F., «La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», *Las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 171 y ss.

noce en su considerando 4 que «la adjudicación de concesiones de obras públicas se rige en la actualidad por las normas básicas de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, mientras que la de concesiones de servicios de interés transfronterizo está sometida a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en particular los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, tales como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia. Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión» y subraya que «es necesario que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión al objeto de eliminar las perturbaciones persistentes que se producen en el mercado interior. De este modo aumentaría también la eficiencia del gasto público, se facilitaría la igualdad de acceso y la participación equitativa de las PYME en la adjudicación de los contratos de concesión, tanto a escala local como de la Unión, y se apoyaría la realización de objetivos sostenibles de interés público».

Por su parte, la Directiva 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, señala en su considerando 2 que «a fin de garantizar la apertura a la competencia de la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, es conveniente elaborar disposiciones de coordinación de la contratación aplicables a los procedimientos para contratos por importes superiores a una determinada cantidad. Esta coordinación es necesaria para garantizar el efecto de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. La coordinación de los procedimientos de contratación a nivel de la Unión, habida cuenta de la naturaleza de los sectores a los que afecta, y respetando la

aplicación de estos principios, debe crear un marco para el desarrollo de prácticas comerciales leales y permitir la máxima flexibilidad».

En su considerando 3, la norma también recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la correcta aplicación de las normas y principios del TFUE en lo relativo a «los procedimientos de contratación de un valor inferior a los umbrales que hacen necesaria la aplicación de las disposiciones sobre coordinación de la Unión».

Las Directivas 23, 24 y 25 de 2014 debían ser traspuestas a los ordenamientos jurídicos nacionales antes del 16 de abril de 2016[4]. Finalizado el plazo de trasposición del que disponían los Estados miembros de la Unión, las previsiones de las mismas de carácter imperativo resultaran de aplicación inmediata en virtud del principio del efecto directo del Derecho europeo[5], que permite a los particulares invocar directamente el Derecho europeo ante los tribunales, independientemente de que existan normas en el Derecho nacional[6].

De acuerdo con la doctrina del TJUE, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva resulten, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando este no adapte el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una transposición incorrecta de esta[7].

Una disposición del Derecho de la Unión es incondicional cuando establece una obligación que no está sujeta a ningún requisito ni supeditada,

4. Martín Lizarraga, M. M., «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *RAP* n.º 196 (2015), págs. 97 y ss.
5. El principio fue reconocido por el TJUE en su clásica sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62.
   Acerca del mismo y su aplicación a la Directiva 2014/24 resulta de interés el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente).
6. Puesto que el destinatario de una directiva es el Estado miembro al que imponga una obligación, en principio no genera derechos y obligaciones para los particulares. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, este principio general solo sufre una excepción cuando el Estado miembro no haya satisfecho la obligación que le incumbe de adaptar el Derecho nacional a la directiva, o lo haya hecho incorrectamente. Así lo ha afirmado reiteradamente el Tribunal de Justicia, ver, por todas, la sentencia Marshall, de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84 y la sentencia de 6 de mayo de 1980, Comisión contra el Reino de Bélgica, asunto 102/79.
7. Véanse las sentencias del TJUE Pfeiffer y otros, asuntos C-397/01 a C-403/01, apartado 103, y Association de médiation sociale, asunto C-176/12, apartado 31.

en su ejecución o en sus efectos, a que se adopte ningún acto de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros[8].

En relación con la aplicación de la Directiva 2014/24, el Informe 3/2015 de la Abogacía General del Estado destaca que dado que el plazo de transposición de una directiva impone obligaciones de carácter positivo a los Estados destinatarios, que una vez que ha entrado en vigor una directiva y durante su plazo de transposición los Estados miembros deben abstenerse de realizar actuaciones que comprometan el resultado previsto por esa nueva norma de Unión Europea, que estos han de adoptar las medidas necesarias para alcanzar ese resultado, «lo razonable es entender que, habiendo entrado en vigor la Directiva 2014/24/UE y aunque esté pendiente de transposición, es jurídicamente admisible aplicar las previsiones contenidas en su artículo 12, especialmente cuando, como acontece en el caso que se examina y según lo dicho, el régimen dispuesto en ese precepto es un régimen muy detallado que no hace necesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional para posibilitar su efectiva aplicación y cuando, como se ha razonado, la aplicación del repetido precepto no causa perjuicio a terceros» (páginas 9 y 10).

El citado Informe analiza en concreto el artículo 12 de la Directiva («contratos públicos entre entidades del sector público»), que regula las encomiendas de gestión horizontales y admite que un ente del sector público sea medio propio y servicio técnico no solo del poder adjudicador que le controla, sino también de otra entidad controlada por el mismo poder adjudicador.

Sin embargo, hay otros preceptos de la Directiva 2014/24 cuya transposición se deja a la elección de los Estados miembros, por lo que permiten o no su incorporación al ordenamiento nacional (lo que ocurre por ejemplo con lo dispuesto en los artículos 19, 20, 22, 26, 27, 32, 36 y 37).

Por otra parte, y como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que deba aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión Europea[9].

Si tal interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que este confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en

8. Véase, en este sentido, la sentencia Pohl-Boskamp, asunto C-317/05, apartado 41.
9. Véanse las sentencias de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91, Rec. p. I-4661, apartado 34, y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, apartado 39.

su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho de la Unión[10].

En el proceso de elaboración y aprobación de la nueva ley que trasponga al ordenamiento jurídico español tanto las muy desarrolladas normas sobre contratación pública recogidas por las directivas de 2014 como la jurisprudencia del TJUE[11], el principio de interpretación conforme está llamado a desarrollar un decisivo papel para la aplicación de las numerosas instituciones y conceptos jurídicos indeterminados de la legislación española basados en el derecho europeo.

En este sentido, debe tenerse en cuenta el acervo comunitario europeo relativo al ámbito subjetivo y el concepto clave de poder adjudicador, a la división del contrato en lotes, a las prohibiciones para contratar, a los criterios de adjudicación, a los modificados contractuales, a los encargos a medios propios o al riesgo operacional.

Por ello, merece una valoración positiva el que el anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el 17 de abril de 2015, cite en cada uno de los preceptos de la norma los artículos y considerandos de las directivas de contratación pública que traspone o que tienen incidencia en su regulación.

En fin, un buen ejemplo de interpretación del TRLCSP conforme a las directivas comunitarias de contratación pública y a la jurisprudencia del TJUE se puede encontrar en el Informe 7/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de poder adjudicador de la Feria de Zaragoza.

El citado Informe acoge la argumentación del Tribunal de Cuentas en su Informe 1028/2014, de fiscalización para el análisis de la adecuación de los procedimientos de contratación aplicados por empresas estatales no financieras al marco legal establecido a partir de la entrada en vigor del TRLCSP, que a su vez se apoya en la jurisprudencia comunitaria que entiende que existe un interés general no mercantil o industrial cuando la actividad que desarrolla la entidad pública no se pueda dejar de ejercer,

10. Véanse, en particular, las sentencias de 5 de marzo de 1998, Solred, C-347/96, Rec. p. I-937, apartado 30, y Engelbrecht, antes citada, apartado 40.

11. Gimeno Feliu, J. M., «El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho "pretoriano"...», *op. cit.*, págs. 19 y ss.

independientemente de que esta obtenga beneficios o perdidas en el ejercicio de su actividad[12].

II. DOCTRINA DEL TJUE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL AÑO 2015

Serán objeto de análisis a continuación algunos de los más destacados pronunciamientos del máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública en el año 2015[13]. Varios de ellos se originaron en cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles como el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (sentencia del TJUE, Sala sexta, de 26 de noviembre de 2015, asunto C-509/14), el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 6 de Bilbao (sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-552/13) y el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (sentencia del TJUE, Gran Sala, de 6 de octubre de 2015, en el asunto C-203/14).

1. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES TIENEN EL CARÁCTER DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES A EFECTOS DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, en el asunto C-203/14, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada, en virtud del artículo 267 TFUE, por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se pronuncia en su fallo en primer lugar sobre si el mismo tiene el carácter de «órgano jurisdiccional»[14].

La cuestión prejudicial fue planteada en el contexto de un litigio entre el Consorci Sanitari del Maresme y la Corporació de Salut del Maresme i la Selva en el que se cuestionaba una resolución por la que se denegó al Consorci la autorización para participar en un procedimiento de licitación para la adjudicación de servicios de resonancia magnética destinados a los centros de atención médica gestionados por la Corporació. El objeto de la petición de decisión prejudicial era la interpretación de los artículos

12. Puede verse al respecto la STJUE de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01, Korhonen.
13. Estos asuntos han sido objeto de comentarios en las crónicas de jurisprudencia sobre contratación pública que, junto a mis compañeros Gallego Córcoles, Puerta Seguido y Punzón Moraleda, hemos publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 171 (2015), págs. 102 y ss.; y 173 (2015), págs. 116 y ss.
14. Realiza un completo comentario de la sentencia Díez Sastre, S., «¿Los tribunales de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales?», *http://cija-uam.org/author/silvia/*, fecha de consulta 2 de marzo de 2016.

1, apartado 8, y 52 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Se trata de una cuestión que para la jurisprudencia del Tribunal de Justicia depende únicamente del Derecho de la Unión y para cuya valoración el TJUE tiene en cuenta un conjunto de circunstancias, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia[15].

En su sentencia de 6 de octubre de 2015 el TJUE pone de relieve que, aunque el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público se considere en Derecho español un órgano administrativo, tal hecho no resulta, en sí, decisivo a efectos de esta apreciación. En primer término, por lo que respecta a los criterios referentes al origen legal del órgano, a su permanencia, al carácter contradictorio del procedimiento y a la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, entiende el Tribunal de Justicia que no hay dato alguno que permita poner en entredicho el carácter de órgano jurisdiccional del Tribunal Catalán, en el sentido del artículo 267 TFUE.

Por lo que se refiere al criterio de la independencia, se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia que el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público tiene la condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal (véanse las sentencias Corbiau, C-24/92, EU:C:1993:118, apartado 15, y Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 49). En este contexto, considera el TJUE que es evidente que dicho Tribunal ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno, estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de juicio de sus miembros[16].

Resulta pacífico para el TJUE, además, que dicho Tribunal ejerce sus funciones con total respeto de la objetividad y de la imparcialidad frente a las partes en litigio y a sus respectivos intereses en relación con el objeto del litigio. Por otra parte, con arreglo al artículo 8, apartado 4, del Decreto 221/2013 de la Generalidad de Cataluña, los miembros de ese órgano son inamovibles, y solo pueden ser cesados por alguna de las causas expresa-

15. Véanse las sentencias del TJUE Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39, y Umweltanwalt von Kärnten, C-205/08, EU:C:2009:767, apartado 35 y la jurisprudencia que allí citan.

16. Sentencia Torresi, C-58/13 y C-59/13, EU:C:2014:2088, apartado 22.

mente enumeradas en esa disposición[17]. Por lo tanto, el órgano remitente cumple el criterio de independencia.

Por último, en lo que respecta al carácter obligatorio de la jurisdicción del órgano remitente, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 267 TFUE, el TJUE destaca que, según dispone el artículo 40, apartado 6, del TRLCSP, la competencia del órgano remitente tiene carácter potestativo. Así, quien interpone un recurso en materia de contratación puede optar entre el recurso especial ante el órgano remitente y el recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, procede recordar a este respecto, por una parte, que las resoluciones del órgano remitente, cuya competencia no depende de un acuerdo entre las partes, son vinculantes para estas últimas[18].

Por otra parte, como el Gobierno español precisó en el proceso judicial ante el TJUE, en la práctica, los licitadores en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no recurren por lo general a la posibilidad de interponer directamente recurso contencioso-administrativo, sin haber presentado previamente ante los tribunales administrativos un recurso especial como el que se examina en el litigio principal. Esencialmente, los tribunales contencioso-administrativos intervienen pues, por regla general, como segunda instancia, de modo que la tarea de velar por el respeto del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos en la Comunidad Autónoma de Cataluña incumbe en primer término al Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. Dadas estas circunstancias, entiende el TJUE que el Tribunal Catalán cumple igualmente el criterio del carácter obligatorio de su jurisdicción.

2. LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CONFLICTO DE INTERESES Y PROTOCOLO DE LEGALIDAD

Una de las grandes preocupaciones actuales del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública es la lucha contra la corrupción[19]. La corrupción genera pérdidas en la economía de la UE por valor de unos 120.000 millones de euros al año –1 % del PIB europeo–, como

17. Véanse las sentencias Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartados 52 y 53, y TDC, C-222/13, EU:2014:2265, apartados 31 y 32.

18. Puede verse al respeto el auto Merck Canadá, C-555/13, EU:C:2014:92, apartado 18 y la jurisprudencia citada en el mismo, así como la sentencia Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754, apartado 28.

19. Véase Gimeno Feliu, J. M., «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», *La corrupción en Es-*

destacan la Comunicación de la Comisión «Lucha contra la corrupción en la UE»[20] y el Informe sobre la corrupción en la Unión Europea de 2014[21].

La importancia económica, política y social de la contratación pública[22], los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de este sector un ámbito peligrosamente expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción.

La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública plantea diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública y regula así los conflictos de intereses, las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas, las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia.

La nueva norma europea prevé medidas para prevenir los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, que, aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores. En el artículo 24 entiende por «intereses particulares» en un contrato público el interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

También se establecen medidas contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento. Estas actividades ilícitas infringen los principios básicos de la Unión Europea y pueden dar lugar a graves falseamientos de la competencia[23].

---

paña: ámbitos, causas y remedios jurídicos (Directores Gimeno Feliu, J. M.; Villoria Mendieta, M. y Tejedor Bielsa, J)., Atelier, Barcelona, 2016, págs. 247 y ss.

20. Documento COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3.
21. El texto completo del informe puede encontrarse en la dirección *http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm* (fecha de consulta 9 de marzo de 2016).
22. Véase Alonso García, C., «La consideración de la variable ambiental en la contratación
pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE», La Ley Unión Europea, n.º 26 (2015), págs. 5 y ss.
23. González Sanfiel, A. M., «La integridad en la contratación pública: ¿Un principio con sustantividad propia?», *El impacto de la crisis económica en la contratación pública*

La Directiva 2014/24 recoge también los impedimentos a la adjudicación, cuya concurrencia obliga a los poderes adjudicadores a no adjudicar el contrato al licitador que presente la mejor oferta. El apartado 6 del artículo 57 de la Directiva 2014/24 prevé que los licitadores pongan en práctica medidas de self-cleaning al establecer que «todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación».

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de marzo de 2015, en el asunto C-538/13 (EU:C:2015:166), se resuelve una cuestión prejudicial en la que se analizan las reglas aplicables y las posibles consecuencias conforme al Derecho europeo de la contratación pública de que un licitador tenga conocimiento de un eventual vínculo significativo entre otro licitador y los expertos del poder adjudicador que han evaluado las ofertas y/o tenga conocimiento de la eventual situación excepcional de dicho licitador a raíz de su participación en los trabajos preparatorios realizados previamente al procedimiento de licitación controvertido, sin que el poder adjudicador haya adoptado ninguna medida en relación con estas circunstancias.

Para el TJUE, un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho, por lo que puede infringir el artículo 2 de la Directiva 2004/18 que establece los principios generales de la contratación pública.

A este respecto, entiende el Tribunal que el hecho de que el poder adjudicador haya nombrado expertos que actúan bajo su mandato para evaluar las ofertas presentadas no le exime de su responsabilidad de respetar las exigencias del Derecho de la Unión[24]. Para declarar la parcialidad de un experto es necesario valorar los hechos y las pruebas, valoración que forma parte de la competencia de los poderes adjudicadores y de las autoridades de control administrativas o judiciales. Ni la Directiva 89/665 ni la Directiva 2004/18 contienen disposiciones específicas a este respecto. Según reiterada jurisprudencia, ante la inexistencia de una normativa de

(Director Hernández González, F. I)., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 31 y ss.

24. Véase, en este sentido, la sentencia SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 23.

la Unión en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. La regulación procesal de estos recursos, sin embargo, no debe ser menos favorable que la referente a los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)[25].

En particular, la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras no debe privar de efecto útil a la Directiva 89/665[26].

Para el TJUE, los principios de equivalencia y efectividad no se oponen, por regla general, a que en los Estados miembros pueda declararse la parcialidad de un experto sobre la única base de una situación objetiva con el fin de prevenir cualquier riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato de que se trata que puedan, por ese mero hecho, dar preferencia a un licitador concreto.

De conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2004/18, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. Y entiende el Tribunal que resulta incompatible con ese papel activo hacer recaer sobre la demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, la parcialidad concreta de los expertos nombrados por el poder adjudicador. Una solución en ese sentido resulta también contraria al principio de efectividad y a la exigencia de un recurso eficaz que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, dado que un licitador no está, por regla general, en condiciones de tener acceso a información y a elementos de prueba que le permitan demostrar una parcialidad de ese tipo.

De este modo, si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstan-

25. Véase la sentencia Club Hotel Loutraki y otros, C-145/08 y C-149/08, EU:C:2010:247, apartado 74 y la jurisprudencia que cita.
26. Sentencia Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, apartado 27.

cias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba. Elementos como los alegados en el litigio principal en relación con los vínculos entre los expertos nombrados por el poder adjudicador y los especialistas de las empresas adjudicatarias del contrato, en particular la circunstancia de que esas personas trabajen juntas en la misma universidad, pertenezcan al mismo grupo de investigaciones o tengan vínculos de subordinación en el seno de esa universidad, si se acredita debidamente, constituyen para el Tribunal «elementos objetivos que deben dar lugar a un examen pormenorizado por parte del poder adjudicador o, en su caso, por parte de las autoridades de control administrativas o judiciales».

En definitiva, el TJUE recuerda en su sentencia su consolidada jurisprudencia sobre el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en un contrato público, obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores[27]. La obligación de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador respecto de determinados licitadores o de determinadas ofertas[28].

Por otra parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015, asunto C-425/14, Impresa Edilux y SICEF (EU:C:2015: 721), analiza un protocolo de legalidad exigido en el ordenamiento jurídico italiano con el fin de prevenir y luchar contra el fenómeno de las infiltraciones de la delincuencia organizada, sobre todo en el sector de las obras públicas.

La cuestión prejudicial planteada al TJUE versaba sobre si las normas fundamentales y los principios generales del Tratado, en particular los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia que de ellos se deriva, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición del Derecho italiano en virtud de la cual un poder adjudicador puede establecer que un candidato o licitador que-

27. Véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 110, y Cartiera dell´Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44.

28. Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada, apartado 111.

dará excluido del procedimiento de licitación de un contrato público si no presenta, junto con su oferta, una aceptación por escrito de los compromisos y declaraciones contenidos en un protocolo de legalidad, como el que se discute en el litigio principal, cuyo objetivo es luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada en el sector de los contratos públicos.

En su sentencia de 22 de octubre de 2015, el TJUE hace constar que, al oponerse la actividad delictiva y a las distorsiones de la competencia en el sector de los contratos públicos, una medida consistente en obligar a declarar que se acepta este tipo de protocolo de legalidad parece adecuada para reforzar la igualdad de trato y la transparencia en la adjudicación de los contratos. Además, como esa obligación recae sin distinción sobre todos los candidatos o licitadores, no vulnera el principio de no discriminación. Sin embargo, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, tal medida no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido[29].

A este respecto, en primer lugar, el TJUE rechaza la argumentación de Edilux y de SICEF según la cual una declaración por la que se aceptan ciertos compromisos constituye un medio ineficaz para luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada, dado que el respeto de esos compromisos solo podrá comprobarse tras la adjudicación del contrato de que se trate. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente precisó que, para ser obligatorias, las cláusulas de los protocolos de legalidad deben ser previamente aceptadas como requisitos para la admisión en el procedimiento de adjudicación del contrato y que, si solo fuera susceptible de sanción el incumplimiento de estas cláusulas en la fase de ejecución del contrato, desaparecería el efecto de anticipar al máximo el nivel de protección y de disuasión. Dadas estas circunstancias, y habida cuenta el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, el Tribunal europeo no considera que vaya más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos la obligación de declarar que se aceptan los compromisos recogidos en un protocolo de legalidad desde el inicio de la participación en una licitación para la adjudicación de un contrato público.

Por lo que respecta al contenido del protocolo de legalidad que se discute en el litigio, los compromisos que los candidatos o licitadores deben asumir en virtud del mismo, recogidos en las letras a) a d) de dicho protocolo, consisten, esencialmente, en informar del grado de avance de las obras y del objeto, del importe y de la titularidad de las subcontratas y contratos derivados, así como del procedimiento de selección de los con-

29. Véase, en este sentido, la sentencia Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, apartado 33 y la jurisprudencia que cita.

tratistas, en comunicar cualquier tentativa de perturbación, irregularidad o distorsión observada en el procedimiento de licitación o durante la ejecución del contrato, en cooperar con las fuerzas del orden, denunciando cualquier tentativa de extorsión, intimidación o condicionamiento de carácter delictivo, y en incluir estas mismas cláusulas en las subcontratas. El contenido de estos compromisos coincide con el de las declaraciones recogidas en las letras h) a j) de este protocolo. En lo que respecta a la declaración que figura en la letra g) del protocolo de legalidad, en la que el participante en la licitación declara que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en el procedimiento de licitación para limitar o eludir la competencia, su objetivo consiste simplemente en proteger los principios de competencia y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Tales compromisos y declaraciones se refieren al comportamiento leal del candidato o licitador en sus relaciones con el poder adjudicador y a su cooperación con las fuerzas del orden. Así pues, para el TJUE no van más allá de lo necesario para luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada el sector de los contratos públicos.

Sin embargo, la letra e) del protocolo de legalidad que se discute en el litigio principal incluye una declaración en la que el participante en la licitación afirma no encontrarse en una situación de control o de asociación con respecto a otros competidores. Ahora bien, para el TJUE, se deduce de su jurisprudencia que la exclusión automática de los candidatos o licitadores que mantengan una relación de este tipo con otros candidatos o licitadores va más allá de lo necesario para prevenir los comportamientos colusorios y garantizar, por tanto, la aplicación del principio de igualdad de trato y el cumplimiento de la obligación de transparencia. En efecto, tal exclusión automática conlleva una presunción iuris et de iure de interferencia recíproca en las ofertas presentadas para un mismo contrato público por empresas vinculadas por una relación de control o de asociación. Excluye así la posibilidad de que estos candidatos o licitadores demuestren la independencia de sus ofertas y, por tanto, es contraria al interés de la Unión de garantizar que la participación de los licitadores en la licitación sea lo más amplia posible[30]. De ello deduce el TJUE que viola el principio de proporcionalidad la obligación de cada participante en una licitación de declarar, por una parte, que no se encuentra en una situación de control o de asociación con respecto a otros competidores y, por otra parte, que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros

30. Véanse, en este sentido, las sentencias Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, apartados 28 a 30, y Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, apartados 39 y 40.

participantes en el procedimiento de licitación, con la consecuencia de que, de no existir tal declaración, quedará automáticamente excluido de dicho procedimiento.

3. CUALIFICACIÓN DEL PERSONAL ENCARGADO DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

En la sentencia de 26 de marzo de 2015, en el asunto C-601/13 (EU:C:2015:204), el TJUE admite que si se cumplen las condiciones que señala y ya había fijado en su jurisprudencia anterior (sentencia Lianakis y otros, asunto C-532/06, EU:C:2008:40), en un contrato de prestaciones intelectuales se puede tener en cuenta la experiencia profesional y formación de los miembros de un equipo de personas como aspecto determinante para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad debe ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18, que entró en vigor con posterioridad a la fecha de los hechos del litigio resuelto por el TJUE, por lo que no es aplicable al asunto, establece en su artículo 67.2.b que la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador «se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo: (...) b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato».

En su sentencia de 26 de marzo de 2015, el TJUE subraya que el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 establece que la oferta económicamente más ventajosa» debe ser identificada «desde el punto de vista del poder adjudicador» y, por lo tanto, confiere a dicho poder adjudicador un margen de apreciación mayor y dado que el contrato debe ser adjudicado al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, procede determinar la oferta que «presenta la mejor relación calidad/precio», lo que puede reforzar el peso de la calidad en los criterios de adjudicación de los contratos públicos.

Asimismo, el Tribunal añade que los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar para determinar la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 53, apartado 1, de la Directiva 2004/18. Así pues, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Sin embargo, tal elección solo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa[31]. A tal efecto, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 impone expresamente que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato (véase la sentencia Comisión/Países Bajos, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 86).

La calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación. Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere, como en el caso de autos, a servicios de formación y consultoría. Entiende así el TJUE que cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18. Por consiguiente, la citada calidad puede figurar como criterio de adjudicación en el anunció de licitación o en el pliego de condiciones de que se trate.

4. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES A LOS CONTRATOS NO SUJETOS A LAS DIRECTIVAS EUROPEAS

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de abril de 2015, en el asunto C-278/14, analiza la aplicabilidad a un contrato público de suministro de valor inferior a los umbrales establecidos por las directivas de contratos públicos de los principios generales establecidos por la jurisprudencia del TJUE.

A pesar de la no vigencia para el contrato en cuestión de los procedimientos especiales y rigurosos establecidos por las directivas de la Unión Europea[32], el Tribunal recuerda el necesario respeto de los principios ge-

31. Véase, en este sentido, la sentencia Lianakis y otros, C-532/06, EU:C:2008:40, apartados 28 y 29, y la jurisprudencia citada en la misma.

32. Sentencia SECAP y Santorso, C-147/06 y C-148/06, EU:C:2008:277, apartado 19 así como la jurisprudencia citada.

nerales de la contratación pública si el contrato presenta un interés transfronterizo.

En este sentido, la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de las directivas sobre contratos está sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado de Funcionamiento de la UE, en concreto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un interés transfronterizo cierto habida cuenta de ciertos criterios objetivos[33].

Hay que recordar en este sentido la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública[34], 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.

Del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia se desprende que este último debe poder hallar en una petición de decisión prejudicial una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones, así como de la relación que existe, en particular, entre tales datos y las cuestiones. Por consiguiente, para el TJUE la comprobación de los elementos necesarios que permitan verificar la existencia de un interés transfronterizo cierto, así como, en general, el conjunto de comprobaciones que incumbe realizar a los órganos jurisdiccionales nacionales y de las que depende la aplicabilidad de un acto de Derecho derivado o del Derecho primario de la Unión, deberían efectuarse con carácter previo a la remisión al Tribunal de Justicia (véase la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 47).

En el caso de autos, pese al escaso valor del contrato y a la falta de explicaciones por parte del órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal constata que el contrato podría presentar un interés transfronterizo cierto, habida cuenta de los elementos fácticos del litigio principal, en particular, del hecho de que dicho contrato tiene por objeto el suministro de siste-

33. Véase, en este sentido, la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, EU:C:2012:817, apartado 23 y la jurisprudencia que cita.

34. Diario Oficial n.º C 179 de 01/08/2006.

mas y de material informático con un procesador de referencia de una marca internacional. Por tanto, compete al órgano jurisdiccional remitente apreciar de manera detallada, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes que caracterizan el contexto en que se inscribe el asunto de que conoce, si el contrato de que se trata en el litigio principal presenta efectivamente un interés transfronterizo cierto.

En relación con los criterios objetivos que pueden indicar la existencia de un interés transfronterizo cierto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que tales criterios pueden ser, en particular, el hecho de que el contrato en cuestión tenga un importe de cierta trascendencia, combinado con el lugar de ejecución de las obras o también las características técnicas del contrato. Se puede tener en cuenta también la existencia de reclamaciones presentadas por operadores situados en otros Estados miembros, siempre que se compruebe que estas son reales y no ficticias[35].

5. TASAS POR LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 6 de octubre de 2015, en el asunto C-61/14, resuelve una cuestión prejudicial respecto a las tasas judiciales a abonar por la interposición de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en materia de contratos públicos.

Para el alto Tribunal europeo, las tasas judiciales en cuestión, que se deben pagar por la interposición de un recurso en los procedimientos del orden contencioso-administrativo en materia de contratos públicos en Italia, y que no exceden del 2 % de la cuantía del contrato de que se trate, no hacen imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión en materia de contratos públicos.

En particular, en lo que se refiere a la fijación de la tasa unificada en función de la cuantía del contrato objeto del litigio principal, y no del beneficio que la empresa participante en la licitación espera obtener de dicho contrato, el TJUE considera, por una parte, que varios Estados miembros admiten la posibilidad de que se calculen las tasas judiciales sobre la base de la cuantía del objeto litigioso. Por otra parte, como señaló el Abogado General en el punto 40 de sus conclusiones en el asunto C-61/14,

35. Sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 49.

en el ámbito de los contratos públicos, una regla que requiriese cálculos específicos para cada licitación y cada empresa y cuyo resultado pudiera ser objeto de impugnación, resultaría complicada e imprevisible.

En cuanto a la aplicación de la tasa unificada italiana en detrimento de los operadores económicos de reducida capacidad financiera, el Tribunal señala, por un lado, como hace la Comisión, que esta tasa se impone indistintamente, en cuanto a su forma y su importe, a todos los justiciables que deseen interponer un recurso contra una decisión adoptada por los poderes adjudicadores. Este sistema no crea una discriminación entre los operadores que desarrollan su actividad en el mismo sector. Por otra parte, de las disposiciones de las Directivas de la Unión en materia de contratos públicos, como el artículo 47 de la Directiva 2004/18, se desprende que la participación de una empresa en un contrato público presupone una capacidad económica y financiera apropiada. Por último, aunque la parte demandante esté obligada a abonar la tasa unificada en el momento de la interposición del recurso en vía judicial contra una resolución en materia de contratos públicos, la parte cuyas pretensiones se desestimen está, en principio, obligada a reembolsar las tasas judiciales adelantadas por la parte vencedora.

En cuanto al principio de equivalencia, el hecho de que, en el ámbito de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, la tasa unificada aplicable sea superior a los importes que deben abonarse en el caso de los litigios del orden contencioso-administrativo sometidos al procedimiento ordinario, por una parte, y a las tasas judiciales correspondientes a los procedimientos civiles, por otra, no demuestra en sí mismo una vulneración de dicho principio. El principio de equivalencia implica que reciban el mismo tratamiento los recursos basados en la infracción del Derecho nacional y aquellos, similares, fundados en una infracción del Derecho de la Unión, y no la equivalencia de las normas procesales nacionales aplicables a contenciosos de diferente naturaleza, como son el civil, por un lado, y el administrativo, por otro, o los relativos a dos ramas de Derecho diferentes[36].

Por consiguiente, para el TJUE, la percepción de tasas judiciales múltiples y acumulativas en el marco de un mismo procedimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa no es contrario, en principio, ni al artículo 1 de la Directiva 89/665, en relación con el artículo 47 de la Carta, ni a los principios de equivalencia y de efectividad. En efecto, tal percepción contribuye, en principio, al buen funcionamiento del sistema jurisdiccional, en la medida en que constituye una fuente de financiación de la actividad

36. Véase la sentencia ÖBB Personenverkehr, C-417/13, EU:C:2015:38.

judicial de los Estados miembros y disuade de la presentación de demandas que sean manifiestamente infundadas o tengan como único fin retrasar el procedimiento. Estos objetivos solo pueden justificar la aplicación múltiple de tasas judiciales como las controvertidas en el procedimiento principal cuando los objetos del recurso o de los motivos adicionales sean efectivamente diferentes y constituyan una ampliación significativa del objeto del litigio pendiente. Por el contrario, si este no es el caso, la obligación de pagar tales tasas suplementarias por la presentación de dichos recursos o motivos es contraria a la accesibilidad de las vías de recurso garantizada por la Directiva 89/665 y al principio de efectividad.

Para el TJUE, cuando una persona interpone varios recursos judiciales o presenta varios motivos adicionales en el marco de un mismo procedimiento judicial, el mero hecho de que el objetivo final de esa persona sea obtener un contrato determinado no implica necesariamente la identidad de objetos de sus recursos o de los motivos invocados. En caso de impugnación por una parte interesada, corresponde al juez nacional examinar los objetos de los recursos interpuestos por un justiciable o de los motivos por él invocados en el marco de un mismo procedimiento. Si el juez nacional constata que dichos objetos no son realmente diferentes o no constituyen una ampliación significativa del objeto del litigio pendiente, deberá dispensar a dicho justiciable de la obligación de pagar tasas judiciales acumulativas.

A falta de normativa de la Unión en la materia, cada Estado miembro deberá configurar, en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a asegurar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. La regulación procesal de estos recursos no debe ser menos favorable que la referente a los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)[37].

6. FINALIZACIÓN DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y OBLIGACIÓN DE HACERSE CARGO DE LOS TRABAJADORES

La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala sexta) de 26 de noviembre de 2015, asunto C-509/14, resuelve la cuestión planteada por el Tribunal

37. Sentencias Club Hotel Loutraki y otros, C-145/08 y C-149/08, EU:C:2010:247, apartado 74, y eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 39.

Superior de Justicia del País Vasco respecto al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 y a su posible interpretación en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de la misma una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de esta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.

La petición de decisión prejudicial se planteó, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, mediante auto de 9 de septiembre de 2014, recibido en el Tribunal de Justicia el 13 de noviembre de 2014, en el procedimiento entre el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y Luis Aira Pascual, Algeposa Terminales Ferroviarios, SL y el Fondo de Garantía Salarial.

La Directiva 2001/23 constituye la codificación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

La sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2015, entiende que no cabe excluir que la Directiva 2001/23 sea aplicable a una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato y explotar ella misma esa actividad con su propio personal.

Conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, para que esta Directiva sea aplicable la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. Para determinar si concurre efectivamente este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos

inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y, por tanto, no pueden apreciarse aisladamente[38].

Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado a este respecto que, en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra, la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla (sentencia CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, apartado 41). Sin embargo, en una situación como la del litigio principal, el TJUE entiende, en primer lugar, que la actividad económica de que se trata, a saber, el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal, no puede considerarse una actividad esencialmente basada en la mano de obra, ya que requiere un equipamiento importante. En efecto, como indica la resolución de remisión, en el marco de la contrata celebrada con Algeposa, ADIF puso a disposición de esta grúas y locales, que se revelan elementos indispensables para llevar a cabo la actividad de que se trata en el litigio principal. Por lo tanto, esta actividad se basa esencialmente en el equipamiento.

Por otra parte, en lo que respecta a la circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata en el litigio principal hayan pertenecido siempre a ADIF, el TJUE recuerda que, con arreglo a su jurisprudencia, la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva[39]. De ello se deduce para el Tribunal que una interpretación del artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23 que excluyera del ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trate no hayan dejado de pertenecer al cesionario en ningún momento privaría a la Directiva de una parte de su efectividad.

38. Véanse las sentencias Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629, apartados 33 y 34, y CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, apartado 34 y la jurisprudencia que allí se cita.

39. Sentencia Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629, apartado 42.

En consecuencia, para el TJUE el hecho de que ADIF no se hiciera cargo de los trabajadores de Algeposa no basta para excluir que la entidad económica de que se trata en el litigio principal haya mantenido su identidad y no permite negar, por tanto, la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la citada Directiva. En definitiva, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, si ha existido o no una transmisión de empresa.

7. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de noviembre de 2015, asunto C-166/14, MedEval (EU:C:2015:779), resuelve una cuestión prejudicial relativa a la posible oposición a los principios generales de equivalencia y efectividad y a la directiva de recursos de una normativa nacional que supedita la presentación de una demanda de indemnización de daños y perjuicios por la infracción de una norma en materia de contratos públicos a que se haya declarado previamente la ilegalidad del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate debido a que no se ha publicado previamente un anuncio de licitación, cuando la solicitud de dicha declaración de ilegalidad está sometida a un plazo de preclusión de seis meses que comienza a correr el día siguiente al de la adjudicación del contrato público controvertido, y ello con independencia de si el demandante podía conocer o no la existencia de la ilegalidad relativa a dicha decisión del poder adjudicador.

La petición de decisión prejudicial se planteó en el marco de un recurso interpuesto por MedEval –Qualitäts–, Leistungs und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH contra una resolución de la Bundesvergabeamt (Oficina Federal de contratación pública) mediante la cual esta última desestimó la solicitud presentada por MedEval para que se declarara la ilegalidad del procedimiento de adjudicación de un contrato público llevado a cabo por la Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Federación austriaca de organismos de seguridad social) en relación con el establecimiento de un sistema de gestión electrónica de la prescripción de medicamentos, contrato público que fue adjudicado a la Pharmazeutische Gehaltskasse für Österreich (Caja salarial de los farmacéuticos de Austria).

La sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2015 examina la aplicación del principio de efectividad a esa normativa nacional y señala que

el grado de exigencia de seguridad jurídica en relación con los requisitos de admisibilidad no es idéntico para las demandas por daños y perjuicios y para los recursos que tienen por objeto privar de efectos a un contrato. En efecto, privar de eficacia a un contrato público adjudicado a raíz de un procedimiento de licitación pone fin a la existencia y eventualmente a la ejecución de dicho contrato, lo que constituye una intervención sustancial de la autoridad administrativa o judicial en las relaciones contractuales entre los particulares y los organismos estatales. Una decisión de este tipo puede, por tanto, causar una perturbación considerable y pérdidas económicas, no solo al adjudicatario del contrato público considerado, sino también al poder adjudicador y, en suma, a la sociedad, beneficiaria final de la realización de las obras o de la prestación de los servicios objeto del contrato público de que se trate.

Como se desprende de los considerandos 25 y 27 de la Directiva 2007/66, el legislador de la Unión ha dado una mayor importancia a la exigencia de seguridad jurídica en relación con los recursos que tienen por objeto privar de eficacia a un contrato que con las demandas de indemnización por daños y perjuicios. Para el Tribunal, supeditar la admisibilidad de las demandas por daños y perjuicios a que se haya declarado previamente la ilegalidad del procedimiento de adjudicación del contrato considerado debido a que no se publicó previamente un anuncio de licitación, cuando la solicitud de dicha declaración está sometida a un plazo de preclusión de seis meses, sin que se tenga en cuenta que la persona perjudicada haya tenido o no conocimiento de la existencia de un incumplimiento de una norma jurídica, puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a presentar una demanda por daños y perjuicios. En efecto, cuando no se ha publicado previamente un anuncio de licitación, tal plazo de seis meses podría impedir que la persona perjudicada obtenga la información necesaria para una eventual demanda, lo que obstaculiza la presentación de dicha demanda. Conceder u na indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por la infracción de la normativa sobre adjudicación de contratos públicos constituye uno de los remedios garantizados por el Derecho de la Unión. Así, en circunstancias como las del asunto principal, la persona perjudicada quedaría privada no solamente de la posibilidad de que se anule la decisión del poder adjudicador sino también de todos los remedios previstos en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665.

Concluye el Tribunal que el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 no se opone a una disposición de Derecho nacional, como el artículo 341, apartado 2, de la Ley federal de contratación pública, conforme a la cual la declaración de una infracción del Derecho de la contratación

mencionada en él es la condición previa a la presentación de una demanda por daños y perjuicios. No obstante, la aplicación conjunta de los artículos 341, apartado 2, y 332, apartado 3, de la misma Ley tiene como efecto que una demanda por daños y perjuicios sea inadmisible si no se ha obtenido previamente una decisión de declaración de la ilegalidad del contrato de que se trate, la cual se adopta con arreglo a un procedimiento sometido a un plazo de preclusión de seis meses que comienza a correr el día siguiente al de la adjudicación del contrato público de que se trate, y ello con independencia de si el demandante podía o no conocer la existencia de la ilegalidad relativa a dicha decisión de adjudicación.

El máximo intérprete del Derecho de la UE entiende que corresponde a los Estados miembros establecer la regulación procesal de las demandas por daños y perjuicios. No obstante, dicha regulación procesal no puede ser menos favorable que la referente a demandas similares previstas para la protección de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)[40].

Y en la respuesta a la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, este señala que el principio de efectividad se opone a la normativa austriaca que supedita la presentación de una demanda de indemnización de daños y perjuicios por la infracción de una norma del Derecho de contratación pública a que se haya declarado previamente la ilegalidad del procedimiento de adjudicación del contrato considerado debido a que no se ha publicado previamente un anuncio de licitación, cuando la solicitud de dicha declaración de ilegalidad está sometida a un plazo de preclusión de seis meses que empieza a correr el día siguiente al de la adjudicación del contrato público controvertido, y ello con independencia de si el demandante podía conocer o no la existencia de la ilegalidad relativa a dicha decisión del poder adjudicador.

8. OBLIGACIÓN DE MOTIVACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala cuarta) de 7 de octubre de 2015, asunto T-299/11, resuelve un recurso de una licitadora contra la adjudicación de un contrato por la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), por el incumplimiento de la obligación

40. Véanse, en este sentido, las sentencias eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 39, y Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, apartado 46.

de motivación al rehusar ofrecerles una explicación o una justificación suficientes de la decisión de adjudicación. También alegaron una «vulneración del pliego de cláusulas» al haber considerado la OAMI nuevos criterios de adjudicación que no figuraban en el pliego de cláusulas y la comisión por la OAMI de varios errores manifiestos de apreciación.

El TJUE no acoge la alegación de las demandantes de que la OAMI estableció a posteriori un nuevo criterio de adjudicación, a saber, la metodología Prince2, que no estaba previsto en el pliego de cláusulas ni se había comunicado en el momento oportuno a los licitadores. Para el TJUE, todos los adjudicatarios habían comprendido bien que el primer criterio de adjudicación les permitía basar su oferta en esa metodología. Así pues, no se puede reprochar a la entidad adjudicadora haber comparado las ofertas referidas a la luz de los criterios de esa misma metodología, lo que no podía sino facilitar la comparación de sus cualidades respectivas y promover la objetividad de la apreciación comparativa.

Pero para el TJUE el juicio comparativo negativo realizado por la entidad adjudicadora sobre la oferta de la primera demandante no tuvo apoyo alguno en la redacción del primer criterio de adjudicación. Sobre todo, la ponderación que sustentó ese juicio no se deducía de ese criterio de manera lo bastante clara, precisa y unívoca para permitir que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes comprendieran su alcance exacto y lo interpretaran de la misma forma. Al llevar a cabo, en contra de las exigencias derivadas de la jurisprudencia, una ponderación de los diferentes subcriterios dentro de ese criterio de adjudicación que no estaba prevista en el pliego de cláusulas ni se había comunicado previamente a los licitadores, la OAMI infringió los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia en perjuicio de las demandantes.

Atendiendo a la falta de precisión del pliego de cláusulas y al carácter sucinto y vago del juicio del comité de evaluación, era imposible para las demandantes, así como para el Tribunal comprobar la fiabilidad de la crítica acerca de la inclusión de un gestor principal de proyecto y un gestor de proyecto, y en consecuencia determinar si está viciada por un error manifiesto de apreciación. Por ello el TJUE apreció la existencia de una falta de motivación en ese aspecto, en el sentido del artículo 296 TFUE, párrafo segundo, puesto en relación con el artículo 100, apartado 2, del Reglamento financiero general.

Es jurisprudencia consolidada del TJUE la que señala que las entidades adjudicadoras disponen de una amplia facultad de apreciación de los factores que hay que tener en cuenta en la decisión de adjudicar un

contrato tras una licitación y que el control del Tribunal debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, así como la inexistencia de error grave y manifiesto de apreciación y de desviación de poder[41].

La obligación de motivación que recoge el artículo 296 TFUE, párrafo segundo, exige al autor de un acto manifestar de manera clara e inequívoca su razonamiento, de manera que los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada a fin de ejercer sus derechos y que el juez de la Unión pueda ejercer su control. Además, la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por ese acto puedan tener en recibir explicaciones. Por otra parte, la obligación de motivación constituye un requisito sustancial de forma que debe distinguirse del fundamento de la motivación, pues este guarda relación con la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo[42].

En relación con la información a trasladar por la entidad adjudicadora a los licitadores participantes sobre el resultado del proceso de adjudicación del contrato, el TJUE ha señalado al interpretar el Reglamento financiero que no es obligatorio comunicar a un licitador cuya oferta no se ha elegido, además de las razones de desestimarla, un resumen minucioso de la forma en la que cada detalle de su oferta se haya apreciado en la evaluación de esta, por una parte, y por otra, dentro de la comunicación las características y las ventajas relativas de la oferta seleccionada, un análisis comparativo minucioso de esta última y de la oferta del licitador no elegido. La entidad adjudicadora tampoco está obligada a facilitar a un licitador no elegido, a petición de este, una copia completa del informe de evaluación. No obstante, corresponde al juez de la Unión comprobar si el método aplicado por la entidad adjudicadora para la evaluación técnica se enuncia con claridad en el pliego de cláusulas, incluidos los diferentes criterios de adjudicación, su peso respectivo en la evaluación, es decir, en el cálculo de la puntuación total, y el número mínimo y máximo de puntos por cada criterio.

La jurisprudencia también ha precisado que cuando la entidad adjudicadora, a raíz de una solicitud de explicaciones complementarias de una

41. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, bpost/Comisión, T-514/09, EU:T:2011:689, apartado 121.

42. Sentencia de 21 de febrero de 2013, Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-9/10, EU:T:2013:88, apartados 25 y 26 sentencia de 22 de mayo de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-17/09, EU:T:2012:243, apartado 40.

decisión de adjudicación, envía un escrito antes de la interposición de un recurso, pero después de la fecha fijada por el artículo 149, apartado 3, de las normas de desarrollo, ese escrito también se puede tomar en consideración para apreciar si en ese caso la motivación era suficiente. En efecto, la obligación de motivación debe apreciarse en función de los elementos de información de los que disponía la demandante en el momento de interponer el recurso, bien entendido no obstante que la institución no está facultada para sustituir la motivación inicial por una motivación completamente nueva[43].

Al aplicar esta doctrina al caso de autos el Tribunal General concluye que la decisión de adjudicación de la OAMI incurrió en varios vicios de motivación en el sentido del artículo 100, apartado 2, del Reglamento financiero general, puesto en relación con el artículo 296 TFUE, párrafo segundo.

9. EXIGENCIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD EN UN MUNICIPIO CONCRETO CONTRARIA AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015, asunto C-552/13, Grupo Hospitalario Quirón (EU:C:2015:713), aplica los principios de acceso igual y no discriminatorio de todos los licitadores y declara su violación en dos contratos convocados por el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, ya que a esos contratos únicamente pudieron acceder los licitadores en condiciones de prestar los servicios en cuestión en un centro situado en el término municipal designado en los anuncios de licitación correspondientes.

En el marco de la externalización de determinados servicios públicos de atención médica de apoyo prestados por centros hospitalarios públicos a centros de salud y hospitales privados, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 6 de Bilbao planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de la exigencia en los contratos administrativos de gestión de servicios públicos de asistencia sanitaria, de que la prestación sanitaria objeto del concurso sea prestada únicamente en un municipio concreto, que puede no ser el domicilio de los pacientes.

La sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 subraya que los pliegos de condiciones técnicas de los dos contratos de que se trata en el liti-

43. Véase, en ese sentido, la sentencia Evropaïki Dynamiki/Comisión, antes citada, EU:C:2013:88, apartados 27 y 28.

gio principal se refieren a la necesidad de garantizar la proximidad y la accesibilidad del centro hospitalario privado de apoyo seleccionado, en interés de los pacientes, de sus allegados y del personal médico que ha de desplazarse hacia dicho centro, criterios inherentes a la naturaleza de los servicios solicitados. Pues bien, la exigencia de que un centro de ese tipo deba estar situado imperativamente en un término municipal concreto que debe ser el lugar de prestación exclusivo de los servicios médicos de que se trata, prevista en las cláusulas administrativas particulares y las especificaciones técnicas de los contratos nos 21/2011 y 50/2011, constituye para el TJUE, habida cuenta de la situación geográfica del asunto principal, una obligación de ejecución territorial que no sirve para alcanzar el objetivo enunciado en el apartado anterior de la presente sentencia, a saber, garantizar la proximidad y la accesibilidad del centro hospitalario privado de apoyo, en interés de los pacientes, de sus allegados y del personal médico que ha de desplazarse hacia dicho centro, garantizando al mismo tiempo un acceso igual y no discriminatorio a esos contratos de todos los licitadores.

Teniendo en cuenta la situación geográfica de que se trata en el litigio principal, entiende el TJUE que una exigencia de ubicación geográfica, como la formulada en las cláusulas administrativas particulares y las especificaciones técnicas de los contratos nos 21/2011 y 50/2011, produce como efecto excluir automáticamente a los licitadores que no pueden prestar los servicios de que se trata en un centro situado en un término municipal concreto, aun cuando cumplan eventualmente los demás requisitos establecidos en los pliegos de condiciones y las especificaciones técnicas de los contratos en cuestión. El órgano jurisdiccional remitente señala que en esa situación se halla la demandante en el litigio principal, cuyo centro cumple todos los requisitos, incluidos los de proximidad y accesibilidad, a excepción de la exigencia de ubicación en el territorio del término municipal de Bilbao toda vez que dicho centro está situado en un término municipal colindante con este último. A este respecto señala también el TJUE que, como observa el órgano jurisdiccional remitente, numerosos pacientes que deberían beneficiarse de los servicios que han de prestarse en el centro privado del adjudicatario tienen su domicilio fuera del término municipal en el que debe situarse dicho centro con arreglo a la cláusula de localización de que se trata. En consecuencia, dicha exigencia no garantiza un acceso igual y no discriminatorio de todos los licitadores a los dos contratos de que se trata en el litigio principal, que pueden garantizar la proximidad y la accesibilidad del centro hospitalario privado de apoyo, ya que a esos contratos únicamente pueden acceder los licitadores en condiciones de prestar los servicios en cuestión en un centro

situado en el término municipal designado en los anuncios de licitación correspondientes. Por tanto, concluye el TJUE que la comentada exigencia resulta contraria al artículo 23, apartado 2, de la Directiva 2004/18.

El Tribunal entiende también que los contratos en cuestión constituían contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de esta, y no concesiones de servicios, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico. Idéntica conclusión se desprendería de aplicar las Directivas 2014/23 y 24 de 2014, referidas, respectivamente, a la adjudicación de los contratos de concesión y a la contratación pública.

Capítulo 3

Nuevos desarrollos de la contratación «in house» en el Derecho Español: los encargos a medios propios y servicios técnicos

Isabel Gallego Córcoles

Profesora titular de Derecho administrativo
UCLM

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: DE LA ENCOMIENDA AL ENCARGO. 1. *La definición de la encomienda de gestión sobre la base de un errado entendimiento del ámbito de aplicación subjetiva de la legislación sobre contratos públicos*. 2. *La adecuación del ámbito de aplicación subjetivo de la legislación española sobre contratos públicos al Derecho europeo. La incorporación de la doctrina «Teckal» a la LCSP*. II. LA ACTUACIÓN DE LOS MEDIOS PROPIOS: DIMENSIONES Y RIESGOS. III. LA DISCIPLINA DE LOS LLAMADOS MEDIOS PROPIOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. *Premisa: El efecto directo de las disposiciones que regulan los encargos a medios propios*. 2. *La Directiva 2014/24/UE: Desarrollos y matizaciones de la doctrina «Teckal»*. 3. *La doctrina «Tragsa»y la necesidad de acotar sus consecuencias. La resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015*. 4. *Los encargos «horizontales» y «verticales» a medios propios*. 5. *Los medios propios y su condición de poder adjudicador*. IV. LA CONFIGURACIÓN DE LOS MEDIOS PROPIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS EN LA LRJSP. V. EPÍLOGO: ALGUNAS NOTAS SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: DE LA ENCOMIENDA AL ENCARGO

1. LA DEFINICIÓN DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN SOBRE LA BASE DE UN ERRADO ENTENDIMIENTO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS

La articulación de las relaciones entre las normas de autoorganización y las de contratación pública no es siempre nítida. Precisamente es la tensión entre la libertad organizativa de las Administraciones Públicas y la necesidad de cumplir las normas de contratación pública europea la que ha hecho surgir en nuestro Derecho el concepto de «encargo a medio propio» como técnica desgajada de la tradicional encomienda de gestión. Porque ambas, en origen, compartían parcialmente sustrato material y régimen jurídico. Sin embargo, la reacción del Derecho europeo de la contratación, que ha tratado de evitar que la utilización de fórmulas de organización administrativa o traslados competenciales permitan evitar su aplicación[1], ha propiciado que en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) comienza a trazarse el encargo a medios propios como figura con autonomía propia[2]. Pero no solo desde el influjo del Derecho de la Unión Europea ha de analizarse esta «nueva» técnica: el surgimiento de los encargos a medios propios como categoría jurídica constituye la crónica de un inacabado esfuerzo para poner coto a la huida hacia delante del Derecho administrativo que supone en muchos casos la utilización de personificaciones instrumentales[3].

Tras algunos precedentes previos[4], el art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC) reguló las encomiendas de gestión por primera vez con carácter general. La norma dispone que la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de

1. Destaca así Díez Sastre (2014: 69) que el Derecho europeo empuja indirectamente al mercado, en la medida en que extiende el concepto de contrato a las fórmulas de organización interna de la administración y somete a estas últimas a un severo test de compatibilidad con el mercado interior.
2. Según la disposición final decimoctava de la norma, la regulación que establece la norma en relación con los encargos a medios propios entrará en vigor el 2 de octubre de 2016.
3. Sobre el fenómeno de la creación de personificaciones instrumentales para favorecer la huida del Derecho Administrativo, *vid.* Valcárcel Fernández (2006).
4. Sobre estos, *vid.* Villalta Reixach (2012: 62).

la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Añadía el precepto que la encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda. No se trata así de un supuesto de transferencia de competencias, sino de un instrumento de colaboración intra o interadministrativo. Pero aún dentro de este marco conceptual, los primeros intérpretes de la norma se enfrentaron ya al reto de dilucidar su eventual carácter contractual[5]. Advertido este, quedaba la duda recurrente de la aplicabilidad de la normativa sobre contratos públicos.

La encomienda en aquel momento regulada se rodea de una serie de garantías. En primer lugar, como manifestación del principio de publicidad, el apartado 3 del art. 15 disponía que en todo caso el instrumento de formalización de la encomienda y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia, en el Diario Oficial correspondiente[6].

En segundo lugar, la posibilidad de utilizar la encomienda de gestión se limita a los supuestos de eficacia o de carencia de medios. Como decisión organizativa, debía encontrarse suficientemente fundada.

En tercer lugar, el apartado quinto del precepto trataba de prevenir tanto que la encomienda de gestión constituyese una válvula de escape a la legislación de contratos, como de huida del Derecho administrativo. Así, según el precepto que glosamos, el régimen jurídico de la encomienda de gestión regulado no será de aplicación cuando la realización de las actividades haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado. De esta forma, se proscribía la utilización de la encomienda de gestión para atribuir prestaciones materialmente sometidas a la legislación de contratos a sociedades mercantiles públicas[7]. El precepto añadía en todo caso que no pueden encomendarse a

5. Sin ánimo de exhaustividad, consideraban que tenían este carácter González Pérez/González Navarro (2003: 71). Cfr. Sánchez Sáez (2004: 241) quien situaba las encomiendas fuera de la órbita contractual en atención a su carácter gratuito.

6. Bien es verdad que este apartado se refiere a la encomienda de gestión entre órganos administrativos y entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración. Sobre su aplicación a las encomiendas interadministrativas, *vid.* Villalta Rexach (2012: 228).

7. Así lo defendió en su día Bernal Blay (2006). En el mismo sentido Meseguer Yebra (2005: 129).En contra, Ávila Orive (2002: 123 y 131).

personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.

Es preciso insistir en que la encomienda a personas jurídicas con forma privada –como las sociedades mercantiles públicas–, cuando su objeto tuviera contenido contractual, había de someterse las normas sobre contratación pública, sin que fuera posible la encomienda directa a este tipo de entes. La incompatibilidad de la regulación de la encomienda de gestión con el Derecho de la Unión Europea solo entonces surgía porque, en nuestro Derecho, podía utilizarse esta técnica organizativa aun cuando por su objeto el negocio estuviera sometido a la normativa europea sobre contratación pública siempre que se celebrase entre entidades de Derecho público. Este defectuoso entendimiento del Derecho Europeo resultaba coherente, por lo demás, con la exclusión de este tipo de relaciones entre Administraciones Públicas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1995[8].

De forma paralela, el legislador español dispuso un régimen especial para determinadas personificaciones instrumentales mercantiles que ejecutaban prestaciones que materialmente podrían conceptualizarse como encomiendas de gestión –con contenido contractual– y que por tanto debieran haberse realizado aplicando la legislación de contratos públicos[9]. Así, esta normativa pretendía eludir el reenvío que el apartado 5 del art. 15 LPC realizaba a la normativa de contratación. En concreto, el art. 88 de Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, relativo al régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA)» estableció que TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma

8. Recuérdese que según el art. 3. c) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), se excluyen del ámbito de aplicación TRLCAP «los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí». Frente a ello, el art. 3 d) TRLCAP en su versión original, excluía de su ámbito de aplicación a «los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que *su objeto no esté comprendido en los contratos regulados* en esta Ley o en normas administrativas especiales».

9. La ejecución de obras públicas por parte de las sociedades públicas al margen de la licitación fue habilitada con carácter general por los arts. 158 y 160-161 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social para 1997. En dicha norma, sin embargo, el mecanismo jurídico utilizado para la instrumentalización de las relaciones jurídicas era el convenio.

o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. Por su parte, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, atribuyó a «Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima (SEGIPSA)» la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, de forma que estaba igualmente obligada a realizar los trabajos que le encomiende la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de Derecho público y las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social[10]. La realización de encargos a favor de estos entes al margen de los procedimientos de licitación[11] se justificaba en la naturaleza no contractual de estas relaciones ya que la obligación nacía de un acto unilateral del ente encomendante. Además, conviene resaltar que la prestación se realizaba sin carácter lucrativo, ya que en la regulación tanto de TRAGSA como SEGIPSA que establecía las tarifas habrían de calcularse de manera que representasen los costes reales de realización.

Finalmente, para evitar problemas evidentes de compatibilidad con el Derecho comunitario en la contratación de estos entes, se dispuso la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en los supuestos en los que los medios propios celebrasen contratos con terceros cuyos importes se correspondiesen los umbrales comunitarios[12].

10. En relación con el estatuto jurídico de SEGIPSA vigente, *vid.* disposición adicional décima de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

11. Por ejemplo, el Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA) disponía que el *encargo* de cada actuación obligatoria se comunicará formalmente por la Administración a TRAGSA o a sus filiales, haciendo constar, además de los antecedentes que procedan, la denominación de la misma, el plazo de realización, su importe, la partida presupuestaria correspondiente y, en su caso, las anualidades en que se financie con sus respectivas cuantías, así como el Director designado para la actuación a realizar. También le será facilitado el documento en que se defina dicha actuación, con su presupuesto detallado. Se añadía que la comunicación encargando una actuación a TRAGSA o a sus filiales supondrá la orden para iniciarla.

12. En relación con SEGIPSA, *vid.* Apartado sexto de la disposición adicional segunda de la Ley Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. En cuanto a TRAGSA, *vid.* Apartado 7 de la Siete, del artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, introducido por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre.

Mientras en Derecho español se optaba por acentuar el carácter unilateral del nacimiento de las obligaciones entre el ente encomendante y medio propio –tendencia propiciada por el Derecho nacional–, el Tribunal de Justicia declaró que no todos los contratos –es decir, negocios jurídicos bilaterales– entre entes públicos deben someterse a las Directiva sobre contratación en la ya célebre STJUE de 18 de noviembre de 1998, C-107/1998, *Teckal*[13]. En concreto, el TJUE concluyó que correspondía el Juez nacional verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas, para lo que habría de tener en cuenta que para la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública bastaba, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de este. Pero este sólido principio admitía una importante excepción, ya que:

> «Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece»[14].

Curiosamente, en más de unos pocos países la decisión *Teckal* fue interpretada como una luz verde a los acuerdos múltiples[15]. En este contexto, en nuestro ordenamiento el modelo de atribución normativa de la condición de «medio propio» de determinados entes –que estarán obligados a aceptar los encargos del ente matriz– se irá reproduciendo en sucesivas normas estatales y autonómicas[16]. En todo caso, el principal punto de preocupación que planteó este fenómeno era la posibilidad de que estos entes tuvieran la condición de medios propios respecto a entidades de las

13. En el supuesto se analizó si el Derecho europeo permitía a un Ayuntamiento adquirir gas de una mancomunidad de la que era partícipe y cuyo objeto era, precisamente, el suministro de combustible de calefacción a los edificios municipales.
14. Sobradamente son conocidos los titánicos esfuerzos que se han realizado para desentrañar el significado cabal de estas cuatro líneas. Sin ánimo de exhaustividad, vid. Fuertes López/Sosa Wagner (2007); Gimeno Feliu (2006); Pernás García (2008); Vilalta Reixach (2012); Tiago Ferreira (2013).
15. Gordillo Pérez /Múgica Alcorta (2015). En Francia, Lecuyer-Thieffry/Thieffry (2015: 927).
16. Por ejemplo, el art. 67 de la Ley Andaluza 8/1997, de 23 de diciembre, configura a EGMASA como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración. El Decreto Foral Navarro 150/2003, de 23 de junio, por el que se regula la ejecución directa de obras, servicios, suministros y demás actividades a través de sociedades públicas de la Comunidad Foral de Navarra constituye probablemente la expresión más acabada de esta primera legislación autonómica sobre medios propios. *vid.* Amoedo Souto (2006: 269). Para una referencia más reciente, *vid.* Terol Gómez (2013).

la que no eran instrumentales, ya que no existiría el requisito del «control análogo» que formuló la sentencia *Teckal*. Como afirmara Rebollo Puig[17], una entidad es medio propio de una Administración si realmente lo es –es de su entidad matriz y la tiene sometida a una verdadera relación de instrumentalidad, con todo lo que ello comporta–, no por el puro voluntarismo de una norma que así lo declare sin ningún fundamento[18].

En todo caso, resulta significativa la reticencia palpable en toda esta legislación –estatal y autonómica– a utilizar el término encomienda de gestión. Lo que resultaba en línea de principio totalmente coherente, ya que lo que pretendían estas normas es huir del régimen que para las encomiendas de gestión a personificaciones instrumentales de derecho privado establecía la LPC: la aplicación de la legislación de contratos públicos. Técnicamente es además la opción más adecuada, porque los encargos a medios propios carecen del carácter bilateral de la encomienda de gestión interadministrativa regulada en el art. 15 LPC.

2. LA ADECUACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS AL DERECHO EUROPEO. LA INCORPORACIÓN DE LA DOCTRINA «TECKAL» A LA LCSP

Como ya hemos señalado, la sentencia *Teckal* hace explícito el principio según el cual a efectos de la aplicación de la normativa europea sobre contratación pública es irrelevante que el operador económico sea él mismo una entidad adjudicadora. De este modo *a priori* no puede excluirse que una relación entre dos poderes adjudicadores tenga carácter contractual y, en consecuencia, esté sometida a la Directiva sobre contratación. De hecho, la STJUE de 13 de enero de 2005, Comisión c. España, C-84/03, declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión Europea al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP a los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas[19]. Como declarara dicha

17. Rebollo Puig (2003: 387).
18. En el mismo sentido, Montoya Marín (2005: 101), Amoedo Souto (2006: 286) y Moreno Molina (2009: 257). Cfr. Sosa Wagner (2003: 1331).
19. Ello es así debido a que: «Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de este. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta per-

sentencia, una entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva en razón de que pretende celebrar el contrato en cuestión con una segunda entidad adjudicadora. En supuestos de este tipo, solo se podrá celebrar el contrato si el poder adjudicador resulta seleccionado tras un proceso de licitación[20].

---

sona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50) [...]. En consecuencia, dado que excluye a priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37».

Como es sabido, el art. 4 TRLCSP dispone ahora que están excluidos del ámbito de aplicación de la norma «los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley».

20. En todo caso, la participación de organismos públicos en procedimientos de licitación de otros poderes adjudicadores puede resultar en algunos puntos controvertida. De ahí que el considerando cuarto de la Directiva 2004/18/CE literalmente afirmase que «los Estados miembros deben velar por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados».

Pero, en todo caso, la STJUE de 18 de diciembre de 2014, as C-568/13, reiteró que tanto de las normas de la Unión como de la jurisprudencia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si solo interviene con carácter ocasional. Y aunque los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite a un organismo de Derecho público que participe en una licitación presentar, gracias a la financiación pública que recibe, una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente, en el examen del carácter anormalmente bajo de una oferta en la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, por lo que respecta a la facultad de rechazar dicha oferta, la existencia de una financiación pública en favor de tal centro. Sobre esta cuestión, *vid.* Igualmente STJUE de 7 de diciembre de 2000, C-94/99, *ARGE.* Según esta última, el principio de igualdad de trato de los licitadores no se viola por el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones, del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones. Ahora bien, un licitador puede ser excluido durante el procedimiento de selección cuando la entidad adjudicadora considere que ha recibido una ayuda que no es conforme con el Tratado y que la obligación de restituir

Como consecuencia directa de esta sentencia, el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de medidas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, modificó el art. 3 TRLCAP. En lo que a los encargos con medios propios se refiere, se estableció que quedaban excluidas del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las entidades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia administración pública. Es evidente que se produce así una incorporación solamente parcial de la doctrina *Teckal,* si bien los requisitos relativos al control análogo y a la actividad no podían ignorarse en vía interpretativa[21]. También que no fue afortunado el empleo del término «encomienda de gestión» porque podía suponer el reenvío a un régimen jurídico –el del art. 15 LCP– que partía de un acuerdo de voluntades plasmado en un convenio, consecuencia que se había tratado de evitar a toda costa para resaltar la falta de autonomía del medio propio respecto del ente encomendante. Y es que, en todo caso, la doctrina de los medios propios parte de la premisa de que el contrato es una ficción y de que la obligación surge por la manifestación unilateral de voluntad[22] de la Administración encomendante que no precisa consentimiento del ente institucional.

Sea como fuere, poco después, la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2007 modificó la referida letra l) del art. 3.1 TRLCAP restringiendo el ámbito de la mencionada exclusión a «las encomiendas de gestión que confiera a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre la que la administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que esta sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que la controlan». De esta forma, casi diez años después, se incorpora a la norma española la doctrina *Teckal* de forma prácticamente literal.

La aprobación de la Ley 30/2007, de contratos del Sector Público (en adelante LCSP), partirá de estos precedentes, a los que añadirá la gene-

---

la ayuda ilícita pondría en peligro su solidez financiera, de modo que puede considerarse que dicho licitador no ofrece las garantías financieras o económicas exigidas.

21. *Vid.* Instrucción de la Abogacía del Estado núm. 2/2005, de 21 de julio, sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y restantes Entidades públicas y privadas del sector público estatal.

22. Acto administrativo para Rebollo Puig (2003: 384), orden de servicio para Ortiz Mallol (2004: 275) y Amoedo Souto (2006: 270).

ralización de algunos aspectos del régimen jurídico de TRAGSA habida cuenta de que su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea había sido ya confirmada en la STJUE de 19 de abril de 2007, *Tragsa-Asemfo*[23]. Así, según el art. 4 LCSP, se excluyen del ámbito objetivo de aplicación de la norma los *negocios jurídicos* –el legislador se resiste, con buen criterio, a denominarlos contratos– en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme lo señalado en el art. 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de determinada prestación. De esta forma, el apartado sexto del art. 24 dispondrá que «en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan». La utilización del término «encomienda de gestión» supuso un error técnico que ha originado una importante confusión en la práctica[24], pues, como venimos insistiendo, el régimen de los encargos a medios propios difiere sustancialmente del relativo a la encomienda de gestión. La ubicación sistemática del precepto no fue la más idónea, y ha planteado problemas evidentes de delimitación con el régimen de la ejecución de obras o fabricación de muebles por la Administración regulada actualmente en los apartados primero a quinto del art. 24 LCSP[25].

Por otro lado, se generaliza el requisito de atribución normativa del carácter de medio propio al ente en cuestión. Así, la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan estos requisitos deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.

23. *Vid.* Infra.

24. Por ejemplo, en su Informe 1088/2015 el Tribunal de Cuentas pone de manifiesto cierta confusión en la formalización de los encargos, que en ocasiones han adoptado la forma de convenio, pacto u otras formas de acuerdo de voluntades. Añade el Tribunal de Cuentas que el error consistente en la utilización de criterios rectores de la encomienda distintos a las instrucciones unilaterales obligatorias por parte del encomendante se ha extendido con frecuencia al clausulado de los pliegos que ha de regir las encomiendas, dejando indebidamente al mutuo acuerdo de las partes –e incluso en ocasiones a la decisión de la encomendataria– aspectos relevantes a su ejecución atinentes al objeto mismo de la encomienda, su terminación, modificaciones o prórrogas (pág. 23).

25. Sobre esta cuestión, *vid.* Especialmente Tejedor Bielsa (2014: 402).

Sorprende en todo caso que no se haga referencia ni a la fijación de las tarifas ni a la estructura tarifaria, elemento este en mi opinión que es de especial trascendencia para evitar un uso torticero del medio propio[26].

Finalmente, se recoge la regla según la cual los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico del mismo para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidas a la Ley de Contratos del Sector Público [art. 4. n) LCSP]. Dicha regla, pese a su aparente bondad, supone un elemento crítico pues permite con facilidad alterar la naturaleza y el régimen jurídico –eliminando determinadas garantías– del contrato administrativo indirectamente adjudicado a través de un medio propio[27], como insistiremos inmediatamente después.

La aprobación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), no introducirá novedades de interés. En todo caso, la creciente importancia de estos entes ha llevado al legislador estatal a establecer determinadas regulaciones puntuales que han carecido de la necesaria sistematicidad. Así, al margen de que determinadas Leyes de Presupuestos limitaran los pagos anticipados[28], o introdujeran precisiones en materia de competencias sobre gestión del gasto[29], la innovación más relevante ha sido la introducida por la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que las ha tenido en cuenta en su artículo 8.1 b) a los efectos de su publicidad[30]. A ello hay que añadir las diferentes disposiciones que se han ido aprobando por las distintas CC. AA., así como las especificidades que en el régimen jurídico se han establecido en ocasiones en las distintas normas de creación y funcionamiento. Especialmente destacable en este punto es la modificación del art. 8 Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos

26. Al margen de todo ello, la disposición adicional trigésima disciplinó el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales, regulación que fue igualmente objeto de fundadas críticas. *Vid*. Gimeno Feliu (2010 b:119)
27. Sobre el régimen jurídico de los contratos sometidos a regulación armonizada, *vid.* Moreno Molina (2009).
28. Ley 17/2012, de Presupuestos generales del Estado para 2013.
29. Leyes de Presupuestos para el 2007 y el 2014.
30. Establece este precepto que se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación he importe de la misma.
A ello hay que añadir que las distintas normas de creación y funcionamiento de cada medio propio establecen en ocasiones especificidades en su régimen jurídico.

(en adelante LFCP), a través de la Ley 2/2013, de 25 de febrero[31] que regula con mayor precisión los «encargos a entes instrumentales considerados medios propios», a la vez que incrementa las garantías en su utilización[32].

De esta forma, pese a que en la legislación estatal persistía el empleo del mismo *nomen iuris*, eran ya difícilmente asimilables los «encargos» a medios propios (si se quiere, encomiendas del TRLCSP) de las encomiendas de gestión del art. 15 LPC[33]. Esta última –entendida como técnica organizativa que opera extramuros de la normativa sobre contratos públicos– quedará limitada a aquellos supuestos en los que bien se establecen relaciones entre dos órganos de la misma persona jurídica –excluidas por obvios motivos de la normativa sobre contratos públicos – o bien el acuerdo entre dos entes públicos distintos carezca de un contenido prestacional característico de los contratos –excluidos por tanto de la normativa sobre contratos públicos en atención al elemento objetivo–[34].

31. Sobre el régimen foral anterior a esta modificación, *vid.* Razquin Lizarra (2009).
32. El apartado 4 del artículo 8 fue después modificado por Ley Foral 14/2014, 18 junio.
33. Para el Tribunal Supremo, LPC y TRLCSP regulan encomiendas de gestión que pertenecen a tipos distintos. Así, la STS de 9 de diciembre de 2013 (rec. 5812/2011) afirmó que Ley de Contratos del Sector Público contempla un tipo de encomiendas que no se corresponde con las reguladas por la Ley 30/1992. Así, se señalaba que «sobre la autonomía de esta figura, es menester observar que el legislador se ha preocupado de poner de relieve su singularidad pues, no solo la ha rodeado de unos requisitos específicos, como se acaba de ver, sino que, además, posteriormente, se refiere de manera expresa a las que llama "encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley" (disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007), lo cual no puede sino significar que quiere diferenciarlas de las que tienen su régimen jurídico en el artículo 15 de la Ley 30/1992. Precepto este que, por otro lado, no tiene el propósito de agotar la regulación de esta figura pues, como se ha dicho, su apartado 5 excluye la aplicación de sus previsiones cuando la encomienda haya de recaer en personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho Privado. En tales casos, dice este apartado en lo que ahora importa, se estará a la legislación correspondiente de contratos del Estado. Precisamente, lo que aquí sucede ya que nos encontramos con la aplicación de la Ley 30/2007». Para la resolución del supuesto concreto, la STS de 1 de julio de 2015 (rec. 3012/2013) concluye no es preciso en autos entrar a dilucidar si la LCSP regula un tipo de encomienda de gestión o, más bien, una especialidad contractual quedando reservada la encomienda al ámbito de la Ley 30/1992 como técnica de autoorganización.
34. De esta forma, la Circular 6/2009, de la Abogacía General del Estado concluía que la figura de la encomienda de gestión a que se refiere el art. 15 LPC queda circunscrita siendo este su ámbito propio, a aquellas actividades o actuaciones que por su contenido sean ajenas a la legislación de contrato de contratación pública y no guarden relación con ella. La figura de la encomienda de gestión a que se refieren los arts. 4.1 n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, queda limitada, siendo este su ámbito propio, a aquellas actuaciones que consisten en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros y servicios a cambio de una contraprestación económica.

En todo caso, el art. 11 LRJSP vuelve a definir la encomienda de gestión[35] por exclusión a la aplicación de la legislación de contratos, utilizando esta vez, eso sí, una técnica mucho más precisa. Según este precepto, «las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en esta». Se reconoce así la existencia de un criterio objetivo de delimitación entre encomienda de gestión y medio propio, sin que exista ya la yuxtaposición de estas categorías que podía dibujarse en las relaciones entre la LPC y la LCAP. Por su parte, el art. 82 LRJSP establecen además unas mínimas prescripciones aplicables a la creación de medios propios y servicios técnicos estatales. No obstante, habrá que esperar a la aprobación de una nueva Ley de Contratos Públicos para que los encargos a medios propios se regulen en la legislación básica estatal con la autonomía que merece su naturaleza jurídica[36].

Por todo ello, por «encargo a un medio propio» entendemos el acto de voluntad unilateral por el que un poder adjudicador establece la obligación de que un ente caracterizado como medio propio realice determinada prestación cuyo objeto coincide con un contrato público. Dicha obligación tiene su fundamento bien en una relación estrecha de instrumentalidad –siempre que concurran determinados requisitos relativos a la actividad y al control sobre el ente–, bien en su estatuto legal[37].

II. LA ACTUACIÓN DE LOS MEDIOS PROPIOS: DIMENSIONES Y RIESGOS

La importancia cuantitativa y cualitativa alcanzada en la actualidad

35. En todo caso, el primer apartado del precepto sigue disponiendo que «la realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño».

36. De hecho, el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Públicos prevé un régimen mucho más detallado de los «encargos a medios propios personificados». *Vid.*, Borrador hecho público en abril de 2015.

37. La definición propuesta, totalmente convencional, trata de aunar los criterios establecidos tanto en el Derecho europeo en el español. Como intentaremos explicar más adelante, el Derecho europeo traza una borrosa línea entre los supuestos de contratación *in house* (sentencia *Teckal)* y los de encargos a servicios técnicos (doctrina *Tragsa),* que no se someten a los mismos requisitos. El legislador español, en cambio, regula omnicomprensivamente ambos, provocado algunas dudas de compatibilidad con el Derecho europeo que trataremos de resaltar.

por la actuación de los medios propios no ha pasado desapercibida ni por la doctrina[38] ni por los órganos externos de control y de tutela de la competencia, que han observado el fenómeno poniendo un especial énfasis en sus contornos más críticos[39]. Lo que no resulta sorprendente, dados tanto los evidentes riesgos que genera la actuación de los medios propios, como la dimensión económica que esta ha adquirido.

Según datos recientes, tan solo las entidades integrantes de la Administración General de las diversas Comunidades Autónomas mantenían vigentes en el ejercicio 2013 al menos 2.878 encomiendas de gestión cuyo presupuesto total ascendió a 2.041.923 miles de euros[40]. Por su parte, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) estimó que existían 155 medios propios estatales y autonómicos (37 estatales y 118 autonómicas) el año 2013[41]. Especialmente significativo es el hecho de que el número de entidades consideradas como medio propio de la Administración se había triplicado en seis años, desde el inicio de la crisis hasta 2012.

Desde el punto de vista de su actividad, la importancia económica de los medios propios es especialmente destacable en ámbitos como la obra pública, medio ambiente, residuos y eficiencia energética, ingeniería o servicios de certificación electrónica[42].

Desde la perspectiva de la motivación que emplean los entes matrices para justificar el encargo puede advertirse que son principalmente cuatro las razones empleadas[43].

38. El régimen jurídico de los medios propios ha sido objeto de atención recurrente por nuestra doctrina. *Vid.* la extensa nota bibliográfica final.
39. Entre otros, *vid.* Informe del Tribunal de Cuentas de 28 de noviembre de 2013, núm. 1003, de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012 e Informe del Tribunal de Cuentas de 30 de abril de 2015, núm. 1088 de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa. Igualmente, resulta de gran interés el estudio de la CNC, *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia,* julio 2013.
40. Datos del Informe del Tribunal de Cuentas 22 de diciembre de 2015, de Fiscalización de la utilización de la Encomienda de Gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de la Rioja.
41. CNC, 2013.
42. CNC, 2013.
43. Se sigue en este punto especialmente el informe TC 1088/2015.

En primer lugar, el encargo suele motivarse en la falta de medios para el desarrollo determinadas actividades. Sin embargo, como analizaremos seguidamente, al margen de los supuestos puntuales que atiendan a criterios relacionados con la especificidad, la complejidad y el carácter técnico de las prestaciones a realizar, el recurso a los medios propios puede esconder severos problemas organizativos.

En otras ocasiones, el encargo a medios propios se motiva en la celeridad en la formalización y flexibilidad en su ejecución. En este sentido, solo ha podido comprobarse que existe ciertamente una mayor celeridad en la formalización de la encomienda[44], dada la supresión del tiempo que suponen los trámites dedicados específicamente a la selección el contratista en las licitaciones públicas. Pero ello se realiza a costa de renunciar a las garantías que para la contratación de las Administraciones Públicas dispone el TRLCSP[45].

En tercer lugar, la idoneidad de que los trabajos sean ejecutados por la entidad encomendataria por su experiencia o especialización suele justificar el recurso al encargo. Sin embargo, no es habitual que en estos supuestos se incorpore el análisis de mercado que demuestre que realmente la prestación realizada de este modo se consigue a un menor precio y a una mayor calidad[46].

Finalmente, también se ha utilizado el encargo aludiendo a la incapacidad del mercado para prestar los servicios requeridos, circunstancia que, aparentemente, no siempre queda justificada en los expedientes[47].

De esta forma, puede fácilmente advertirse que tras el genérico recurso a los encargos a medios propios se oculta una realidad poliédrica[48]: en unos casos, se ha utilizado como un instrumento para la realización de concretas actividades de carácter técnico o material de diversa complejidad («encomiendas de resultado»); en otros, ha servido como fórmula para suplir carencias estructurales de personal o de recursos técnicos o materiales de carácter permanente («encomiendas de actividad», recu-

44. *Vid.* CNC (2013: 75).
45. Como reconoce el Informe TC 1088/201, la encomienda de gestión a medios propios es una figura que indudablemente facilita la actividad de los órganos y entidades del sector público, permitiendo una flexibilidad procedimental imposible de obtener mediante otras técnicas de gestión, y facultando su actuación al margen de las garantías que ofrece el TRLCSP y del principio de libre concurrencia la que está sujeta la contratación púbica.
46. *Vid.* CNC (2013: 74).
47. Informe TC 1088/2015, pág. 70.
48. Sobre ello, *vid.* Informe TC 1088/2015, pág. 24.

rrentes o estructurales); en otros, se han utilizado como medio para financiar actividades que de otro modo hubieran debido ser objeto de una subvención[49] o para canalizar actividades acordadas con otras AA. PP. en convenios de colaboración existentes; y en otros simplemente se han utilizado como recurso ágil y flexible para la provisión de obras servicios en sustitución de la licitación pública.

Pesa a la bondad aparente de las razones esgrimidas para justificar el recurso a los medios propios, el empleo que en la actualidad se hace de estos entes instrumentales suscita importantes preocupaciones.

En primer lugar, el recurso habitual a la subcontratación por no disponer el ente encomendado de los medios necesarios para la ejecución del encargo[50] pone en demasiadas ocasiones en entredicho la realidad de las razones esgrimidas. Si el encargo se basa precisamente en que la Administración no tiene medios propios suficientes, resulta cuestionable confiar la actividad a un ente instrumental que no los tiene y que ha de realizarla en su mayor parte o en su totalidad contratando con terceros[51]. Pero es que además, el papel del ente como medio propio de su Administración matriz es el de la ejecución material, no el de convertirse en mero órgano gestor y de contratación[52] ya que en estos casos pervierte así la función de un «auténtico» medio propio para convertirlo en un intermediario, afectándose a la regla de la libertad de empresa y afectándose el régimen jurídico del contrato (y, por ende, los sistemas internos y externos de fiscalización), así como de las reglas procedimentales de adjudicación de los contratos que no alcanzan los umbrales comunitarios[53]. De este modo, existe el riesgo el encargo se convierta en un medio exclusivamente dirigido a orillar el régimen de contratación pública correspondiente al ente encomendante[54]. La cuestión no es en absoluto baladí, ya que en todo caso la CNC ha comprobado que, aunque el grado de publicidad y transparencia empleado

49. Se trata de casos en los que se encargan y financian actividades que son competencia de otra administración o que se ejecutan obras en bienes cuya titularidad no corresponde a la AGE, imputándose al presupuesto de inversiones lo que por su naturaleza debería considerarse como una aportación de naturaliza subvencional. También para la organización de eventos, jornadas, congresos y encuentros se ha utilizado esta vía. *Vid.* Informe TC 1088/2015 (págs. 58, 62 y 63, entre otras).
Sobre la distinción de la subvención respecto a figuras afines, *vid.* Moreo Marroig (2010: 80).

50. *Vid.*, entre otros, Informe del TC 1088/2015, pág. 106.

51. CNC (2013: 99).

52. Rebollo Puig, 390-391.

53. Gimeno Feliu (2010 b: 120).

54. *Vid.* Recomendación tercera Informe del TC 1003/2013.

por las subcontrataciones realizadas por los medios propios es variable, destaca la utilización de procedimientos negociados sin publicidad y contratos menores[55].

Por otro lado, no siempre es evidente que la utilización del medio propio suponga la opción más eficiente. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que en muchas ocasiones los encargos se realizan sin un análisis previo de las condiciones en las que se podría obtener la prestación si se acudiese directamente al mercado[56]. Es más, se ha subrayado que la fijación de tarifas y condiciones en los encargos normalmente no permite la interacción competitiva que, en principio, se produce en los procedimientos licitación[57]. De esta forma, según la CNC, la principal consecuencia es la menor capacidad de la encomienda para reducir las asimetrías de información existentes entre el demandante y el proveedor, aumentando el riesgo de ineficiencias en la determinación de las condiciones comerciales, en particular del precio. Una vez más, el recurso a la subcontratación agrava las dudas sobre la eficiencia del encargo, ya que el medio propio puede verse sobrecompensado dada la fijación previa de la tarifa, en ocasiones muy superior al precio real por el que se subcontrata la realización de la prestación[58].

En todo caso, la realización de las llamadas «encomiendas de actividad» plantea cuestiones adicionales de gran calado. En primer lugar, este tipo de actuaciones pueden producir la descapitalización de las administraciones que tienen atribuidas las competencias, al derivarse hacia los medios propios los recursos que en buena lógica deberían estar destinados en aquellas[59]. Se incrementa además el riesgo de que se produzcan cesiones ilegales de trabajadores[60]. Además, el uso patológico de los encargos ha producido supuestos de alteración *de facto* de la titularidad de la competencia de forma que incluso sería habitual[61].

55. CNC (2013: 36).
56. Informe TC 1088/2015.
57. CNC (2013: 92).
58. *Vid.* por ejemplo CNC (2013: 44).
59. Informe TC 1088/2015, pág. 106.
60. *Vid.* STS 19 de junio de 2012 (rec. 2200/2011). Se han tratado de evitar estas situaciones mediante la aprobación de las *Instrucciones conjuntas de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos y la Secretaría de Estado de Administraciones Pública, de 28 de diciembre de 2012, sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores*.
61. Informe TC (1088/2015: 26). Así, el objeto de los trabajos, en lugar de ser concreto, determinado, ceñido a tareas técnicas de apoyo, o a la realización de actividades materiales complementarias a la actividad puramente administrativa, ha sido definido

Sobradamente es conocido que la competencia es irrenunciable (art. 12.1 LPC). Y el encargo no puede suponer la atribución de potestades públicas a entes de Derecho privado[62]. De hecho, las SSTS de 22 de enero de 2013 (rec. 1626/2011)[63] y de 1 de julio de 2015 (rec. 3012/2013)[64] han tenido ocasión de declarar la nulidad de determinados encargos a medios propios de actividades que implicaban el ejercicio de potestades públicas.

Finalmente, la CNC ha puesto de manifiesto que el recurso de estas encomiendas, en particular cuando es sistemático, puede limitar a terceros operadores la posibilidad de acceder o expandirse en el mercado, así como incidir sobre la neutralidad competitiva entre los medios propios y sus competidores privados ya presentes[65].

---

en ocasiones de forma tan genérica que ha resultado coincidente con la competencia atribuida normativamente al órgano, lo que ha dado lugar a la sustitución fáctica del órgano en el ejercicio de sus tareas propias por la entidad. A su vez, en otros casos, la encomienda ha servido para llevar a cabo el traspaso a un medio propio de un programa de gestión en bloque, cuya competencia original correspondía a uno o varios órganos administrativos.

62. En este sentido, el art. 9.2 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone que el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca. Sobre la interpretación de este límite, *vid.* Cantero Martínez (2011).

63. Dicha sentencia confirma la declaración de nulidad de la Resolución de la Consejería de Empleo por la que se formaliza acuerdo de encomienda con la fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo las actividades materiales y de gestión, exclusivamente administrativas, del Registro de Empresas acreditadas como Contratistas y como subcontratistas. El Tribunal concluye que las tareas de clasificación y registro de contratista y subcontratistas, por los efectos jurídicos que representan para estos, requieren de actos, aunque sean de trámite, que en muchos casos suponen el ejercicio de potestades administrativas.

64. En este caso se anula encomienda a la Fundación Asturiana de Atención y Protección a personas con discapacidades y/o Dependencias, de forma temporal, el análisis y valoración de la documentación presentada por los centros de servicios sociales para su acreditación, así como la emisión de informes sobre el cumplimiento de aquellos requisitos de acreditación de índole documental de los centros de atención de servicios sociales en el ámbito territorial del Principado de Asturias. El Tribunal concluye que la encomienda litigiosa atribuye a la FASAD la intervención en el procedimiento administrativo de acreditación. Aparte de que, como señala la recurrente, no se trata de una mera actividad de «mero trámite» en el sentido del artículo 15.2 de la Ley 30/1992, lo relevante es que se encomienda a un ente fundacional una actuación administrativa, procedimental, para la que rige la doble prohibición del artículo 15.5 de la Ley 30/1992.

65. CNC (2013: 92).

III. LA DISCIPLINA DE LOS LLAMADOS MEDIOS PROPIOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. PREMISA: EL EFECTO DIRECTO DE LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

El plazo de trasposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante DCP) ha transcurrido ya sin que en Derecho español se haya procedido su trasposición. Esta circunstancia tiene especial trascendencia en relación con el régimen jurídico de los encargos a medios propios, ya que la nueva Directiva contiene una disciplina muy detallada de las distintas fórmulas de colaboración público-pública en su artículo 12. Entre estas fórmulas se encuentran los que en Derecho español hemos conceptualizado como encargos a medios propios[66]. Ello plantea el problema práctico de determinar si concretamente dichas disposiciones gozan de efecto directo.

Pues bien, las nuevas disposiciones, además estar dotadas de un carácter incondicional y suficientemente preciso, sistematizan la jurisprudencia europea anterior, por lo que su contenido ya está recogido en nuestra legislación[67]. Así, en el estudio realizado por los Tribunales administrativos de recursos contractuales[68] se subraya que el art. 12 DCP gozaría de efecto directo en cuanto a este aspecto.

Con idénticos efectos prácticos, la JCCA de Cataluña ha afirmado que el art. 12 DCP, dado que determina el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva, no requiere estrictamente transposición y tiene efecto directo, de manera que los «contratos públicos que alude quedan fuera de su ámbito de aplicación sin necesidad de ninguna actuación por parte de los estados miembros»[69].

---

66. En general sobre las técnicas de cooperación en la Directiva 2014/24/UE, *vid*. Gallego Córcoles (2015).

67. En relación con ello, el Informe 17/2015, de 3 de diciembre la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Aragón analizó los «efectos» de las directivas de contratación pública una vez finalizado el plazo de transposición. En este informe se resalta a modo de ejemplo que las previsiones relativas a los medios propios de las directivas positivizan la jurisprudencia europea, por lo que ya estaría transpuesta, como consecuencia de la incorporación gradual de estos criterios.

68. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016, pág. 21.

69. Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente). A esta misma conclusión había llegado antes el Informe AG ENTES PÚBLICOS 3/2015 (R-612015) en relación

En definitiva, es preciso considerar que prácticamente en su integridad el régimen de los medios propios previstos en la Directiva es aplicable en Derecho español, lo que permite arrojar algo de luz sobre la vidriosa configuración jurídica de este tipo de entes.

2. LA DIRECTIVA 2014/24/UE: DESARROLLOS Y MATIZACIONES DE LA DOCTRINA «TECKAL»

No todos los «contratos» –definidos ahora en el art. 1.5 DCP[70]– que celebren los entes del sector público entre sí deben someterse a la Directiva. De esta forma, dentro del Título I («Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales») y dentro de la sección tercera del capítulo I («Exclusiones»), el art. 12 DPC regula los «contratos entre entidades del sector público».

Los primeros dos apartados del precepto regulan los contratos de un ente a un medio sobre el ejerce en exclusiva un control análogo al que ostenta respecto a sus propios servicios (contratos *in house* en sentido estricto). El tercero disciplina los supuestos de «cooperación vertical» –o lo que es lo mismo los encargos a medios propios controlados conjuntamente por varios poderes adjudicadores–. El cuarto se ocupa de la llamada «cooperación horizontal» y el quinto precisa cómo aplicar uno de los criterios –concretamente el de actividad – previsto en los apartados 1, 3, y 4–. Ha de advertirse así que la terminología que emplea la Directiva es diferente a la convencionalmente adoptada en la doctrina española, de modo que por encargos a medios propios incluimos tanto lo que hemos denominado contratos *in house* en sentido estricto como las hipótesis de cooperación vertical y de encargos a servicios técnicos –a los que se alude en el considerando trigésimo cuarto de la Directiva–[71].

Pues bien, al margen de los supuestos de cooperación horizontal, un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de

---

con la posibilidad de que puedan llevarse a cabo encargos de carácter horizontal, lo que, en mi opinión, no obstante, resulta menos evidente.

70. Se definen como «contratos públicos» los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios. El concepto de «operador económico» se contiene ahora en el art. 1.10 DCP.

71. Hemos tratado de emplear aquí la terminología del Documento de trabajo de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público), SEC (2011) 1169 final, de 4 de octubre de 2011, a cargo de la DG Mercado Interior y Servicios.

la Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones que analizaremos en seguidamente.

Criterio del control análogo. En especial, el control análogo conjunto

El primer requisito para que un acuerdo entre dos entes pueda considerarse un encargo a un medio propio consiste en que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que goza sobre sus propios servicios. Por «control análogo» ha de entenderse posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control. En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional. Control, además, que ha de ser efectivo[72].

En la jurisprudencia TJUE una de las cuestiones más controvertidas ha sido precisamente perfilar el contenido del «control análogo» cuando se trata de supuestos de cooperación vertical, es decir, cuando son varias las entidades que ejercen pretendidamente este tipo de control sobre un mismo ente instrumental. Al margen de la doctrina contenida en la discutible y discutida STJUE de 19 de abril de 2007, *Tragsa,* sobre la que volveremos después, la STJUE de 13 de noviembre de 2008, C-324/07, *Coditel,* concluye que la existencia de control análogo debe verificarse con relación al conjunto de autoridades públicas a las que pertenece la entidad encomendada, no siendo preciso que el ente encomendante ejerza un control individual sobre el ente instrumental común. Como señala Pernás García[73], esta doctrina expande las posibilidades autoorganizativas de las entidades públicas (especialmente aquella que tengan menos recursos), sin necesidad de acudir al mercado mediante la aplicación del Derecho de los contratos públicos.

En todo caso, precisiones adicionales han sido contenidas en la STJUE de 29 de noviembre de 2012, *Econord,* según la cual:

> «Si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre esta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad

72. STJUE de 29 de noviembre de 2012, C-182/11.
73. Pernás García (2009: 57).

> en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto.
>
> En efecto, una posición de una entidad adjudicadora en el seno de una entidad adjudicataria poseída en común que no confiera a aquella la más mínima posibilidad de participar en el control de esta daría pie a que pudiera eludirse la aplicación de las normas de Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o concesiones de servicios, puesto que una asociación meramente formal con tal entidad adjudicataria o con un órgano común de dirección de esta eximiría a la entidad adjudicadora de la obligación de incoar un procedimiento de licitación de conformidad con las normas de la Unión, aun cuando la entidad adjudicadora no tuviera ninguna participación en el ejercicio del «control análogo» sobre la entidad adjudicataria» (apartados 30 y 31).

Esta sentencia resulta de especial interés porque expresamente admite que el dato de la participación pública en el capital social no es por sí solo suficiente para determinar la existencia de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios[74]. Dicho en términos más explícitos, la mera posesión de una pequeña porción del capital social por parte de una Administración no implica que el ente en cuestión deba ser considerado automáticamente medio propio de la Administración accionista minoritaria. Y es que el límite del nivel máximo de flexibilidad para reconocer la condición de medio propio es la efectividad del control, y así se desprende, como advierte Gimeno[75], de la posterior sentencia, *Technische Universität Hamburg-Harburg*[76].

En relación con este requisito, la nueva Directiva sistematiza qué tres requisitos deben concurrir para que pueda entenderse que existe un supuesto de control conjunto por parte de distintas entidades sobre un mismo ente instrumental. Así, los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

> a) Que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos.

La DCP se limita a codificar la jurisprudencia existente, que proporcio-

74. *Vid.* Bernal Blay (2013: nota 7).
75. Gimeno (2014: 71).
76. STJUE de 8 de mayo de 2014, C-15/13.

na ejemplos tanto de participación directa como indirecta en los órganos decisorios de la entidad controlada. Así, en el supuesto *Sea*[77], el Comité unitario y los Comités técnicos del ente controlado estaban integrados por representantes de las entidades socias. Cada una de estas entidades tenía voz en el seno de dichos Comités, cualquiera que fuese el tamaño de la entidad de que se tratara o el número de acciones que poseyera, por lo que el ejercicio de un control conjunto sobre el ente instrumental era evidente. Por su parte, en la sentencia *Coditel*, el Consejo Rector de la entidad controlada se componía de representantes de los municipios asociados, designados por la asamblea general, que a su vez estaba formada por representantes de los municipios asociados. El Tribunal de Justicia concluyó también en este caso que el hecho de que los órganos de decisión estuviesen compuestos por delegados de las autoridades públicas asociadas indicaba que estas intervenían en los órganos de decisión de la entidad controlada y, por lo tanto, podían ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de esta.

> b) Que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

Como hemos ya resaltado, en el supuesto que motivó la sentencia *Econord* puso de manifiesto que la participación en el capital social y en los órganos de dirección puede no ser suficiente para entender que un poder adjudicador ostenta sobre determinada entidad un control conjunto.La cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia en ese caso es si el derecho a ser consultado, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar a un miembro del Consejo de Administración de común acuerdo con otras entidades permite afirmar que un accionista que posee una a sola acción ostenta un control sobre la entidad análogo al que se dispone sobre los propios servicios.

El Tribunal respondió de forma un tanto ambigua que el requisito del control análogo:

> «Se entenderá cumplido cuando cada una de las administraciones participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión».

En base a ello, el *Consiglio di Stato*[78] entendió que el supuesto concreto no estaba sometido a la normativa europea sobre contratación, en una in-

77. STJUE de 10 de septiembre de 2009, C-573/07.
78. Sentencia de 12 de junio de 2013, recurso n. 4392 del 2009.

terpretación de la sentencia *Econord* excesivamente literal. Como ha destacado Gimeno[79], en este caso es discutible que pueda alegarse la existencia de una relación de control efectivo, ya que este no puede deducirse del derecho de consulta (no vinculante), del nombramiento de un auditor de cuentas (que no forma parte del órgano de dirección de la entidad) o de la posibilidad de designar un miembro del consejo de administración de común acuerdo con los otros ayuntamientos.

En definitiva, como ha subrayado Arrowsmith[80], si una de las autoridades que de forma conjunta controla a la entidad adjudicataria ostenta un capital o poderes tan amplios que puede por sí misma ejercitar el control sobre ese organismo pese a que otras entidades ostentan también capital o poder en sentido formal, no se aplica la excepción de cooperación vertical[81]. Es esta interpretación, a mi juicio, la que debe guiar la exégesis de la nueva norma.

c) Que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

Por su carácter en cierto modo novedoso, es este criterio el que mayores dificultades interpretativas eventualmente puede presentar.

Como antecedente, el TJUE había afirmado que la entidad controlada no debe tener vocación de mercado, ya que ello puede «precarizar» el control ejercido sobre ella por las entidades adjudicatarias (entre otras, sentencia *Sea*). De hecho, aunque se trata de un parámetro que no ha resultado decisivo en los supuestos analizados, el TJUE ha empleado la ausencia «vocación de mercado» del ente controlado como criterio para confirmar la existencia de un control análogo por parte de los poderes adjudicadores[82]. En este sentido, se advertía que, aunque se garantice la

79. Gimeno Feliu (2014: 70).

80. Arrowsmith (2014: 506).

81. En mi opinión, al resolver el supuesto *Econord*, el *Consiglio di Stato* olvidó que el control no debe basarse únicamente el poder de la mayoría del accionariado, sino en el hecho de que los distintos poderes adjudicadores deben ser capaces de contribuir efectivamente al control de la sociedad adjudicataria. Conviene recordar que según el apartado 30 de la sentencia *Econord*, «si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre esta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto».

82. En la sentencia *Sea* el Tribunal de Justicia descarta la pretendida vocación de mercado del ente controlado, tomando en consideración tanto el ámbito geográfico de la

influencia en la toma de decisiones, el control puede resultar débil si la actividad de la entidad controlada se orienta al mercado. En este contexto, por tanto, si por definición los poderes adjudicadores se caracterizar por que persiguen la satisfacción de interés generales (art. 2.4 DCP), han de reputarse contrarios a estos los intereses de mercado. En otros términos, a mi juicio la persona jurídica controlada no ha de perseguir ánimo de lucro[83].

En relación con la pertinencia del requisito se ha señalado que el fin lucrativo o no de la entidad adjudicataria no mina tanto la efectividad del control ejercido sobre el ente como puede eventualmente plantear conflictos de intereses de la entidad controlada con los de uno o varios de los entes matrices[84]. Y esta es, en mi opinión la perspectiva que debe adoptarse a la hora de valorar la existencia del criterio del interés. No se trata tanto de hacer el énfasis en las relaciones con terceros –pues en cierto modo el nuevo requisito se solaparía con el criterio de la actividad que analizaremos inmediatamente– como de asegurar que el medio propio se lucre a costa de los entes que lo controlan, lo que supondría en todo caso una evidente contraposición de intereses. Dicho en otros términos, si los intereses comerciales se oponen a los intereses públicos, en la relación ente matriz y medio propio ha de estar ausente el ánimo de lucro para que no exista conflicto alguno.

En consecuencia, en mi opinión, en la trasposición de esta regla al Derecho interno debería añadirse expresamente que la contraprestación percibida por el encargo debe orientarse estrictamente a sufragar los costes originados como consecuencia de la prestación, de forma que el medio propio no debe obtener ningún beneficio que no sea el reembolso de los costes reales de los encargos realizados a favor de los poderes adjudica-

---

entidad como la posibilidad de que estableciese relaciones con terceros. En relación con el ámbito geográfico de las actividades de la sociedad adjudicataria, este no se extendía más allá del territorio de los municipios que son sus accionistas, dándose la circunstancia, además, que dicha sociedad tenía por objeto gestionar los servicios públicos únicamente para tales municipios. Por otro lado, la facultad de que disponía de tratar con empresas del sector privado era accesoria y necesaria para la ejecución de sus funciones de servicio público.

83. En todo caso, no se trata solo de una cuestión relativa a la intensidad del control sino también los efectos perniciosos que esta orientación al mercado puede tener en la competencia, en la medida que el medio propio puede beneficiarse de ventajas obtenidas en las adjudicaciones «internas» cuando compita con entes privados en el mercado. Ahora bien, la mayor carga de minimizar estas consecuencias indeseadas se realiza acotando la posibilidad de que los medios propios actúen para otros entes a través del criterio de actividad que estudiaremos seguidamente.

84. Arrowsmith (2014: 519).

dores[85]. De esta forma, añadiendo esta regla se aclararía el contenido del criterio del interés que ha formulado la DCP, en línea de lo sugerido por la CNMC en las observaciones que formuló al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 2015[86].

Y es que, en efecto, como ha destacado el Tribunal de Cuentas[87] teniendo en cuenta que nos encontramos ante una relación interna, derivada de una operación no de mercado, la fijación de las tarifas debería hacerse atendiendo a los costes de realización del encargo, pudiendo estos contemplar márgenes para atender a desviaciones e imprevistos, pero debiendo estos liquidarse, justificando así que efectivamente dichas desviaciones e imprevistos se han producido[88]. Así, como añade este órgano, los márgenes de rentabilidad no entran dentro de la lógica y la coherencia jurídico-económica de los encargos a medios propios ya que las entidades encomendantarias se financian con fondos públicos, con lo que no asu-

85. *Vid.* En este sentido CNC (2013: 98). De hecho, la propuesta de Directiva exigió como requisito para la aplicación del criterio del control análogo que la persona jurídica controlada no obtuviese ningún beneficio que no fuera el reembolso de los costes reales de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores. Y aunque Tiago Ferreira (2015) afirma que una vez que la versión final no recoge este presupuesto queda abierta la posibilidad de transferencia de asignaciones o ayudas para las entidades instrumentales que se pueda traducir en precios de mercado, en mi opinión ello no es necesariamente así, y, en todo caso, los legisladores nacionales pueden establecer este límite expreso en su normativa de trasposición.

86. *Informe sobre el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público (IPN/CNMC/010/15), de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (pág. 33). Asimismo, la CNMC recomienda expresar los mecanismos para el control efectivo de este requisito. En la norma proyectada en Derecho español, en una redacción quizá en exceso dependiente de la Directiva, se prevé «*que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que hacen el encargo*».

87. Informe TC 1003/2003, pág. 56. Dicho informe sistematiza los distintos criterios empleados por medios propios estatales para la fijación de la tarifa. De esta forma, en determinados supuestos se fijarían atendiendo a costes reales de realización (TRAGSA, SEGIPSA, BOE, OATPFE, SEGITTUR), en otros mediante costes directos e indirectos más márgenes para atender desviaciones e imprevistos (ISDEFE, INSA, INTECO, RED.es), también utilizando costes directos e indirectos más márgenes para atender desviaciones e imprevistos y márgenes de rentabilidad y por último, cotes del producto o servicio más porcentaje de beneficio industrial detraídas ayudas públicas (FNMT-RCM).
Frente a lo anterior, la CNC (2013) concluyó que normalmente a los ingresos que recibe el medio propio se adiciona el margen razonable de beneficio acorde con los riesgos que asume el medio propio. Su cuantía varía entre un 2 y un 8 %.

88. Sobre esta cuestión se insistiría en el Informe Tribunal de Cuentas 1088/2015 (pág. 136) en el que se subraya que los precios de determinados componentes de la prestación fijados a tanto alzado, deben tener la consideración de «gastos a justificar» y, por tanto, para su abono, los órganos o entidades encomendantes deben exigir su pormenorizada justificación documental a las encomendatarias.

men el riesgo del empresario particular, y actúan en las relaciones con su matriz como si de un órgano técnico jurídico se tratase, desplegando su personalidad jurídica únicamente en sus relaciones con terceros.

Criterio de actividad

Según el apartado b) del art. 12.3 DCP, para que pueda entenderse que concurre un supuesto de adjudicación *in house*, más del 80 % de las actividades de la persona jurídica controlada han de llevarse a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores.

El requisito que exige que la persona controlada haya de realizar la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece fue ya uno de los dos condicionantes establecidos en la sentencia *Teckal*. Y es que la participación en el mercado del ente controlado incrementa significativamente el riesgo de que la cooperación entre entidades públicas produzca distorsiones en la competencia en detrimento de los operadores privados. Si un número potencialmente amplio de autoridades contratantes participantes adjudican contratos directamente a una entidad que actúa en el mercado, esta entidad gozaría de una ventaja competitiva frente a operadores privados con los que competiría en igualdad.

Siendo ello evidente, la duda, en todo caso, ha sido definir con precisión en qué consiste «la parte esencial de su actividad».

Esta cuestión fue abordada, no sin dificultad, en la sentencia *Carbotermo*, en la que el Tribunal de Justicia concluyó que debía tomarse en consideración todas las circunstancias del caso, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Desde una perspectiva estrictamente cuantitativa se rechazó la aplicación analógica del criterio del 80 % de la actividad previsto en el art. 13 Directiva 93/38/CEE, empleado para definir a las «empresas asociadas»[89]. Precisamente por ello, en la propuesta

89. Según aquel precepto, la presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios: a) que una entidad contratante celebre con una empresa asociada; b) que una empresa conjunta, constituida por varias entidades contratantes con el fin de desarrollar las actividades contempladas en el apartado 2 del artículo 2, celebre con una de dichas entidades contratantes o con una empresa asociada a una de estas entidades contratantes, siempre que como mínimo el 80 % del promedio del volumen de negocios que tal empresa haya efectuado en la Comunidad en los últimos tres años en materia de servicios provenga de la prestación de estos servicios a las empresas con las que esté asociada. Cuando más de una empresa afiliada a la entidad contratante preste el mismo servicio o servicios similares, deberá tenerse en cuenta el volumen de negocios total en la Comunidad resultante de la prestación de servicios por dichas empresas. En términos similares, *vid.* art. 23 de la Directiva 2004/17/CE. Los contratos adjudi-

original de la Directiva este porcentaje se elevó a un 90 %, aunque la tramitación posterior lo ha rebajado a la cifra finalmente establecida.

En todo caso, la nueva Directiva facilita la aplicación del controvertido criterio relativo a la «actividad esencial» del ente. De esta forma, la DCP opta por una solución que refuerza la seguridad jurídica, si bien, probablemente, son los criterios cualitativos –en lugar de los cuantitativos– los que aseguran una mejor protección al principio de libre concurrencia[90].

En todo caso, puede advertirse fácilmente que la nueva regulación introduce cierta matización a la jurisprudencia del TJUE, por lo que es obligado preguntarse si esta concreta disposición tiene efecto directo. Con buen criterio, el documento de trabajo de los Tribunales administrativos de recursos concluye que la regla de la actividad, si bien no aparece recogida en el artículo 24.6 del TRLCSP, no se opone a su contenido, y es suficientemente clara, precisa e incondicionada como para apreciar que goza de efecto directo[91]. A mi juicio, en todo caso, gozaría de un indudable valor hermenéutico.

Finalmente, según el art. 12.5 DCP, para determinar este porcentaje de se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la re-

---

cados a empresas asociadas se regulan ahora en el art. 29 de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

90. En este sentido, *vid*. las conclusiones abogado general Geelhed en el supuesto *Teckal* (pág. 114 y 115). Según estas si un servicio instrumental interno «propio» de un ente público se manifiesta en segmentos abiertos del mercado, sin que se tomen medidas suficientes y transparentes para evitar que dicho servicio, en el juego de la libre competencia en los segmentos públicos del mercado, utilice posibles ventajas financieras y materiales de las que disfrutar por actuar, en cuanto a la mayor parte de sus actividades, como medios instrumental de un ente público, entonces no se cumplen los requisitos explícitos establecidos en el art. 86 CE, apartado 1. Tal omisión sería en particular contraria a los arts. 43 y 49 CE, porque medios instrumentales propios que realizan actividades adicionales en los mercados nacionales abiertos pueden dificultar el acceso a potenciales candidatos de otros Estados miembros.
En un sentido similar, subraya Morillo-Velarde Pérez (2016: 69) que se hubiera debido hacer un esfuerzo para indagar un criterio más flexible que el estrictamente numérico.

91. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2016).

organización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

Capital íntegramente público, salvo supuestos excepcionales

La jurisprudencia ha negado la existencia de un «control análogo» al que se ejerce sobre los propios servicios cuando existe participación privada en el ente encargado de realizar la prestación [SSTJUE de 11 de enero de 2005, C-26/03, *Stadt Halle*[92], y 10 de noviembre de 2005, C-29/04, *Comisión contra Austria*]. Y ello, como ha declarado recientemente la STJUE de 19 de junio de 2014, C-574/12, *Such,* aunque los socios privados del ente que ha de realizar la prestación tengan carácter minoritario y estén conformados por asociaciones de solidaridad social sin ánimo de lucro.

Ahora bien, la condición de que la empresa sea totalmente pública no implica necesariamente que se pueda considerar medio propio de la Administración. Así se puso ya de manifiesto en la STJUE de 13 de octubre de 2005, C-458/03, *Parking Brixen*. Aunque la circunstancia de que el poder adjudicador posea por sí solo o junto con otros poderes públicos la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiene a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (STJUE de 11 de mayo de 2006, C-340/04, *Carbotermo*).

El principal motivo de esta restricción no parece ser tanto que impedir que los intereses representados por el capital privado puedan minar el control ejercido por el socio público[93], como evitar que operadores priva-

92. La sentencia analizó un supuesto de adjudicación directa de un contrato a una sociedad de economía mixta. Y el Tribunal concluyó que «es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartados 50 y 51)».

93. De ser esta la verdadera razón que impone la composición totalmente pública de los entes implicados, el criterio habría de entenderse no tanto como una prohibición

dos puedan obtener directamente contratos que les permitan subvencionar otras actividades en el mercado. Esta preocupación es ahora explícita en el considerando 32 de la Directiva, según el cual, la excepción debe extenderse a situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, puesto que, en esas circunstancias, la adjudicación de un contrato público sin un procedimiento de licitación ofrecería al operador económico privado con participación en el capital de la persona jurídica controlada una excesiva ventaja respecto a sus competidores.

Por todo ello, una de las cuestiones que ha suscitado mayor perplejidad en la exégesis de la nueva Directiva es la previsión expresa de que en el ente controlado exista capital privado. Así, la DCP, aunque excluye la participación directa de capital privado en el medio propio, lo hace con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados. Se rectifica así el contenido de las sentencias *Stadt Halle* o *Such* que acaban de ser mencionadas.

En todo caso, la participación de capital privado constituye una posibilidad muy excepcional.

En primer lugar, la participación del capital privado directo en la sociedad controlada debe tener su origen en una imposición legal. En mi opinión, la legislación no solo ha de prever la posibilidad de que participen operadores económicos privados, sino que la participación de estos ha de resultar obligatoria[94]. Por ello, si bien el artículo 12.1 c), de la Directiva permite que

absoluta de participación de capital privado en el ente controlado, sino desde una perspectiva funcional. Es esta óptica la que guió algunas interpretaciones.
En efecto, en sus conclusiones de 15 de junio de 2000, *ARGE*, el Abogado General Léger, postulaba que para determinar si existía control análogo sobre una sociedad de economía mixta era preciso comprobar el número y la naturaleza de los puestos ocupados por representantes de operadores privados en los órganos de decisión de dicho organismo y declarar en qué medida los poderes de este modo repartidos inciden, según el Derecho interno aplicable, en las orientaciones económicas tomadas por el ente
En el mismo sentido, la Abogada General Stix-Hack, en sus conclusiones presentadas el 23 de septiembre de 2004, *Stadt Halle,* afirmó literalmente que también aquellos organismos en los que tenga una participación un socio minoritario privado pueden cumplir el criterio del control, pues debe deducirse que la excepción establecida en la sentencia *Teckal* no se aplica únicamente a las sociedades propias, sino también a las sociedades mixtas público-privadas.

94. Cfr. Carullo (2014: 1014), para quien parece preferible dejar a la Administración la posibilidad de valorar, caso por caso, la utilidad efectiva de la participación de los privados en ente controlado, a la vista de las eventuales ventajas que pudiera suponer el know-how de la iniciativa privada.

en ciertos casos se exceptúe la regla de no participación de capital privado en la entidad que tiene la condición de medio propio por las disposiciones legales nacionales, el TRLCSP no recoge dicha excepción, lo que constituye una situación respetuosa con el contenido de la Directiva, en tanto en cuanto no se limita el ámbito de aplicación de la misma. Consecuentemente esta excepción carece de efecto directo, al no existir previsión normativa alguna al respecto[95]. En todo caso, se trata de una previsión de muy difícil encaje en el sistema normativo español vigente[96], pues el legislador europeo parece dirigir esta posibilidad a los órganos públicos con afiliación obligatoria tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de algunos servicios públicos[97], en principio extraños a nuestro Derecho. De hecho, en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 2015 no se trasponía esta posibilidad.

En segundo lugar, además, el capital público es el que ha de ejercer el control efectivo sobre el medio propio.

Al margen de esta novedad destacada, desde una perspectiva más general la Directiva aclara que el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada, y no otras formas de participación, como pudiera ser la concesión de préstamos[98].

3. LA DOCTRINA «TRAGSA»Y LA NECESIDAD DE ACOTAR SUS CONSECUENCIAS. LA RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2015

Probablemente si una sentencia ha contribuido a consolidar la concepción existente de los medios propios en Derecho español ha sido la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *Tragsa-Asemfo.*

95. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2016).
96. *Ibidem.* En idéntico sentido, Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente).
97. *Vid.* Considerando trigésimo segundo. En todo caso, la posibilidad de que el medio propio cuente con capital privado en los términos que estamos comentando se introdujo en el Parlamento europeo, enmiendas 75 y 79, que no cuentan, desgraciadamente, con justificación. En todo caso, cabe recordar que en su Resolución legislativa sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043(INI), el Parlamento Europeo ya reclamó una definición más precisa del concepto de «control análogo» que ejerce la autoridad pública organizadora sobre el proveedor de servicios, especialmente –se decía– en los casos en los que empresas mixtas, en nombre de la autoridad pública organizadora y en el contexto del cumplimiento de sus misiones, prestan servicios básicamente financiados y garantizados por esta.
98. Estas cuestiones se abordaron ya en el documento de trabajo de la Comisión. *Vid.* pág. 8.

En su sentencia de 8 de mayo de 2003, C-349/1997, el TJUE concluyó que un organismo como TRAGSA que, pese a su autonomía financiera y contable, está plenamente sujeto al control del Estado español debe considerarse un servicio propio de la Administración española, en el sentido del art. 3, apartado 5, párrafo primero, del Reglamento n.º 154/1975. Ahora bien, esta apreciación del Tribunal de Justicia se refería a las actividades que TRAGSA realizó por encargo del Estado español para el establecimiento de un registro oleícola. En el supuesto *Tragsa-Asemfo*, sin embargo, se discute la consideración del ente instrumental como medio propio no solo de la Administración del Estado sino también de Comunidades Autónomas, lo que era en principio harto discutible en recta aplicación de la doctrina *Teckal,* como analizaremos seguidamente.

Como hemos insistido, tanto en la configuración jurídica de TRAGSA como en la de otros medios propios, el legislador español puso especial empeño en establecer que la fuente de las obligaciones que surgen a cargo del medio propio –caracterizado normativamente como medio propio y servicio técnico[99]– es un acto unilateral del encomendante, a fin de evitar la aplicación de la normativa de contratos públicos. De hecho, la duda que se planteaba en sede europea es si estos actos unilaterales –los encargos– estaban sometidos a los mismos requisitos que la contratación *in house* (es decir, los negocios bilaterales entre una administración y una personificación instrumental sobre la que se ejerce un control análogo). Pues bien, como señaló el abogado General Geelhoed en sus conclusiones:

> «58. El hecho de que en el presente caso se trate de encargos encomendados por una entidad (la Comunidad Autónoma) a un medio instrumental (TRAGSA) de otra entidad (la administración central española), *en los que falta todo elemento de un contrato a título oneroso*, no es óbice para que esta actuación de la Administración tenga las mismas consecuencias económicas que una estructura en la que una entidad encomienda encargos en virtud de contratos onerosos a una persona jurídica sometida al control de otra entidad.
>
> 59. En ambos casos, los encargos para el suministro de bienes, la prestación de servicios y la realización de obras públicas se sustraen a las normas sobre la competencia, con todas sus consecuencias reales y potenciales para la libre circulación de bienes y servicios y para la libertad de establecimiento del mercado común. *Por consiguiente,*

99. Es decir, no se trata tanto de determinar si funcionalmente es *análogo* a un medio propio, sino que, pese al dato de la personalidad jurídica, estos entes se configuran en derecho español *propiamente* como medios propios.

deben ser apreciados, en lo posible, de conformidad con los mismos criterios»[100].

A mi juicio resulta incuestionable que dos de los criterios *Teckal* –control análogo y ejecución de la parte esencial de la actividad a favor del ente que lo controlaba– no se verificaban en las relaciones de TRAGSA con las CC. AA. Por un lado, las CC. AA. no tenían influencia efectiva sobre el ente. Por otro, las actuaciones que TRAGSA realizaba a favor de la Administración del Estado no eran, ni mucho menos, la parte esencial de su actividad[101].

Pese a la trascendencia del fallo, destaca en la sentencia la excesiva parquedad del razonamiento[102], que ha empañado su análisis posterior. Porque el TJUE no entrará a analizar la concurrencia de los requisitos *Teckal* ya que se parte de negar la premisa mayor: que exista un contrato entre dos personas jurídicas distintas. En efecto, la jurisprudencia relativa a la contratación *in house* parte de que, aunque formalmente existe un contrato oneroso entre dos personas jurídicas distintas, funcionalmente el acuerdo queda excluido de la aplicación de las Directivas sobre contratación pública. En la sentencia *Tragsa-Asemfo* sencillamente se negará que exista un *contrato* entre dos personas jurídicas distintas, lo que, a mi juicio de forma desenfocada, impedirá al Tribunal el examen de los requisitos relativos al control y a la actividad.

En definitiva, el TJUE aceptará que el Derecho europeo de la contrata-

100. Se insiste en la misma idea, por ejemplo, en el apartado 84:» (...) en el contexto legal y fáctico del litigio principal *no se trata de una situación* en la que el ente público que encomienda encargos *atribuya, en virtud de un contrato oneroso, un encargo a una persona jurídica independiente, sobre la que ejerza un «control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. (...)* Si bien TRAGSA tiene personalidad jurídica separada, debe ser calificada de «servicio propio». *Esto resulta inequívocamente de la legislación española correspondiente».*

101. En aquel momento, más del 99 % de las acciones de TRAGSA seguían siendo propiedad directa o indirecta del Estado español. Cuatro Comunidades Autónomas tenían una participación casi simbólica en el capital social de TRAGSA. Por otro lado, solo alrededor del 30 % del volumen de negocios de TRAGSA procedía de la Administración central española. Como insistió el Abogado General Geelhoed, «no se cumple el requisito de que los entes públicos competentes puedan ejercer una influencia determinante, tanto sobre las decisiones estratégicas como sobre las decisiones importantes de la persona jurídica, cuando los servicios públicos que utilizan a la persona jurídica como servicio instrumental no tiene una influencia directa sobre el contenido del estatuto legal aplicable a esta persona jurídica, ni sobre las tarifas que esta puede aplicar a sus actividades, y cuando, además como accionista de dicha persona jurídica no pueden ejercer una influencia determinante sobre las decisiones de esta última».

102. Resaltada, por ejemplo, por González García (2008: 224).

ción no es aplicable a una persona jurídica que con arreglo a su estatuto legal debe calificarse de un «medio propio» de la Administración y que, sin contratos a título oneroso, está obligada a ejecutar los encargos que le encomienden los entes públicos competentes para ello. De esta forma, para la consideración de TRAGSA como medio propio autonómico al TJUE le bastó poner el énfasis en que la entidad está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las CC. AA. y los organismos independientes de ellas. De este modo, el TJUE insiste en que

> «TRAGSA no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones» (apartado 54)

y en que de la normativa nacional

> «también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las CC. AA. como medio propio instrumental y servicio técnico de estas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado Español, TRAGSA no tiene posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual»[103].

No hemos de ocultar que lo establecido en esta única sentencia no deja de ser una desviación de una doctrina más o menos asentada en otras resoluciones precedentes[104]. El elemento así que distinguiría este supuesto aislado de los anteriores es la inexistencia propiamente de un *contrato* en-

103. En cualquier caso, el contenido de la sentencia fue pronto asumido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de enero de 2008 (rec. 548/2002) que, no obstante, contó con los votos particulares de Campos Sánchez y Espín Templado, en los que, más allá de la proyección de la doctrina Teckal sobre TRAGSA, criticaban la sentencia al haber en su juicio omitido un pronunciamiento sobre si había alguna limitación a los legisladores nacionales en la configuración de un medio propio. Se subrayaba así que quedaba la duda de si el Derecho de la Unión europea permitía la regulación nacional que configura un medio propio de la Administración con competencias para intervenir en un sector del mercado sin limitación de ningún género –como la necesaria presencia de un interés público relevante, razones de necesidad o urgencia o ausencia de iniciativa privada de tal forma que dicho sector económico o un porcentaje significativo del mismo queda fuera de la posibilidad de que las empresas comunitarias accedan al mismo mediante los sistemas de contratación administrativa.

104. En un sentido similar, señala Montoya Martín (2009: 92) que el entendimiento que el art. 24.6 TRLCSP hace del control análogo llega a desvirtuarse, consagrando la práctica de la «cesión de medios propios» entre Administraciones Públicas, que es lo que realiza el TJUE de manera extraña a su propia doctrina en la sentencia TRAGSA. Vid. igualmente Bernal Blay (2008), para quien la sentencia TRAGSA constituye un error de la apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso

tre dos entes. Pero en esta sutil distinción existe un alto grado de esoterismo. Si en el caso de la contratación *in house,* pese a que formalmente existe un contrato[105], se excluye este de las Directivas sobre contratación por la funcionalidad autoorganizativa de este acuerdo, sorprende que baste que formalmente no exista un contrato –sino un acto unilateral– para evitar la aplicación de la normativa sobre contratación, sin que sea preciso analizar funcionalmente la estructura de la declaración de voluntad que hace nacer la obligación. Porque a mi juicio, existe el riesgo de que esta pueda parecerse más a la aceptación de contrato de adhesión que a un negocio jurídico unilateral. A mayor abundamiento, como señaló Bernal[106], la obligatoriedad de los encargos no es la causa de la existencia de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios, sino precisamente una consecuencia del mismo. Este elemento no debiera fundar una presunción *iuris et de iure* del carácter de medio propio del ente encomendado.

Sea como fuere, lo cierto es que la DCP, no solo no rectifica la doctrina de la sentencia de la sentencia TRAGSA –de la que, por cierto, no han existido ecos posteriores–, sino que la consagra. De este modo, el considerando trigésimo cuarto, que no estaba incluido en la propuesta original, literalmente se afirma que:

> «Se dan casos en que una entidad pública actúa con arreglo a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, y está obligado a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Dado su *carácter no contractual*, esta relación meramente administrativa debe quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública».

De esta forma, un ente personificado podrá ser calificado como servicio técnico instrumental para determinados poderes adjudicadores, aun-

concreto, Noguera de la Muela (2010: 166) o González García (2007). Sobre las implicaciones competenciales de la sentencia, *vid.* Bernal Blay (2008: 130).

105. Por ejemplo, en la sentencia *Sea* (apartado 36), se afirma literalmente que: «Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una licitación no es obligatoria en caso de contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la autoridad local que es la entidad adjudicadora en el supuesto de que esta entidad territorial ejerza sobre dicha entidad un control, aunque el cocontratante sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, en el supuesto de que la entidad territorial, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y de que esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan».

106. Bernal Blay (2008: 127).

que de hecho no ejerzan sobre él un control conjunto decisivo, siempre que se cumplan tres requisitos:

- Que el servicio técnico esté obligado a cumplir las instrucciones de los entes encomendantes.
- Que el servicio técnico no tenga influencia para fijar sus retribuciones.
- Que estos requisitos se contemplen en el estatuto legal del ente.

Al margen de que es preciso subrayar que esta excepción a la aplicación de las Directivas no se encuentra en el articulado, es preciso en insistir que, como excepción a la aplicación de las Directivas sobre contratación pública, estos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta y la carga de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella[107]. En mi opinión, sería preciso examinar con detalle cada supuesto en concreto para comprobar que efectivamente la obligación nace de un auténtico acto unilateral. Dicho en otros términos, debe asegurarse que la unilateralidad no sea una ficción.

La importancia práctica de estas matizaciones se advierte fácilmente si se analiza con detenimiento la Resolución de 11 de noviembre de 2015 de la Autoridad Vasca de la Competencia (Expte. 7/2013, «Obras Públicas de Álava»). De forma a nuestro juicio prístina, la resolución sanciona la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia por parte de la diputación Foral de Álava, la empresa pública Arabako Lanak, SA, y dieciséis entes locales. Se concluye que el acuerdo controvertido tiene por objeto detraer del mercado privado determinados servicios.

El objeto social de la empresa Arabako Lanak, SA, es la prestación de diversos servicios relacionados con las obras públicas. Y su capital social se divide en 10.000 acciones de las que 9, 956 pertenecen a la Diputación de Álava y solo 44 –o lo que es lo mismo, el 0, 44 % del capital social– a determinados entes locales.

Es evidente que respecto a los entes locales no se verifica el supuesto del control análogo. Como destaca la CVC, el control que pueden ejercer 44 votos frente a 9956 dista mucho de suponer una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de Arabako Lanak. Es la Diputación por sí sola quien la controla, pues no necesita llegar a acuerdos con el resto de accionistas para adoptar decisiones, no

107. Entre muchas otras, apartado 23 sentencia *Technische Universität Hamburg-Harburg.*

existiendo, en consecuencia, control conjunto de los entes locales con la Diputación.

En mi opinión, interesa destacar cómo se acotan los efectos expansivos de la doctrina *Tragsa,* al negar que sea aplicable la jurisprudencia del TJUE sobre servicios técnicos. Y ello porque en el supuesto no concurre uno de los requisitos exigidos el Tribunal de Luxemburgo: el reconocimiento legal de la condición de medio propio. De esta forma, la CVC tiene ocasión de afirmar que:

> «las partes alegan en este punto la doctrina asentada por la sentencia Asemfo-Tragasa que, sin embargo, a juicio de este CVC, no puede emplearse como precedente en este caso. Ello es así porque el amparo que la sentencia confiere a Tragsa como medio propio de las Comunidades Autónomas con participación minoritaria en su capital deriva de una norma con rango legal. *No existe una norma legal que ampare a Arabako Lanak como medio propio de las entidades locales*».

De esta forma, la Resolución acierta a vislumbrar que el Derecho Europeo distingue entre los *contratos* celebrados por un poder adjudicador con un ente sobre el que ejerce «un control análogo» al de sus propios servicios –en los que existe contrato excluido del ámbito de aplicación de la Directiva– de aquellos supuestos en los un ente –que ha sido caracterizado legalmente como servicio técnico de otro– recibe una orden unilateral de ejecutar las prestaciones materiales que el segundo le encomiende –relaciones que no tendrían siquiera carácter formalmente contractual–. Así, utilizando una terminología totalmente convencional podría incluso afirmarse que los requisitos exigidos a los «medios análogos a los propios» (los que cumplen los requisitos de la doctrina *Teckal*) son distintos a los demandados a los servicios técnicos (los que se avienen a la doctrina *Tragsa)*. Pero es tal la cercanía conceptual[108] que en Derecho español los «medios análogos a los propios» y los «servicios técnicos» confluyen en una única categoría: la de los «medios propios y servicios técnicos». No obstante, a mi juicio, la admisión de la caracterización de un ente como servicio técnico de otro –cuando no se cumplan los requisitos de la doc-

108. De hecho, con apoyo en alguna sentencia del TJUE se ha intentado explicar la doctrina *Teckal e*n el hecho de que, en la medida en que la entidad adjudicataria no goce de un margen de autonomía tal que impida a la entidad adjudicadora ejercer sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, no puede existir entre estas dos entidades una relación contractual en sentido estricto, en cuanto no se da un «concurso de dos voluntades autónomas que representan intereses legítimos diferentes». *Vid.* Apartado 45, Conclusiones Abogado General Mengozzi, Asunto C-15/13.

trina *Teckal*– debe ser fuertemente restrictiva y reconocerse en el estatuto legal del ente[109].

Al margen de todo ello, no parece descabellado aventurar que propio TJUE, si tiene ocasión, puede someter a un canon más estricto los supuestos que ha configurado como encargos a servicios técnicos, de forma que exija acreditar la ausencia de autonomía real del medio propio respecto de cualquiera de los entes encomendantes. No hay que olvidar que el objetivo principal de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros en los ámbitos de ejecución de obras, suministro de productos y prestación de servicios, lo cual implica la obligación de todo entidad adjudicadora de aplicar las normas pertinentes del Derecho de la Unión cuando se cumplan los requisitos establecidos por este (entre otras, sentencia *Technische Universität Hamburg-Harburg*, 22). El TJUE no suele sucumbir en este empeño ante artificios formalistas diseñados con mayor o menor éxito por los Estados miembros.

4. LOS ENCARGOS «HORIZONTALES» Y «VERTICALES» A MEDIOS PROPIOS

En línea de principio podría pensarse que los encargos cruzados entre Administraciones quebrantarían la referida jurisprudencia del TJUE, al no cumplirse en los requisitos afirmados en la jurisprudencia europea[110]. Sin embargo, las adjudicaciones «inversas» (contratos entre el medio propio y la matriz) y las adjudicaciones «en horizontal» (contratos entre dos entidades internas controladas por la misma matriz) son objeto de admisión expresa en la DCP pese a que no existe jurisprudencia relevante del Tribunal de Justicia[111]. Ello es así porque se ha entendido[112] que las relaciones de adjudicación *in house* ascendentes y las horizontales (denominadas

109. Como destaca Gimeno Feliu (2014: 75), en tanto la relación jurídica no sea con las entidades «propietarias», teniendo esta relación carácter oneroso y típico resultará de obligada aplicación las previsiones relativas a procedimientos de adjudicación, pues de lo contrario sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como la nacional.

110. Gimeno Feliu (2010B: 32).

111. En efecto, en la sentencia *Technische Universität Hamburg-Harburg* una de las partes sugiere la admisibilidad los encargos horizontales (entre medios propios controlados por la misma matriz). No obstante, el TJUE no aborda esta cuestión al negar que exista dicha relación horizontal entre una Universidad alemana y una sociedad controlada por el Estado alemán. Y es que el Estado alemán no ejerce sobre la citada Universidad un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios.

112. Documento de trabajo 9315/12, de 27 de abril de 2012 (pág. 30).

estas últimas expresivamente «*in house sisters*») deben cubrirse también con la excepción a la aplicación de las reglas de contratación pública pues debe considerarse que existe una ausencia de dos entidades realmente independientes. De este modo, los acuerdos entre la entidad controladora y las controladas se incluyen dentro del mismo grupo en la nueva Directiva.

En efecto, según el art. 12. 2 DCP, las disposiciones sobre contratación *in house* en sentido estricto también se aplican «cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato»[113].

En todo caso, de la propia literalidad del precepto se desprende que los supuestos de encargos horizontales y verticales no son aplicables cuando el medio propio está controlado de forma conjunta por varias matrices. Como explica el AG Mengozzi[114]:

> [...] la excepción a la aplicación de las normas de la Unión para las adjudicaciones internas horizontales puede admitirse solamente cuando el órgano que ejercita el control análogo sobre dos entidades, a saber, la entidad adjudicadora y la entidad adjudicataria, no solo sea el mismo, sino que también ejerza el control análogo de forma exclusiva sobre las dos entidades. [...].
>
> Este planteamiento restrictivo respecto al tipo de control análogo que debe ejercer necesariamente la autoridad pública controladora sobre dos entidades que celebran un contrato público para que pueda aplicarse la excepción a las normas de la Unión en materia de contratos públicos para las operaciones internas horizontales no solo es, en mi opinión, coherente con la ratio de la excepción «in house» y con la necesidad expresada por el Tribunal de Justicia [...] de interpretar dicha excepción de forma restrictiva, sino que también me parece que responde a la exigencia de algunas de las partes que han formulado observaciones en el sentido de no extender más allá de los límites de lo razonable las excepciones a la normativa de los contratos públicos con el riesgo de sustraer partes importantes de sectores económicos a la regulación de los contratos públicos y a

113. Este último requisito con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

114. Conclusiones presentadas el 23 de enero de 2014, Asunto C-15/13.

> los objetivos de apertura a la competencia que esta persigue, como se ha señalado en el citado punto 38»[115].

5. LOS MEDIOS PROPIOS Y SU CONDICIÓN DE PODER ADJUDICADOR

Aunque en alguna ocasión se ha pretendido lo contrario, resulta indudable que las personificaciones instrumentales caracterizadas como medios propios tienen en todo caso la naturaleza de poder adjudicador («organismo de Derecho público», en la terminología europea) y que por tanto las contrataciones que realicen están sometidas a las Directivas sobre contratación pública.

A esta conclusión llego el Acuerdo TACP Aragón 104/2015, de 9 de diciembre de 2015, no solo desde una interpretación teleológica –que por sí misma rechaza la posibilidad de que una prestación que se debería someter a las reglas de una licitación pública, como consecuencia de un encargo a un medio propio, pueda quedar sustraída a las reglas de la contratación pública–, sino también porque la previsión tiene reflejo legal expreso en el artículo 4.1.n) TRLCSP.

En idéntico sentido, la Resolución del órgano de recursos contractuales del País Vasco 23/2015, de 24 de febrero, en relación a la tramitación de un contrato de MERCABILBAO, tuvo ocasión de razonar que:

> «una entidad no puede invocar la condición de medio propio y negar su naturaleza de poder adjudicador, y ello porque los requisitos del primero presuponen los del segundo, y en particular, presuponen la falta de mercantilidad. Téngase en cuenta que un medio propio puede vender sus servicios a la entidad o entidades dominantes sin que medie ningún procedimiento de adjudicación respetuoso con la publicidad y la libre concurrencia, excluyendo la competencia de cualquier empresa privada o pública que se dedique al mismo objeto; es más, ni siquiera puede negarse a ejecutar las encomiendas que se le efectúen ni negociar sus precios como un agente normal del mercado, pues se trata de tarifas fijadas por las Administraciones dominantes. Además, es claro que dichas Administraciones garantizarán la solvencia del medio propio porque es

115. Añade el Abogado General que en el caso de celebración de un contrato entre una entidad sobre la cual ejercen un control conjunto varias autoridades y otra entidad controlada (con carácter exclusivo o conjuntamente con otras autoridades) por una de las autoridades que ejercitan el control sobre la primera entidad difícilmente se puede considerar que el acto sea expresión de una voluntad única.

tanto como garantizar la solvencia de su propia estructura orgánica, a la que, materialmente, pertenecen».

Y es que, en mi opinión, a mayor abundamiento, la amplitud de los criterios relativos al carácter industrial o mercantil de la actividad de interés general que ha barajado la jurisprudencia del TJUE para caracterizar un ente como poder adjudicador implica –inexorablemente– que un ente que estatutariamente tiene la obligación de ejecutar la parte esencial de su actividad para Administraciones Públicas de las que constituye su servicio técnico es un poder adjudicador[116]. Estos entes, según su norma de creación, están intrínsecamente vinculados a la satisfacción de intereses públicos[117]. Además, es a todas luces evidente que el ánimo de lucro no es el objetivo principal de su creación[118]. Finalmente, es muy discutible que el medio propio asuma materialmente los riesgos derivados de su actividad[119].

IV. LA CONFIGURACIÓN DE LOS MEDIOS PROPIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS EN LA LRJSP

La necesidad de acometer una regulación mucho más precisa de los encargos a medios propios, que incluyera su correcta delimitación respecto a las encomiendas de gestión y la imposición de límites certeros a su actuación, resulta inaplazable. La trasposición de la Directiva 2014/24/UE representaba para ello una idónea ocasión y así se asumió en el anteproyecto de ley de contratos de sector público hecho público en abril de 2015. Sin embargo, el retraso en su tramitación posterior ha propiciado que los primeros límites al uso torticero de los medios propios se contengan en la LRJSP. Se trata en todo caso de una regulación en exceso parca, pues probablemente la ubicación sistemática más correcta de la regulación de

116. Sobre la caracterización de un ente público como poder adjudicador, *vid*. Gallego Córcoles (2008).

117. Criterio empleado, por ejemplo, por la STJUE de 16 de octubre de 2003, SIEPSA. Hay que tener en cuenta que la STJUE de 27 de febrero de 2003 ha insistido en que una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.

118. Por ejemplo, para la STJUE de 10 de abril de 2008, la ausencia de ánimo de lucro es un claro indicio de la naturaleza de organismo sometido a las Directivas. En el caso de los medios propios hemos defendido que este ánimo de lucro ha de estar necesariamente ausente.

119. Así, de la doctrina de la STJUE de 22 de mayo de 2003 parece desprenderse que basta con que sea poco probable que el ente matriz vaya a permitir una situación de insolvencia económica de la empresa en cuestión para negar que dicha empresa soporta los riesgos de su actividad.

los encargos propios sea la legislación sobre contratación pública[120]. De hecho, el primer apartado del art. 86 LRJSP, rubricado «Medio propio y servicio técnico» contiene una remisión a la legislación sobre contratos públicos[121]. En todo caso, la regulación pretendidamente se limita a los aspectos organizativos, ubicándose en el Título II, rubricado organización y funcionamiento del sector público institucional del Capítulo II relativo al sector público institucional estatal. De esta forma, la nueva regulación carece de carácter básico[122], pese a que el Consejo de Estado advirtiera esta circunstancia[123] y de manera casi simultáneamente reclamara el Tribunal de Cuentas una regulación ambiciosa que tuviese dicha naturaleza[124].

Al margen de lo anterior, la nueva regulación destaca por la adopción de determinados límites a la constitución de los medios propios.

En primer lugar, se parte del presupuesto de que los medios deberán disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social. La efectividad del mandado, no obstante, se ve comprometida porque la norma no establece límites a la subcontratación de los servicios técnicos –a diferencia, por ejemplo, de la legislación navarra[125]–, de forma que, al margen de su-

120. De hecho, el Dictamen del Consejo de Estado 274/2015, de 29 de abril de 2015 ha criticado la sistemática de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público por acometer de forma innecesaria, la disciplina de determinadas materias que actualmente se encuentran ubicadas, por su naturaleza, en la legislación sectorial.

121. Según este precepto: «Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre».

122. *Vid.* disposición final decimocuarta.

123. El Consejo de Estado ya advirtió que determinados preceptos que podrían tener carácter básico estaban incluidos en capítulos del anteproyecto que, de acuerdo con su disposición final cuarta, únicamente resultan de aplicación a la Administración del Estado. Esto sucedía precisamente con la definición de medio propio y servicio técnico del «sector público institucional" de forma que no resultaba claro si los requisitos establecidos en el apartado 2 de esta disposición son únicamente aplicables al sector público institucional estatal o también al autonómico y local. En la norma finalmente aprobada la regulación de los medios propios carece de carácter básico.

124. Por su parte, el TC (1088/2015: 25) ha insistido en que muchas de las deficiencias observadas en el derivan sin duda de la inexistencia de una regulación básica, codificada en un cuerpo legal único, claramente delimitadora del objeto, requisitos, procedimiento, controles y responsabilidades delas encomiendas a medios propios.

125. Dispone el art. 8 LFCP que «los entes instrumentales deberán disponer de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo, sin perjuicio de que para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del mismo puedan efectuar contrataciones. Estas contrataciones

puestos extremos, la norma planteará importantes dudas interpretativas. Y es que los loables esfuerzos realizados por la JCCA por imponer estos límites a través de la hermenéutica[126] no resultan totalmente convincentes[127]. De esta forma, no existe un límite general a la subcontratación de los medios propios y cautela que solo se contempla en algunos casos en la normativa específica del ente en cuestión[128]. Como ya hemos insistido en otro lugar del trabajo, la necesidad de regular de forma restrictiva la subcontratación de estos entes es ineludible, porque el abuso de esta no solo supone una vía de escape a la aplicación de las garantías de la legislación sobre contratación pública, sino que también pone en entre dicha motivación real del encargo, así como en ocasiones permite cuestionar la eficiencia de la decisión organizativa adoptada.

Por lo demás, la constitución del medio propio habrá de motivarse bien en una razón económica, bien en el interés general[129]. De esta forma, la creación y la actuación del ente exigirán que concurra una de estas circunstancias:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia

---

no podrán conllevar el traslado de la ejecución de más del 50 por 100 del precio del encargo. La adjudicación de dichos contratos quedará sometida a las normas de la presente Ley Foral. A estos efectos, no tendrán la consideración de terceros otros entes instrumentales de las entidades que realicen los encargos.
A tal efecto, el ente instrumental al que se efectúe el encargo deberá, en el plazo de cinco días desde la recepción del encargo, justificar ante el ente que realice el encargo la disponibilidad de dichos medios. Si se estimara que no dispone de ellos, la prestación objeto del encargo deberá ser licitada según los procedimientos recogidos en la presente Ley Foral.
Excepcionalmente podrá superarse tal porcentaje de contratación siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final».

126. *Vid*. Informe JCCA Estado núm 65/2007, de 29 de enero de 2009, 11/2011 de 15 de diciembre, y 13/2012, de 27 de septiembre.

127. *Vid*. en este sentido Tejedor Bielsa (2013) y (2014: 405).

128. Es el caso de TRAGSA (apartado 6, DA 25 TRLCSP) o SEANEASA (art. 67.3 Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

129. No puede negarse que, aunque en términos cuantitativos estas actuaciones tienen una importancia relativa, resultan de especial transcendencia. Por ejemplo, según su memoria anual TRAGSA 2014, durante el año 2014 un 2,1 % de sus actuaciones se debieron a razones de emergencia.

en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico

En todo caso, se pretende que el cumplimiento de estos requisitos no sea una mera formalidad. Así se dispone que a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico. Además, formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

De esta forma, hay que entender que se ha recogido así una de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, en el sentido de que la justificación del recurso al empleo de la encomienda debe estar siempre sustentada en informes o estudios que acrediten, por un lado, la existencia de las necesidades a satisfacer y la carencia de medios técnicos idóneos para afrontarlas directamente por los órganos o unidades administrativas encomendantes, y por otro, la mayor idoneidad del empleo de la encomienda frente a otras formas posibles de suplir las necesidades a cubrir (procedimiento de licitación pública, convenios de colaboración, convocatoria de subvenciones, etc.)[130].

Por lo demás, frente al TRLCSP ya no se habla *norma*, sino de *acto de creación*, con lo que se reconoce la posibilidad de creación del ente encomendado por acuerdos de los órganos de Gobierno de la Administración de que se trate[131]. Desde esta perspectiva, en los supuestos de entes que tienen carácter de medio propio de distintas Administraciones, no es necesaria la caracterización legal de los medios propios siempre que el control conjunto sea real. En los supuestos en los que, a semejanza del modelo *Tragsa*, no pueda considerarse que existe un auténtico control conjunto, sino que la exclusión de la aplicación de la normativa de contratos se basa en el carácter estrictamente unilateral del encargo derivado del estatuto jurídico del ente, el Derecho europeo exige –como hemos tratado de explicar– que el carácter de medio propio del ente se recoja en una norma con rango de Ley.

Finalmente, para facilitar su recognoscibilidad entre los operadores económicos, en la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional estatal que tengan la condición de medio propio de-

130. Lozano Cutanda/Fernández Puyol (2016: 5).

131. Así se reconoce ya en el Decreto Foral 23/2014, por el que se regulan los encargos a entes instrumentales de la Administración en la Comunidad Foral de Navarra.

berá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «MP».

A mi juicio, si bien estas mínimas prescripciones merecen una valoración positiva, probablemente en esta sede se debiera haber puesto alguna limitación a la configuración del objeto social de estos entes, pues en los casos en que este sea excesivamente amplio se puede cuestionar que realmente el ente instrumental tenga el carácter de servicio técnico, pues tal condición, en línea de principio, debiera responder a criterios de especialidad[132].

V. EPÍLOGO: ALGUNAS NOTAS SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo las directrices de la DCP, dedica especial atención a la contratación *in house,* aumentando las exigencias que deben cumplir las entidades que tengan la condición de medio propio, pretendiendo así reforzar el principio de libre concurrencia. De esta forma, se prevé un régimen mucho más detallado de los «encargos a medios propios personificados» en su art. 32[133], lo que otorgaría por fin acta de nacimiento a la figura como categoría autónoma en la legislación básica estatal respecto a la encomienda de gestión.

Desde una perspectiva conceptual, se ha eludido utilizar el término «contrato» empleado por el art. 12 DCP, lo que ha sido objeto de alguna crítica[134]. Sin embargo, dado que en nuestro Ordenamiento la recepción de la doctrina *in house* se ha fundamentado en el potenciamiento del carácter unilateral del nacimiento de la obligación de realizar la prestación, la utilización del término contrato no sería, en modo alguno, la opción técnicamente más adecuada. De hecho, como reconoce el precepto proyectado, el encargo que cumpla determinados requisitos «no tendrá la consideración de contrato». En Derecho español se ha asumido que el dato de la personalidad es una ficción: no es que las adjudicaciones *in*

132. La regulación descrita se completa con la disposición adicional sexta, que prevé la transformación de los medios propios estatales existentes. Según dicho precepto, todas las entidades y organismos públicos que en el momento de la entrada en vigor de esta Ley tengan la condición de medio propio en el ámbito estatal deberán adaptarse a lo previsto en esta Ley en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor.

133. El art. 33 del anteproyecto regula el encargo a medios propios por poderes no adjudicadores. Se trata, en este caso, de una materia propia de Derecho interno, y dado que el régimen de contratación de los poderes no adjudicadores es más laxo, el anteproyecto se limita a definir cuando un ente puede ser considerado medio propio de uno o varios poderes no adjudicadores.

134. CNMC, informe 10/15.

house sean contratos excluidos de las Directivas, es que ni siquiera tienen la condición de contratos.

Por lo demás, nuestra legislación previsiblemente seguirá la senda de unificar el régimen jurídico de los entes controlados como si fueran medios propios (doctrina *Teckal)* con la de servicios técnicos (doctrina *Tragsa-Asemfo)*. Hemos resaltado ya que en principio estas dos formas de exención de las Directivas sobre contratación pública –cuyos límites son ciertamente oscuros– son distintas en Derecho de la Unión. Pero no hay inconveniente en que en un Derecho nacional converjan en un régimen jurídico único. Es más, probablemente introducir esta disociación pudiera plantear más problemas que soluciones en un ámbito especialmente vidrioso. En todo caso, deberá ponerse especial cuidado en que esta convergencia de régimen jurídico no suponga ignorar las garantías que con mayor o menor acierto dispone el Derecho europeo.

En este contexto, en el anteproyecto de LCSP los encargos a medios propios se rodean de nuevos límites.

En primer lugar, se regulan con amplitud, siguiendo el Derecho europeo, los requisitos necesarios para la atribución formal de la condición de medio propio personificado. El anteproyecto prevé así que en todo caso se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo. Resulta cuestionable, en atención a la doctrina *Teckal*, que cuando se trate de medios propios colectivos «en todo caso» se entienda que en las circunstancias que acabamos de describir se verifican los requisitos del control análogo. Será preciso bien que exista un control conjunto efectivo sobre medio propio o bien que se cumplan escrupulosamente los requisitos de la sentencia *Tragsa-Asemfo* (entre ellos, recuérdese, el reconocimiento legal del estatuto del ente).

En segundo lugar, se recoge el requisito de que «la compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de que dependa». Se ha resaltado[135] que el anteproyecto no establece, como debiera, la determinación conjunta de la tarifa por los poderes adjudica-

135. Lozano Cutanda/Fernández Puyol (2016: 3).

dores que realizan el encargo, sino que se limita a reproducir la regla aplicable a los medios propios dependientes de una sola entidad. Aunque sin duda una regulación de este tipo disiparía dudas sobre la naturaleza real de medio propio compartido del ente en cuestión, considero especialmente llamativo que no se establezca un procedimiento homogéneo para la fijación de tarifas –como había reclamado el Tribunal de Cuentas–, ni que se limite su cuantía a los costes reales correspondientes a la prestación[136]. Y es que de la DCP puede desprenderse que en estas relaciones con el medio propio no puede obtener lucro alguno[137].

En tercer lugar, se trata de perfilar el cumplimiento del requisito de actividad. El cumplimiento efectivo del requisito establecido –es decir, que más del 80 % de las actividades del ente se realicen para el ente o entes que lo controlan– deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008[138] estableció la obligación de controlar que los medios propios realizaban la parte esencial de su actividad para sus respectivos entes matrices. Aun así, el TC ha aconsejado el estableci-

136. Por su parte, subrayan Cansino Muñoz-Repiso/López-Melendo Lannes (2013: 105) que términos de eficiencia la determinación de las tarifas debería basarse en un procedimiento que tenga en cuenta la fijación del precio en condiciones normales de mercado y no atendiendo a la estructura de costes del ente instrumental, porque ello supone asumir las ineficiencias de partida de la entidad que va a realizar el objeto del encargo.
En relación con cuestiones de eficiencia, la Resolución CVC de 11 de noviembre de 2015 (Expte. 7/2013, «Obras Públicas de Álava») subraya que la aplicación de un precio idéntico (6 % de cada certificación) por diferentes servicios de dificultad muy diversa genera precisamente un desincentivo a la contratación eficiente, ya que los ingresos de la empresa pública serán tanto más elevados cuanto mayor sea el precio de la adjudicación de la licitación de la ejecución de la obra.

137. *Vid. supra.*

138. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008 por el que se dan instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad, dispone lo siguiente: «QUINTO. Control del régimen de medio propio y servicio técnico. Al finalizar cada ejercicio, la Dirección General del Patrimonio del Estado y SEPI controlarán que durante el mismo las entidades declaradas medio propio y servicio técnico hayan realizado la parte esencial de su actividad para los poderes adjudicadores respecto de los cuales ostenten esa condición, así como que se dan las circunstancias que permitan prever razonablemente que esa situación se mantendrá durante el ejercicio siguiente».

miento de los mecanismos oportunos que permitan verificar en el futuro el cumplimiento de esta exigencia[139] y, en esta línea, avanza el anteproyecto. En relación con todo ello, si atendemos a los datos que facilitó la CNC[140], la realización por parte de los medios propios al margen del sector público no siempre es marginal[141], existiendo una tendencia creciente a contratar con operadores privados, especialmente cuando se trata de clientes internacionales.

En cuarto lugar, se exige que el medio propio disponga de manera efectiva de medios, ya que la entidad pública de la que dependa el ente debe verificar que cuenta con medios apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social[142]. De forma paralela, se regulan límites a la subcontratación[143].

En quinto lugar, el encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente, de forma que se complementan las garantías previstas en la legislación sobre transparencia[144]. Además, en algunos casos[145] se deberá acreditar por el poder adjudicador, las razones que justifican acudir al medio propio en lugar de licitar el contrato directamente. Todo ello posibilitará el control efectivo del cumplimiento de los requisitos legales en la realización del encargo. En todo caso, el documento de formalización, conviene insistir, no es el convenio, porque tiene naturaleza jurídica distinta[146].

139. Informe TC (1088/2015: 36).

140. CNC (2013: 54).

141. Según dicho informe, TRAGSA indica no realizar actuaciones de este tipo, frente por ejemplo INTECO, que realizaría el 27 % de sus actuaciones a ese sector, aunque suponga únicamente un 1, 51 % de si facturación. En porcentaje de facturación, INECO recibe un 11 % de sus ingresos a través de esta vía. ISDEFE, por su parte, realizaría para el ámbito privado el 8 % de sus actuaciones, facturando por ello un 4 % de su total. El supuesto más llamativo sería el de RED. ES (*vid.* pág. 63).

142. Como precedente, en el art. 8 LFCP se dispone que tal efecto, el ente instrumental al que se efectúe el encargo deberá, en el plazo de cinco días desde la recepción del encargo, justificar ante el ente que realice el encargo la disponibilidad de dichos medios. Si se estimara que no dispone de ellos, la prestación objeto del encargo deberá ser licitada según los procedimientos recogidos en la presente Ley Foral.

143. *Vid.* infra.

144. Como subraya Sanmartín Mora (2014), las obligaciones previstas en la legislación sobre transparencia son distintas de las que el TRLCSP impone respecto de los procedimientos de adjudicación de los contratos. No solo es distinto el soporte de la publicidad –Portal de Transparencia en el primer caso, Perfil de Contratante en el segundo– sino que son distintos los objetivos que persiguen una y otra publicidad.

145. *Vid.* infra.

146. Entre otros, Gimeno (2014: 75). *Vid.* Igualmente Informe JCCA Aragón 10/2011, de 6 de abril.

En sexto lugar, no se incorpora la posibilidad, admitida por la Directiva, de que las disposiciones nacionales prevean una participación de capital privado bajo determinadas condiciones.

En séptimo lugar, se incluyen se «los encargos a medios propios que no cumplan los requisitos legales» entre las actuaciones que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación. Ello unido a la publicidad del documento de formalización permite incrementar, como ya hemos adelantado, las posibilidades de un control real del cumplimiento de los requisitos del encargo, hasta ahora reconducibles, al margen de los supuestos de anuncios de transparencia previa voluntaria, a la cuestión de nulidad[147].

Por último, especial interés reviste la regulación de los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido.

El contrato quedará sometido a la LCSP, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, se dispone que cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la Ley[148]. Como ya adelantara Gimeno Feliu[149], con el objetivo de evitar una indeseada privatización del régimen jurídico, era aconsejable que se exigiese que la utilización de esta técnica a través de medios propios que, por carecer de la necesaria estructura, deban acudir al mercado para cumplir el encargo recibido, no alterará ni el régimen jurídico que se derivaría del contrato al provenir de una Administración Pública (es decir, el régimen del contrato administrativo) ni la alteración del procedimiento y normas aplicables para ese contrato atendiendo a la consideración del ente que realiza el encargo y no del que lo recibe. Las cautelas normativas previstas en el TRLCSP al respecto no han resultado suficientes, porque incluso cuando se trata de contratos de obras, servicios o suministros y se superan las cuantías establecidas en la norma para la regulación armonizada, tampoco se aplican todas las disposiciones relativas al procedimiento establecido en el TRLCSP, y en particular se relajan determinados requisitos en cuanto a publicidad, preparación, elección de procedimiento y adjudicación[150]. De esta forma, esta

147. Sobre todo ello, *vid.* Gallego Córcoles (2011).

148. Esta disposición puede sorprender habida cuenta de que *per se*, los medios propios tienen la condición de poder adjudicador (*vid.* supra). Se trata por tanto de una cautela prevista en el anteproyecto de dudosa aplicación.

149. Gimeno Feliu (2010 a: 36).

150. CNC (2013: 335).

novedosa disposición puede resultar muy eficaz para evitar que el recurso a los medios propios sea el instrumento de materialización de la huida del Derecho administrativo.

Especial atención merece el régimen proyectado de la subcontratación. Según el anteproyecto, el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 60 % de la cuantía del encargo, salvo que se establezca otro límite en la orden del encargo. En ningún caso se podrá contratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del encargo. En relación con todo ello, es preciso realizar dos observaciones: en primer lugar, respecto a otros precedentes cercanos (LFCA, régimen especial de determinados medios propios) se ha elevado el porcentaje de subcontratación permitida, lo que parece en principio criticable[151]. Por otro lado, para ampliar el porcentaje permitido basta con carácter general justificar por qué no se acude a la contratación directa, lo que puede comprometer la eficacia real del nuevo límite establecido[152].

En definitiva, al margen de algunas cuestiones puntuales, la disciplina proyectada pretende superar buena parte de las críticas que ha recibido la actuación de los medios propios, acometiendo de forma decidida una regulación que es ya inaplazable. Probablemente la delimitación de la categoría de los encargos a medios propios con carácter autónomo, dotándola de perfiles mucho más garantistas, no sea suficiente para reconducir el fenómeno a sus contornos más deseables. Sin embargo, es el presupuesto ineludible para lograr dicho fin.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Amoedo Souto, C. (2006) «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas» *RAP,* 170.

Arrowsmith, S. (2014) *Law of Public and Utilities Procurement,* Volume 1, 3 ed. Sweet and Maxwell.

151. En este sentido, como ha señalado el Consejo de Estado (dictamen 1.116/2015, 10 de marzo de 2016), debiera fijarse tal porcentaje en uno inferior al 60 %. Además, se añade que no debería exceptuarse de esta regla a los «contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios (art. 32.6.b), último párrafo)», ya que parece conveniente disminuir la posibilidad de contratación parcial por el medio propio para evitar el riesgo de excluir el acceso de terceros a la contratación mediante los procedimientos establecidos en el texto sometido a consulta.

152. Cfr. con lo establecido en el art. 8 LFCP.

Ávila Orive, J. L. (2002) *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,* Civitas.

Bernal Blay, M. A. (2008), «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las "relaciones in house". Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007», *RAP,* núm. 137.

– (2006) «Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra l) TRLCAP» *REDA,* 129.

Cansino Muñoz-Repiso, J. M., /López-Melendo Lannes J., (2013) «Aspectos económicos de la encomienda de gestión», en Palomar Olmedar (DIR.), *Encomienda de Gestión. Gestión Pública Actual: Régimen Jurídico y mayor Eficacia,* Aranzadi.

Cantero Martínez, J. (2011) «A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares: nuevos retos para el Derecho Administrativo», *Revista española de derecho administrativo*, 151.

Carullo, G. (2014) «Reflessioni su alcune apertura del legislatore in teme de in house, anche in prospettiva dei corrisponenti limiti nazionali per le societé», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 5.

CNMC, *Informe 10/2015, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público,* 16 de julio de 2015.

Cubillo Contreras, (2009) «El medio propio en la jurisprudencia comunitaria sobre contratos públicos. Análisis de la sentencia TJUE Coditel y reflexiones desde una perspectiva española», *Contratación Administrativa Práctica,* 90.

Díez Sastre, S. (2015) «Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo», en Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2014,* Thomson.

Fuertes López, M./Sosa Wagner, F. (2007) «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)», *Diario La Ley*, n.º 6715, año XXVIII.

Gallego Córcoles, I. (2008) «El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», I y II; *Contratación Administrativa Práctica,* núm. 77 y 78.

– (2011) «Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: su-

puestos especiales y cuestión de nulidad» en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos* 2010, Civitas.

– (2015) «Las relaciones "contractuales" entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», en Almeida/Martín Delgado (coord.) *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo,* Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014.

Gimeno Feliu, J. M. (2010 b) *Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos,* Madrid, Civitas.

– (2006), «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria», *Informe Comunidades Autónomas 2005*.

– (2014) *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,* Thomson Reuters Aranzadi.

– (2006), La nueva contratación pública europea y su incidencia en España, Civitas, 2006.

– (2010 a) «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública», *REDA*, 147.

González García, J. (2007) «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *Revista de Administración Pública,* núm. 173.

González Pérez, J./González Navarro, F. (2003) «Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común», Madrid, Thomson-Civitas, 3 ed.

Gordillo Pérez L. I./Múgica Alcorta R. (2014) «La evolución de los contratos «in-house» en el Derecho de la UE. Especial referencia a la jurisprudencia en materia pública local», en VV. AA., *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas,* N.º 9, (Ejemplar dedicado a: La reforma de la administración local).

Lecuyer-Thieffry, C. y Thieffry, P. (2005) «Les prestations effectuées in-house sans mise en concurrence», Act. Jur. Dr. Adm., Disponible en:

http://sieg.unblog.fr/2005/05/26/les-prestations-effectuees-in-house-sans-mise-en-concurrence/.

Lozano Cutanda, B./Fernández Puyol, I. (2016) «Hacia una nueva regulación de la contratación "in-house"en la transposición de la nueva Directiva sobre contratación pública y en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público», *Análisis GA&P,* febrero.

Meseguer Yebra, J. (2005) *La competencia administrativa y sus modulaciones,* Bosch.

Montoya Marín, E. (2005) «La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 57.

– (2009) *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales,* Fundación Democracia y Gobierno Local.

Moreno Molina, E. (2009) «Un mundo para SARA. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAP*, 179.

Moreno Molina, J. A./Pleite Guadamillas, F. (2009) *La nueva Ley de contratos del Sector Público.* La Ley.

Moreo Marroig, T. (2010) «Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio», *Auditoría Pública,* núm. 50.

Noguera de la Muela, B. (2010) «Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», *RAP*, 182.

Ortiz Mallol (2004) «La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública. Algunas notas», *RAP,* 163.

Pernás García, J. (2009) «La expansión de la excepción in house y la flexibilización progresiva del criterio del «control análogo». Comentario a la sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2008», *Contratación Administrativa Práctica,* 87.

– (2008) *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJUE,* Iustel.

Razquin Lizarra, J. A. (2009) «Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: contraste con

el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal», *Revista Jurídica de Navarra,* 47.

Rebollo Puig, M. (2003) «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *Revista de Administración Pública,* 163.

Sánchez Sáez, A. J. (2004) «La encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas», *Revista Andaluza de Administración Pública,* 53.

Sanmartín Mora, M. A. (2014) «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno»en Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*.

Sosa Wagner, F. (2003) «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en libro Hom. al prof. S. Martín-Retortillo, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas.

Tejedor Bielsa, J. (2013) «Idoneidad de medios propios, gestión directa por sociedad mercantil y contratación con terceros» disponible en: *http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.137/relcategoria.208/relmenu.3/chk.c204f47677a6d9445b23e5a8b5805c1a*.

– (2014) «Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación», en Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2013,* Civitas, Madrid.

Terol Gómez, R. (2013) «La encomienda de gestión en el ámbito de la Administración autonómica y de las universidades públicas», en Palomar Olmedar (Dir.), *Encomienda de Gestión. Gestión Pública Actual: Régimen Jurídico y mayor Eficacia,* Aranzadi.

Tiago Ferreira, D. (2013) *Contrataçao in house,* Almedina.

Valcárcel Fernández, P. (2006) «Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas, *Revista General de Derecho administrativo,* 12.

Vilalta Reixach, M. (2012) *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública,* Aranzadi.

Capítulo 4

La fusión de prestaciones de distinta clase en un único contrato. Estado de la cuestión y nuevo régimen jurídico establecido por las directivas de contratación pública de 2014[1]

Ximena Lazo Vitoria

Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

SUMARIO: I. ESTADO DE LA CUESTIÓN PREVIO A LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014. II. NUEVAS NORMAS PARA LOS CONTRATOS MIXTOS EN LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014. 1. *Antecedentes generales*. 2. *Los criterios que deben aplicarse en la elección del régimen jurídico de los contratos mixtos: El carácter separable o no de las prestaciones y el objeto principal del contrato*. 2.1. Contratos mixtos «ad intra»: la combinación de prestaciones reguladas todas ellas por una misma Directiva de contratación. 2.2. Contratos mixtos ad extra: la combinación de prestaciones reguladas por dos o más directivas u otros regímenes jurídicos. 2.2.1. El significado de la expresión prestaciones «objetivamente» separables a la luz de la jurisprudencia del TJUE. 2.3. La traducción del criterio jurisprudencial (carácter separable o no de las prestaciones) en las nuevas directivas comunitarias. 2.3.1. Prestaciones que sean objetivamente separables: la opción del poder adjudicador de celebrar contratos independientes o un contrato com-

1. Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación titulado: «El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública (Smart Procurement) a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España) Referencia: DER2015-67102-C2-2–P.

plejo. 2.3.2. Prestaciones que no sean objetivamente separables. III. LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS DE LOS CONTRATOS MIXTOS A DERECHO INTERNO: LA REGULACIÓN PREVISTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (ALCSP) Y EN EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE PROCEDIMIENTOS CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES DEL AGUA, LA ENERGÍA, LOS TRANSPORTES Y LOS SERVICIOS POSTALES (ALCSE). 1. *Referencia explícita en la exposición de motivos y formulación de un concepto de contrato mixto. sentido y alcance de la expresión «otro u otros de distinta clase»*. 2. *Adecuación del régimen jurídico de los contratos mixtos a lo dispuesto en las nuevas directivas de contratación de 2014*. 3. *Mantenimiento de la regla de la vinculación directa y el carácter complementario de las prestaciones. revisión de la doctrina de los órganos consultivos y de los tribunales administrativos de recursos contractuales*. 4. *Se mantiene a nivel reglamentario la obligación de identificar las prestaciones que se pretendan fusionar en un contrato mixto*. 5. *La extensión de la regla de la absorción en el anteproyecto de ley de contratos del sector público*. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN PREVIO A LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014

Desde antiguo el legislador español ha venido enunciado algunas reglas específicas aplicables a los contratos mixtos, también denominados complejos o compuestos y que se caracterizan por fusionar dos o más prestaciones en un único contrato. Es el caso, por ejemplo, del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre que ya contemplaba la posibilidad de combinar obras y suministros (art. 240). Lo mismo puede decirse de la legislación europea donde es posible encontrar algunas disposiciones sobre esta materia a partir de las Directivas de contratación pública de segunda generación (Directivas 93/36 y 92/50)[2]. En ambos casos, sin embargo, se ha tratado de una regulación modesta o de «mínimos» y no sistemática.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) sobre bases normativas endebles cuando no inexistentes ha ido enunciando criterios para determinar qué normas rigen la adjudicación de varias prestaciones reunidas en un único contrato. Una doctrina jurisprudencial, merece la pena recordarlo, orientada a evitar el fraude que supone «allegar» unas prestaciones a otras (especialmente aquellas so-

2. En cambio, la Directiva 93/37 relativa a la adjudicación de contratos públicos de obras omitía toda referencia a esta figura.

metidas a distintos umbrales) con el objetivo de evadir las exigencias del Derecho de la contratación pública. Por este motivo, el TJUE ha declarado rotundamente que el criterio económico o *value test* no puede aplicarse cuando se trate de un contrato mixto que incluya prestaciones cuya contratación separada *implique umbrales de publicidad distintos* (es el caso, por ejemplo, de servicios o suministros y obras). En dichos supuestos, advierte el Tribunal, existe el *riesgo* de que determinados contratos mixtos queden excluidos de las normas comunitarias de contratación, en concreto, aquellos en los cuales el importe de las obras, aunque accesorias, represente más del cincuenta por ciento del precio final total, siendo este, a su vez, inferior al umbral fijado por la Directiva de obras, y ello a pesar de que supere los umbrales para servicios y suministros[3].

El criterio de la prestación más importante desde el punto de vista económico (*value test)* se aplica a la combinación de prestaciones sometidas a idénticos umbrales económicos (suministros y servicios, a partir de la Directiva 2004/18). En cambio, ahí donde existan umbrales distintos (obras en combinación con otros objetos contractuales) «el contrato mixto debe examinarse en su conjunto, de forma unitaria» con la finalidad de determinar cuál es la «prestación principal o preponderante» en cada caso concreto (STJUE de 6 de mayo de 2010, asunto C-145/08, considerando 48)[4].

Estos criterios jurisprudenciales explicitados en casi una decena de sentencias[5] han sido llevados a Derecho positivo –han sido «codificados»[6]– mediante su incorporación a las Directivas de contratación pú-

3. Véase STJUE de 21 de febrero de 2008, Comisión contra República Italiana (asunto C-412/04), Considerandos 49 y 50.

4. Dicha determinación exige tomar en consideración el valor estimado de las distintas prestaciones, pero además otros criterios tales como: el carácter accesorio o no de las obras, la desproporción entre las distintas prestaciones, su respectivo tiempo de ejecución, etc.

5. Véanse SSTJUE 5/12/89, asunto C/88, Comisión contra Italia; 19/04/94, asunto C-331/92, Gestión Hotelera Internacional SA contra CA de Canarias y otros; 18/01/2007, asunto C-220/05, Auroux y Commune de Roanne; 21/02/2008, asunto C-412/04, Comisión contra Italia; 11/06/2009, asunto C-300/07, Hans & C. Oymanns; 29/10/2009, asunto C-536/07, Comisión contra Alemania; 06/05/2010, asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08 Club Hotel Loutraki y otros; 22/12/2010, asunto, C-215/09 Mehiläinen Oy; y, 26/05/2011, asunto C-306/08, Comisión contra España.

6. Tomo la expresión del título del trabajo del profesor J. M.ª Gimeno Feliu «La «codificación» de la contratación pública mediante el Derecho pretoriano derivado de la Jurisprudencia del TJUE», REDA n.º 172, 2015, págs. 81 a 122. En dicho trabajo el profesor Gimeno afirma que «no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema junto a ese «derecho formal» en una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante «fuente de derecho», ya que la jurisprudencia del TJUE ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano,

blica de 2004. No obstante, debe recordarse que bajo la vigencia de dichas normas no era posible hablar propiamente de «contratos mixtos» más allá, claro está, de un concepto doctrinal o, si se prefiere, de una terminología descriptiva de una determinada figura. El legislador europeo no regulaba dicha categoría como tal (cosa que sí ocurre con las vigentes Directivas de 2014) limitándose a plasmar los citados criterios al momento de definir los contratos públicos de obras, suministros y servicios[7].

Como es lógico, estas nuevas disposiciones fueron introducidas en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, pero en el caso de España, la entonces vigente Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, plasmó solo el criterio del *value test* «la prestación más importante desde el punto de vista económico» (art. 12) y ello, con independencia del tipo de prestación y de los respectivos umbrales económicos. Desafortunadamente, la disconformidad entre el Derecho español y las normas comunitarias ha perdurado en el tiempo (de hecho, idéntica regla rige en la actualidad ex art. 12 TRLCSP) sin que las incontables reformas a nuestra legislación contractual hayan servido para depurar la aludida incorrección[8]. No obstante, sí se han observado algunas «reacciones» gracias a la labor realizada por los órganos consultivos de contratación y Tribunales administrativos de recursos contractuales. Bien conocido es el informe n.º 10/2014, de 2 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, relativo a la pista de evacuación e innivición artificial de la estación de esquí de Panticosa, en el cual se debatía la co-

que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea» (pág. 82).

7. Así, tratándose de contratos que combinen servicios y suministros, el art. 1.2.d) de la Directiva 2004/18 prescribía que se considerará como un «contrato de servicios» cuando el valor de los servicios en cuestión sea superior a los respectivos productos. Y cuando se trata de fusionar obras con servicios o, en su caso, suministros, la Directiva considera el carácter accesorio o no de las primeras en relación con los segundos para determinar el régimen jurídico aplicable al respectivo contrato [art. 1.2.c) y d)]. A lo anterior, se sumaba como elemento de interpretación lo indicado en el Considerando 10 de la Directiva 2004/18 «un contrato debe considerarse un contrato público de obras solo si objeto abarca específicamente la ejecución de alguna de las actividades que se detallan en el Anexo I, si bien el contrato puede conllevar la prestación de otros servicios necesarios para la realización de dichas actividades». Añadiendo más adelante que los contratos públicos de servicios podrán incluir obras en determinadas circunstancias pero se aclara «cuando dichas obras sean accesorias al objeto principal del contrato y sean, por tanto, consecuencia o complemento del mismo, el contrato no podrá considerarse como un contrato público de obras».

8. En un trabajo anterior, *Vid.* Lazo Vitoria, X.: «Los contratos mixtos», *RAP* n.° 179 de 2009, especialmente págs. 154 y siguientes y a cuya lectura me remito, analizo extensamente el proceso de transposición de las normas comunitarias a varios Estados miembros y la situación del ordenamiento jurídico español.

rrecta calificación de un contrato mixto que comprendía prestaciones de obras y suministros[9]. A este respecto, el citado informe subraya que «no está de más recordar que la regulación del TRLCSP *se aleja*, en cuanto a la determinación del régimen jurídico de adjudicación de los contratos mixtos, de la Directiva 2004/18/CE» ya que el legislador europeo atiende «al carácter accesorio o no de las obras, para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato. Es decir, en el contrato mixto de suministro y obra, la Directiva 2004/18/CE no aplica exclusivamente el criterio de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico (value test), sino que, como se desprende del Considerando 10 de la propia Directiva, lo importante es el carácter accesorio de la obra». Una constatación que le permite concluir a la JCCA de Aragón que la regla del artículo 12 del TRLCSP «debe ser interpretada o «reinterpretada», y aplicada, a la luz de la Directiva 2004/18/CE y de las pautas jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, principio que obliga a los jueces y autoridades nacionales, entre otras cosas, a la inaplicación de las normas nacionales contrarias al Derecho comunitario». Tras estos razonamientos se concluye que la correcta calificación del contrato a efectos de determinar el régimen jurídico a su adjudicación es el de suministros y no el de un contrato de obras y ello a pesar de que este último era la prestación más importante desde el punto de vista económico.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha tenido también la oportunidad de pronunciarse sobre el punto que aquí se expone en su resolución n.º 499/2014, de 27 de junio, por el que se resuelve la impugnación de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas relativos a un contrato de arrendamiento bajo la modalidad de *renting*, e instalación de pavimento de césped artificial licitado por una entidad local de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. En la citada resolución el TACRC parte reconociendo la aludida disconformidad (entre la normativa europea y la Ley de Contratos española) pero en su parecer ello «no es necesariamente incompatible con el art. 12 TRLCSP sino que, por el contrario, puede cohonestarse con él, de manera que cuando las obras sean accesorias o secundarias respecto del objeto principal del contrato, este deberá someterse exclusivamente a las normas propias del contrato de suministros o de servicios, sin necesidad de tener en cuenta el valor de las prestaciones integradas en el contrato». Lo que es tanto como decir, claro está, que sí

9. Da noticia de este informe F. Pleite Guadamillas «Régimen jurídico de los contratos mixtos y determinación de la prestación de mayor importancia, a efectos de su adjudicación». Contratación Administrativa Práctica n.º 132, julio de 2014.

existe la denunciada incompatibilidad y que, por lo mismo, resulta procedente inaplicar la norma española en favor de la disposición europea[10].

II. NUEVAS NORMAS PARA LOS CONTRATOS MIXTOS EN LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014

1. ANTECEDENTES GENERALES

Las Directivas de contratación pública de 2014 aportan un nuevo avance en el tratamiento y sistematización de la figura que aquí se analiza. Ello es bien visible si se examina el número y extensión de los considerandos (véase cuadro siguiente) que los citados textos normativos dedican a los contratos mixtos. Su lectura, como advirtiera Ruiz de Castañeda[11], es una tarea imprescindible ya que como viene siendo habitual, el legislador europeo aprovecha precisamente esta parte para enunciar (o algo más) determinados requisitos o introducir ejemplos de las instituciones que luego plasma en la parte propiamente normativa de las Directivas.

«Considerandos» Directivas 2014 relativos a los contratos mixtos[12]

Directiva 2014/23	Directiva 2014/24	Directiva 2014/25
–	8	10
29	11	13
30	12	14
31	13	15

Este aspecto es por sí mismo demostrativo de la importancia que ha adquirido la figura de los contratos mixtos en el ámbito comunitario. En efecto, la sucesiva creación de regímenes jurídicos diferenciados para los contratos públicos (de obras, suministros, servicios) y ahora también para los contratos de concesión (obras y servicios) así como para determinados sectores de actividad: agua, la energía, los transportes y los servicios postales (Directiva 2014/25) y defensa y seguridad (Directiva 2009/81) ha obligado a una revisión y consiguiente ampliación de las normas apli-

10. En idéntico sentido véase Resolución del TACRC n.° 496/2015, de 29 de mayo de 2015, pág. 22.
11. Me refiero a las reflexiones realizadas por Alfonso Ruiz de Castañeda en el marco de su ponencia «La nueva Directiva relativa a la contratación pública», Congreso Nuevos Retos de la Contratación Pública, Cuenca enero 2013.
12. El cuadro contrasta fuertemente con la situación precedente: la Directiva 2014/18 dedicaba un único considerando (10.°) al tema que nos ocupa.

cables a la combinación de prestaciones tanto *intra* como *inter* Directivas. Ello explica también la extensa regulación prevista en las nuevas Directivas comunitarias para los «contratos mixtos» o para la «contratación mixta» –el legislador utiliza indistintamente las dos expresiones– cuyo estudio resulta una tarea insoslayable dada la frecuencia con que los poderes adjudicadores recurren a este tipo de fórmulas (arts. 20 y 21 Directiva 23/2014; 3 y 16 Directiva 24/2014; y 5 y 6 Directiva 25/2014).

Por primera vez se adopta la denominación de «contrato mixto» como categoría jurídica diferenciada, su regulación se ha hecho más compleja (multiplicidad de combinaciones) y se adivina una vocación sistemática de la materia. En efecto, se crea un sistema cerrado fijando de antemano las normas aplicables a las posibles combinaciones de prestaciones o, en su caso, de regímenes jurídicos completos. Sin perjuicio de lo anterior, las Directivas de 2014 incorporan también los nuevos criterios enunciados por el TJUE (a los que se aludirá seguidamente) y que, claro está, no lucían en la legislación europea precedente. De este modo, se vuelve a repetir el proceso *supra* referido de *codificación* de las soluciones judiciales.

2. LOS CRITERIOS QUE DEBEN APLICARSE EN LA ELECCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS MIXTOS: EL CARÁCTER SEPARABLE O NO DE LAS PRESTACIONES Y EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

El nuevo paquete de Directivas de 2014 mantiene el criterio de la prestación principal del contrato, pero añade uno nuevo: el carácter separable o no de las prestaciones fusionadas en el respectivo contrato. Para su adecuada comprensión conviene distinguir entre contratos mixtos «*ad intra*» y «*ad extra*». Se trata, claro está, de una terminología convencional cuya formulación pretende únicamente facilitar el correcto entendimiento del nuevo esquema que luce en las Directivas de contratación. Los primeros –que hemos denominado «*ad intra*»– son aquellos contratos que combinan prestaciones reguladas *todas ellas por una misma Directiva*, mientras que, por su parte, los contratos mixtos «ad extra» combinan prestaciones reguladas por *distintos estatutos* (v. gr. contrato de suministros Directiva 2014/24 y contrato de concesión de obras, Directiva 2014/23).

2.1. Contratos mixtos «ad intra»: la combinación de prestaciones reguladas todas ellas por una misma Directiva de contratación

A este primer supuesto se refieren los arts. 20 (Directiva 23/2014), 3.2 (Directiva 24/2014) y 5.2 (Directiva 25/2014). Así, por ejemplo, los contratos que combinen obras, servicios o suministros se adjudicarán conforme

a las disposiciones aplicables al «*tipo de contratación que caracterice el objeto principal del contrato en cuestión*» (art. 3.2 primera parte Directiva 2014/24). Pero, añade la citada norma, tratándose específicamente de contratos que combinen servicios contemplados en el Título III, Capítulo I de la citada Directiva [servicios sociales y otros servicios específicos] y otros servicios o en el caso de que se mezclen servicios con suministros, la adjudicación se realizará aplicando el régimen jurídico de la prestación cuyo valor estimado sea más alto[13]. Es decir, en esos casos, la regla de la «prestación principal» se traduce en la valoración de un único criterio: el económico. Por el contrario, cuando el objeto del contrato sea una obra –o, dicho de un modo más preciso, de alguna de las actividades incluidas en el Anexo II de la Directiva 2014/24– junto con otras prestaciones (servicios o suministros) la prestación principal no puede determinarse únicamente por referencia al valor de las respectivas prestaciones sino que sumando otros criterios, especialmente es necesario dilucidar si las obras constituyen la prestación principal o, por el contrario, tienen un carácter meramente accesorio. Porque, tal y como aclara el Considerando 8 de la Directiva 2014/24, cuando las obras son una «consecuencia posible o complemento del contrato, el hecho de que tales obras estén incluidas en el contrato no justifica que el contrato público resultante se considere un contrato público de obras».

El esquema que acaba de exponerse no tiene novedades relevantes desde el punto de vista de los criterios que emplea el legislador comunitario (prestación principal, *value test*). Pero sí las hay si se observa el escenario sobre el que dichos criterios se aplican: los umbrales de cada tipo contractual. Muy significativa es a este respecto la previsión de la Directiva de concesiones que establece *un umbral único* para todos los contratos

13. Respecto de los contratos mixtos que incluyan entre sus prestaciones los denominados «servicios sociales y otros servicios específicos» (arts. 19 y Anexo IV Directiva 2014/23; 4.d), 74 y Anexo XIV Directiva 2014/24; 15 y Anexo XVII Directiva 2014/25), hay que tener presente los diversos criterios que emplean las Directivas de contratación para su individualización. En particular, nótese que la Directiva 2014/23 somete a todas las concesiones –incluidas las que tengan por objeto los citados servicios sociales– a un *umbral común* (5.186.000 euros ex art. 8.1) mientras que, por su parte, las otras dos Directivas establecen *umbrales diferenciados* para cada una de sus prestaciones y también según la clase de «servicios» de que se trate. En el caso de la Directiva 2014/24 un contrato público de servicios sociales solo se somete a sus disposiciones cuando su valor estimado sea igual o superior a los 750.000 euros (en contraste con los demás contratos públicos de servicios, cuyo umbral es sensiblemente menor: 134.000 o 207.000 euros, según los casos). Y lo mismo tiene lugar con la Directiva de sectores especiales que distingue, en lo que aquí interesa, un umbral para los contratos de servicios (414.000 euros) y otro para los que tengan por objeto servicios sociales (1.000.000 de euros).

que regula: concesiones de obras, concesiones de servicios (también para los denominados servicios sociales, como se ha expuesto en nota a pie de página). Y también lo es, pero en un sentido distinto, la *diferenciación de umbrales* que introducen las otras dos Directivas (2014/24 y 2014/25) según el tipo de servicios de que se trate. Se trata de un cambio significativo porque en la legislación precedente el *value test* encontraba su ámbito natural de aplicación en la combinación de prestaciones sometidas a un mismo umbral. En cambio, el criterio de la prestación principal se aplicaba ahí donde los umbrales eran distintos (obras) por resultar el primero (criterio económico) insuficiente para prevenir eventuales fraudes en la «elección» del respectivo régimen jurídico.

2.2. Contratos mixtos ad extra: la combinación de prestaciones reguladas por dos o más directivas u otros regímenes jurídicos

Las reglas que se exponen seguidamente son de aplicación a aquellos casos en que se fusionen prestaciones reguladas en dos o más Directivas de contratación u otros estatutos especiales. En el primer supuesto deben incluirse lógicamente las Directivas de 2014 (concesiones, contratos públicos y sectores especiales) pero también la Directiva 2009/81 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad. En cuanto al segundo, pueden incluirse, por ejemplo, prestaciones amparadas por el art. 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o contratos privados (como es el caso *supra* citado que da origen a la STJUE de 6 de mayo de 2010, Hotel Loutraki). Hecha esta aclaración inicial, corresponde ahora exponer el contenido de las nuevas disposiciones para lo cual, al igual que en el caso anterior, se utilizará el modelo de la Directiva 2014/24.

2.2.1. El significado de la expresión prestaciones «objetivamente» separables a la luz de la jurisprudencia del TJUE

Cuando se trate de contratos mixtos que combinen obras, suministros o servicios regulados por la Directiva 2014/24 con otras prestaciones (no regulados por la citada Directiva) es preciso analizar de forma previa el carácter separable o no de las mismas. Se trata de un criterio nuevo (no recogido en las Directivas de 2004) y que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (especialmente SSTJUE de 6 de mayo de 2010, asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08 Club Hotel Loutraki y otros; y de 22 de diciembre de 2010, asunto, C-215/09 Mehiläinen Oy) a cuya luz es preciso interpretar su sentido y alcance. En efecto, como señala la Directiva 2014/24 «en el caso de los contratos

mixtos, las normas aplicables deben determinarse en función del objeto principal del contrato cuando las distintas prestaciones que lo constituyen no sean objetivamente separables. Por consiguiente, conviene aclarar el modo en que los poderes adjudicadores deben determinar si las distintas prestaciones son separables o no. Dicha aclaración debe basarse en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»[14].

A este respecto, el TJUE declara en la Sentencia de 6 de mayo de 2010 antes citada que: «se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en el caso de un contrato mixto cuyas distintas estipulaciones están ligadas inseparablemente y forman, por lo tanto, un todo indivisible –con arreglo a lo indicado en el anuncio de licitación–, la operación en cuestión *debe examinarse en su conjunto de forma unitaria a efectos de su calificación jurídica y debe valorarse con arreglo a las normas por las que se rige la estipulación que constituye el objeto principal o elemento preponderante del contrato* (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 19; de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, apartados 23 a 26; de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartados 36 y 37; de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 47, y de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, C-536/07, Rec. p. I-0000, apartados 28, 29, 57 y 61)[15].

El contrato único que dio origen al caso del Hotel Loutraki comprendía, conjuntamente, la transmisión de acciones de EKP (una sociedad cuyas acciones pertenecían en su totalidad al Estado griego), la adquisición del derecho a nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración de EKP, la obligación de asumir la gestión del negocio de casino y la de ofrecer servicios de alta gama, rentables económicamente, además de la obligación de realizar obras de acondicionamiento y mejora de los locales en cuestión y de los terrenos próximos. A juicio del Tribunal estas circunstancias «revelaban la necesidad de celebrar dicho contrato mixto con un socio único que dispusiera a la vez de la capacidad económica necesaria para adquirir las acciones en cuestión y de experiencia profesional en la explotación de un casino» y por ello, señala el Tribunal «debe entenderse que los diferentes elementos de este contrato forman un todo indi-

14. *Vid.* Considerando 11 primera parte, Directiva 2014/24. Es verdad que el citado Considerando enuncia el criterio del carácter separable o no de las prestaciones sin vincularlo expresamente a los contratos mixtos «ad extra» pero dicha vinculación resulta indubitada en el articulado de las Directivas.

15. La cita corresponde al FJ 48 de la citada sentencia (cursiva nuestra).

visible» (Considerandos 53 y 54). Tras alcanzar dicha conclusión, añade la sentencia, no cabe duda de que la adquisición del 49 % de las acciones de una empresa pública como EKP es el objeto principal del contrato[16]: «se desprende de las consideraciones precedentes que los diferentes compromisos del contrato mixto de que se trata en el litigio principal forman un todo indivisible, cuyo objeto principal es el compromiso de transmisión de acciones». Mientras que, por su parte, las demás prestaciones (servicios y obras) se consideran como accesorias al citado objeto principal. Dicho razonamiento permite al Tribunal concluir que el contrato mixto no está sometido a las prescripciones de las Directivas europeas, en la medida en que la prestación caracterizadora del contrato (transmisión de acciones) queda fuera de su ámbito de aplicación.

Por el contrario, en la conocida STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto, C-215/09 Mehiläinen Oy *supra* citada, el Tribunal concluye que «no existe objetivamente la necesidad de celebrar el contrato mixto controvertido» y que, por lo tanto, al ser separable la prestación relativa a determinados servicios (salud), procede aplicar las disposiciones de la Directiva 2004/18 por alcanzarse el umbral económico establecido (Considerandos 46 y 47). Cabe recordar que el Consejo municipal del Oulun kaupunki alegó que dicha prestación [servicios de salud y bienestar a favor de los empleados municipales] era «inseparable del contrato por el hecho de que el valor del compromiso de adquirir de la empresa común servicios de salud durante el período de transición formaba parte de su aportación en especie al capital de dicha empresa y que esta aportación constituía, económicamente, una condición para la creación de la empresa». Pues bien, a juicio del Tribunal «*no bastan las intenciones expresas o presuntas* de las partes contratantes de considerar que son inseparables las diferentes estipulaciones de las que se compone un contrato mixto, sino que deben apoyarse en elementos objetivos que puedan justificarlas y fundamentar la necesidad de celebrar un contrato único». Y no basta, por tanto, alegar que los servicios de salud a los empleados municipales quedan garantizados bajo el citado contrato (como argumentó el ente local) por la sencilla razón que dicha garantía podría haberse alcanzado igualmente mediante una licitación pública de los mismos. Y tampoco es admisible el argumento según el cual el «contrato actual es ventajoso y competitivo» o el otro que razona que «se crean condiciones favorables para el inicio de la actividad de la empresa en común» porque la adjudicación de un con-

16. Para ello considera el rendimiento de la sociedad adquirente: dichos rendimientos no tienen limitación temporal, mientras que la actividad de gestión caduca al cabo de diez años (Considerando 57).

trato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria precisamente al objetivo de competencia libre (Considerandos 38 a 42)[17].

2.3. La traducción del criterio jurisprudencial (carácter separable o no de las prestaciones) en las nuevas directivas comunitarias

El legislador europeo ofrece una sistematización de la jurisprudencia antes analizada enunciando las siguientes reglas. Su determinación debe realizarse en función de cada caso concreto, no siendo suficiente la intención expresa o presunta del poder adjudicador de considerar indivisibles los diversos aspectos que constituyen un contrato mixto. Por el contrario, es necesario que la respectiva decisión se apoye en pruebas objetivas capaces de justificarla y de establecer la necesidad de celebrar un contrato único, pudiendo basarse en motivos tanto de carácter técnico como económico Y ejemplifica lo anterior con el siguiente supuesto: «esa necesidad justificada de celebrar un único contrato podría darse en el caso de la construcción de un único edificio, del que una parte vaya ser utilizada directamente por el poder adjudicador interesado y otra parte vaya a ser aprovechada sobre la base de una concesión, por ejemplo, para ofrecer al público plazas de aparcamiento» (Considerando 11, Directiva 2014/24).

17. En un sentido similar, aunque menos explícito respecto del requisito que aquí se analiza véase STJUE de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, C-536/07. En dicho pronunciamiento señala el Tribunal que «la calificación jurídica de un contrato complejo al que se le aplican *distintas normas comunitarias* en materia de contratos públicos *procede acudir al objeto principal de este*». En este caso, el Tribunal concluye que las obras (edificación de pabellones ejecutada conforme a las necesidades especificadas por el Ayuntamiento de Colonia) constituyen la prestación característica del contrato y ello a pesar de que su valor (235 millones) resultaba claramente inferior que el arrendamiento de las mismas (600 millones de euros)A este respecto, señala la citada Sentencia que «el elemento determinante para la calificación de un contrato como el controvertido *es el objeto principal de este y no el importe de la retribución del contratista o las modalidades que la regulen*. Además, no es posible establecer una comparación directa entre las dos cifras antes mencionadas, consideradas en términos absolutos, dado que la cantidad de 600 millones de euros ha de satisfacerse mediante el pago a plazos de una renta durante cerca de treinta años, mientras que el importe de 235 millones de euros corresponde al valor de las obras en el momento de su finalización a finales del año 2005. En realidad, si se considera la citada cantidad de 600 millones de euros conforme a su valor actualizado en el momento de finalización de las obras, se aproxima considerablemente a la cifra de 235 millones de euros. En todo caso, aunque un porcentaje de los 600 millones de euros representara la partida de gastos relativa al arrendamiento, carece de la entidad suficiente y *no afecta a la calificación del contrato controvertido*». *Vid.* Considerando 61, cursiva nuestra.

En su parte normativa, las citadas reglas se acomodan al siguiente esquema:

2.3.1. Prestaciones que sean objetivamente separables: la opción del poder adjudicador de celebrar contratos independientes o un contrato complejo

En el caso de que las prestaciones sean objetivamente separables el legislador europeo concede a los poderes adjudicadores la *opción* de celebrar contratos independientes o bien de fusionar las respectivas prestaciones en un contrato único. En el primer caso, dice el legislador, se adjudicarán contratos separados y, por lo tanto, no existirá contrato mixto alguno. Una aclaración «pedagógica» que se incluye en el art. 3.4 primera parte de la Directiva 2014/24 al señalar que «cuando los poderes adjudicadores elijan adjudicar contratos distintos para prestaciones distintas, la decisión acerca del régimen jurídico aplicable a cada uno de estos contratos distintos se adoptará basándose en las características de la prestación de que se trate».

Pero cuando a pesar del citado carácter separable de las prestaciones se decida una adjudicación conjunta, el legislador establece una *vis atractiva a favor de la Directiva 2014/24*. Sus reglas se aplicarán al contrato público resultante «independientemente del valor de las prestaciones que de otro modo estarían sujetas a otro régimen jurídico e independientemente del régimen jurídico al que en otro caso hubieran debido estar sujetas dichas prestaciones (art. 3.4 párrafo segundo, Directiva 2014/24).

La regla antes enunciada reconoce, sin embargo, importantes excepciones. La primera consiste en la aplicación de las reglas especiales para la contratación mixta que conlleve aspectos de seguridad o defensa ex art. 16 Directiva 2014/24. La segunda concierne a la combinación de alguna o algunas de las prestaciones de la Directiva 2014/24 con las propias de la Directiva 2014/23 (concesiones). En este caso, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con la Directiva 24 «siempre que» el valor estimado de las respectivas obras, servicios o suministros sea *igual o superior* a los umbrales que establece el art. 4 del citado texto normativo. Por el contrario, cuando no se alcancen dichos valores, el contrato resultante se adjudicará según las reglas del contrato de concesión.

Por último, hay también una previsión específica para la combinación de prestaciones propias de la Directivas 2014/24 con las de la Directiva 2014/25 (sectores especiales). En este caso, declara el legislador comunitario, las reglas aplicables al contrato fusionado se determinará «a pesar de lo dispuesto en el apartado 4 del presente artículo [que es la norma que

establece la mencionada vis atractiva], con arreglo a los artículos 5 y 6 de la Directiva 2014/25». Estas últimas disposiciones se refieren a la «contratación mixta relativa a la misma actividad» (art. 5) y a la «contratación mixta relativa a varias actividades»[18].

2.3.2. Prestaciones que no sean objetivamente separables

Menos compleja es la formulación de las reglas aplicables a los contratos mixtos cuyas prestaciones no sean objetivamente separables. En este caso, el régimen jurídico del contrato resultante se determinará *siempre* en función del *objeto principal* del respectivo contrato (art. 3.6 Directiva 2014/24). Y ello, cabe añadir, incluso en el caso de que la prestación caracterizadora esté excluida del ámbito de las Directivas de contratación por revestir, por ejemplo, carácter privado (caso del Hotel Loutraki *supra* citado).

En este ámbito no basta, por tanto, la aplicación del *value test* o criterio económico, sino que es necesario indagar en la estructura contractual para determinar su prestación caracterizadora. La regla anterior tiene, sin embargo, una importante excepción ex art. 20.5 párrafo final Directiva 2014/23 según el cual «en el caso de los contratos relacionados con elementos de una *concesión de servicios* y con contratos de *suministros*, el objeto principal se determinará en función de *cuál de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros es el más alto*» (cursiva nuestra).

III. LA INCORPORACIÓN DE LAS REGLAS DE LOS CONTRATOS MIXTOS A DERECHO INTERNO: LA REGULACIÓN PREVISTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (ALCSP) Y EN EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE PROCEDIMIENTOS CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES DEL AGUA, LA ENERGÍA, LOS TRANSPORTES Y LOS SERVICIOS POSTALES (ALCSE)

Una vez expuestas las líneas fundamentales de las nuevas Directivas de contratación corresponde analizar cuál es la propuesta de transposición contenida en los dos Anteproyectos de Ley antes individualizados.

18. No obstante, la aludida remisión queda por así decirlo sin contenido porque el apartado 5 de la Directiva 25 no contempla dicho supuesto (combinación de prestaciones de la Directiva 24 y de la Directiva 25 cuando se trata de la misma actividad).

1. REFERENCIA EXPLÍCITA EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y FORMULACIÓN DE UN CONCEPTO DE CONTRATO MIXTO. SENTIDO Y ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «OTRO U OTROS DE DISTINTA CLASE»

En primer término, cabe destacar que la Exposición de Motivos del ALCSP (Parte IV, párrafo sexto) contiene por primera vez una referencia expresa a la materia que aquí nos ocupa: «en la regulación del contrato mixto, se establece el criterio general de que se regirá por las normas correspondientes al contrato que contenta la prestación principal». Una decisión que pretenden dar visibilidad al cambio operado en esta materia y contribuir a superar la disconformidad entre el derecho español y las normas comunitarias a la que antes se ha aludido.

En segundo término y no menos significativo, el legislador formula un concepto legal de esta figura «se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase» (arts. 18.1 ALCSP y 15.1 ALCSE). De esta definición se deduce que no quedan englobados en esta categoría aquellos contratos compuestos que fusionan dos o más prestaciones, pero de un *mismo tipo contractual*.[19] Sin embargo, sí se consideran contratos mixtos aquellos que comprendan en parte «servicios sociales y otros servicios específicos» y en parte otros servicios. En relación con los «servicios sociales y otros servicios específicos» hay que entender –pese a que no hay remisión expresa– que se trata de los servicios recogidos en el Anexo IV «Servicios especiales» del Anteproyecto de Ley. Y no hay duda en ello porque el art. 18 ALCSP adopta la denominación empleada por la Directiva 2014/24 en su art. 74 «adjudicación de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos» referidos a determinadas categorías de servicios (ciertos servicios sociales, sanitarios, educativos, etc.) que por su propia naturaleza tienen una dimensión transfronteriza limitada y que, por lo mismo, tienen un estatuto particular y un umbral más elevado que el aplicable al resto de los servicios[20].

También cabe preguntarse qué contenido debe otorgársele a la citada frase «otro u otros de distinta clase» porque la ubicación del precepto ce-

19. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que los Tribunales de recursos contractuales han venido aplicando vía analógica algunas de las normas de los contratos mixtos –señaladamente el vigente art. 25.2 TRLCSP– a los contratos que combinan prestaciones de la misma clase. Sobre este punto, véase la exposición de la jurisprudencia administrativa (período 2009-2015) realizada por I. Gallego Córcoles «Contratos de objeto múltiple», Revista Contratación Administrativa Práctica n.° 136, Sección Informe de Jurisprudencia, marzo 2015.

20. Salvo el caso de los contratos de concesión donde, como ya se ha expuesto, se ha fijado un umbral común para tales contratos.

rrando la Sección 1.ª Delimitación de los tipos contractuales (art. 12 a 18 del Anteproyecto) sugiere que el legislador ha querido circunscribir dicha figura exclusivamente a los contratos que designa por un nombre concreto (obras, servicios, suministros, concesiones, etc.) los cuales se corresponden, a su vez, con los tradicionales contratos nominados o típicos. Sin negar lo anterior, lo cierto es que otra norma ubicada en el Título Preliminar (art. 8 «Relaciones jurídicas, negocios y contratos relativos al ámbito del dominio público y al ámbito patrimonial», que se corresponde con el vigente art. 4 «contratos excluidos del ámbito de aplicación» TRLCSP) fuerza una conclusión distinta. Ello es así porque la citada norma declara que en los contratos que enumera en su apartado segundo (compraventa, donación, permuta, arrendamiento, etc.) «solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos si el valor estimado de las mismas no es superior al cincuenta por ciento del importe total de contrato y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad». De ello se deduce lógicamente que en las condiciones señaladas sí es posible fusionar prestaciones típicas con aquellas típicas. Por tanto, el alcance de la previsión «otro u otros de distinta clase» es más amplio que lo que sugiere una primera lectura del art. 18.1 ALCSP.

2. ADECUACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS MIXTOS A LO DISPUESTO EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN DE 2014

La lectura del extenso art. 18 ALCSP pone en evidencia que se ha realizado una transposición prácticamente literal de las nuevas disposiciones europeas. Con todo, hay que tener en consideración que dada la opción elegida para ello –incorporación de las Directivas 23 y 24 de 2014 en un *mismo texto normativo*[21]– ha sido necesario realizar algunos cambios formales para dar sentido al articulado resultante. Por lo demás y salvo lo que seguidamente se dirá, se mantiene las líneas estructurales de la regulación vigente en la actualidad (arts. 12 y 25 TRLCSP y normas reglamentarias concordantes). Sintéticamente y para no reiterar las reglas *supra* expuestas cabe señalar que la regla general es la determinación del régimen

21. Sin olvidar que mediante el ALCSE se transponen también disposiciones de la Directiva 2014/23 pero, tal y como se advierte en su Exposición de Motivos, solo cuando los contratos de concesión «se dan en los sectores y actividades comprendidos dentro de la presente Ley y solo respecto de las entidades que configuran su ámbito subjetivo de aplicación, denominadas «entidades contratantes» de forma genérica, encontrándose el resto de las disposiciones de la Directiva de concesiones incorporadas y transpuestas en la Ley de Contratos del Sector Público».

jurídico sobre la base de la *prestación principal* salvo el supuesto en que el contrato mixto comprenda servicios (de cualquier tipo) y suministros en cuyo caso se aplica la regla del *value test*.

Ahora bien, si se trata de combinar cualquiera de las prestaciones anteriores (obras, servicios, suministros) con las propias de un contrato de concesión, será menester determinar si las prestaciones son o no separables. En este punto, llama la atención que, pese a la literalidad de la transposición que ofrecen los Anteproyectos, se haya omitido hablar de prestaciones «objetivamente» separables, que es la terminología empleada por las Directivas europeas con el preciso sentido antes expuesto. Pues bien, en el caso de que las distintas prestaciones no sean separables, señala el art. 18.1.b) 1.º ALCSP «se atenderá al carácter de la prestación principal». Pero olvida el Anteproyecto que la Directiva 2014/23 ha introducido una regla especial (supra analizada) para la combinación de prestaciones propias de una concesión de servicios y de un contrato de suministros (art. 20.5).

Por el contrario, en el caso de que las prestaciones sean separables, el contrato mixto será adjudicado según las reglas del contrato de obras, servicios o suministros (vis atractiva del régimen de los contratos públicos antes referida) siempre que el valor estimado de dichas prestaciones «supere» (iguale o supere, debería decir) los respectivos umbrales económicos para su consideración como armonizados. Para terminar, cuando se fusionen prestaciones regulados por el ALCSP con prestaciones reguladas por otros estatutos se mantiene el mismo esquema. Es decir, si se trata de un contrato único se aplica la regla de la prestación principal y en caso contrario, «se aplicará lo dispuesto en esta Ley» (art. 8.2 ALCSP).

Pero la regulación de estos contratos no acaba ahí. De forma novedosa, el ALCSP ha introducido exigencias adicionales (art. 8.3 ALCSP) para el caso de que el contrato mixto contenga alguna de las prestaciones que el citado artículo identifica. En primer término, si incluye una obra y esta supera los 50.000 euros deberá elaborarse el correspondiente proyecto de obras según las exigencias establecidas en el art. 229 del Anteproyecto de Ley. Y, en segundo, si el contrato mixto comprende elementos de una concesión de obras o de una concesión de servicios, deberá acompañarse el correspondiente estudio de viabilidad y, en su caso, el anteproyecto de construcción y explotación de las obras según lo previsto en la legislación de contratos. Bien entendidas, estas disposiciones se aplican cuando las respectivas obras o, en su caso, el contrato de concesión (obras o servicios) no sea la prestación principal del contrato mixto y a pesar de ello, el

legislador nacional consiente en mantener ciertos requisitos del régimen jurídico que les es propio.

3. MANTENIMIENTO DE LA REGLA DE LA VINCULACIÓN DIRECTA Y EL CARÁCTER COMPLEMENTARIO DE LAS PRESTACIONES. REVISIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS Y DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES

Ya se ha dicho que la decisión del órgano de contratación de recurrir a la fórmula del contrato mixto debe estar debidamente justificada. En caso contrario, se produciría una restricción indebida del principio de libre concurrencia. Por ello, la legislación española ha venido exigiendo que las prestaciones que se quieran fusionar «se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante». Es lo que establece el vigente art. 25.2 TRLCSP y que recoge en similares términos el art. 34. ALCSP. Se trata de un requisito bien conocido y que aparece bajo diversas manifestaciones en los pronunciamientos de los órganos consultivos y de los Tribunales administrativos de contratación.

En este sentido, se ha considerado que no cumple con el requisito de vinculación directa y relación de complementariedad la reunión en un contrato mixto de prestaciones cuando la justificación es meramente subjetiva o, en su caso, formal pero no, como exige la legislación de contratos, de carácter material. Cuando el artículo 25.2 establece que debe existir una vinculación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, afirma el TACRC, no se está refiriendo a una «mera vinculación subjetiva por razón de la entidad contratante ni está diferenciando entre prestaciones concretas». Si así fuera, se añade, el precepto resultaría del «todo estéril y sería posible acumular en un contrato mixto cualquier tipo de prestación que fuera propia de la entidad contratante, aunque su naturaleza fuera muy diferente. Por el contrario, el criterio de este Tribunal es que la intención del legislador fue otra muy diferente. Hemos de recordar que uno de los principios que inspiran la totalidad del articulado de la Ley es indiscutiblemente el de máximo respeto al principio de concurrencia, de manera que, a lo largo de toda esta norma, se puede observar una prevención por parte de legislador contra su vulneración y el establecimiento de diversas medidas que tratan de evitar una perturbación indeseada de la concurrencia contractual. Sobre esta línea de pensamiento es

perfectamente razonable entender que, si el legislador ha establecido que para que exista un contrato mixto las prestaciones deben estar vinculadas entre sí, esa vinculación debe ser una vinculación material, no meramente subjetiva ni tampoco formal» (Resolución TACRC n.º 346/2013 de, 4 de septiembre de 2013).

En la resolución anterior, el contrato licitado contenía las siguientes prestaciones: a) limpieza viaria y recogida y transporte de Residuos Sólidos Urbanos; b) limpieza y mantenimiento de parques y jardines; c) gestión del alumbrado público y de la regulación semafórica; y, d) mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público. En este caso y sobre la base de la argumentación antes expuesta, el Tribunal afirma que «un análisis racional de las prestaciones que componen el presente contrato nos debe hacer concluir que es difícil atisbar cuál pueda ser la relación existente entre la gestión del alumbrado público, por ejemplo, y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. Igualmente, resulta difícil considerar que se puedan encontrar vinculadas entre sí, por ejemplo, el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público, la gestión del alumbrado público, o la limpieza y mantenimiento de parques y jardines».

En un sentido similar se pronuncia la Resolución n.º 133/2014, de 21 de febrero, TACRC relativo al contrato para el «Suministro de material, Dotación de equipamiento, Obras y Plan Operativo del Instituto Cardiovascular, convocado por el Consorcio Hospital General Universitario de Valencia En este caso, las prestaciones fusionadas eran las siguientes: a) Aprovisionamiento de material y control de inventario, b) Dotación y mantenimiento de equipamiento, c) Obras de acondicionamiento de los espacios d) Implantación y mantenimiento de sistemas de información e) Plan operativo de apoyo a la gestión del Instituto Cardiovascular, realizando entre otras las siguientes actividades: i. Reingeniería de procesos. ii. Soporte a la coordinación de la actividad asistencial. iii. Cualquier otro factor que contribuya a la mejora de la calidad, eficiencia y sostenibilidad de la actividad asistencial. De forma muy gráfica afirma el Tribunal que no se llega a comprender qué relación de complementariedad existe por ejemplo entre el aprovisionamiento de material (que sería el suministro) con la realización de obras en el Instituto (que sería la obra). Y tampoco se puede considerar vinculadas ninguna de estas dos con la implantación y mantenimiento de sistemas de información o del plan operativo. Recuerda el Tribunal que «las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas. Este criterio se ve ratificado por la parte final del precepto que exige que las prestaciones puedan calificarse como complementarias desde el punto de vista material, porque solo esta

circunstancia puede obligar a que puedan calificarse como una unidad funcional».

En fin, también puede citarse la Resolución n.º 262/2014, de 28 de marzo, TACRC relativo a un contrato de «Servicio de gestión integral de espacios del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense» perteneciente a la Gerencia de Gestión Integrada de Ourense, Verín y el Barco de Valdeorras[22]. El citado contrato, abarca las siguientes prestaciones: mantenimiento; limpieza, desinsectación y desratización; seguridad y vigilancia; y, suministro energético prestacional. Pues bien, el Tribunal considera que no concurren los requisitos del art. 25.2 TRLCS respecto de la última prestación (suministro energético) con el resto, salvo el caso del mantenimiento respecto del cual, se afirma, «podría admitirse la existencia de una relación de vinculación directa o complementariedad».

Otro grupo de resoluciones e informes analizan el citado requisito, pero no desde la perspectiva de un contrato mixto, sino que de negocios jurídicos que reúnen diversos servicios (mismo tipo de prestación) y no, por tanto, prestaciones de distinta clase. A pesar de ello, su exposición resulta ilustrativa de la interpretación del art. 25.2 TRLCSP el cual, como ya se ha indicado, viene siendo aplicado de forma analógica a dichos contratos. Pues bien, entre las justificaciones que se han considerado como suficientes a los efectos de las exigencias de vinculación directa y complementariedad de las prestaciones se encuentra el «componente práctico» (Informe Junta Consultiva 57/2009) que consiste en aprovechar las economías de escalas que supone la contratación conjunta de varias prestaciones. Es lo que se afirma, por ejemplo, en la Resolución n.º 188/2011, de 20 de julio de 2011 TACRC «la integración de todas las prestaciones de servicios recogidos en el contrato, tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración, en línea con el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público» y, más adelante añade que, «aunque las prestaciones pudieran ser unidades independientes, se aprecia que concurre un componente práctico, al margen de concurrir una optimización de la ejecución global del contrato, en tanto que, por ejemplo, es necesario y práctico que, además de prestar servicio de seguridad de edificios, se preste el servicio de protección de incendios, o el mantenimiento de extintores, pues son actividades muy relacionadas». En un sentido similar la Resolución n.º 58/2012, de 22 de febrero de 2012,

22. Da cuenta de esta resolución J. A. Moreno Molina en «Contratos mixtos y vinculación entre sí de las diversas prestaciones». Contratación Administrativa Práctica n.° 132, julio de 2014.

TACRC relativo a dos tipos de servicios: servicios de vigilancia y servicios de personal auxiliar específico en cometidos de conserjería, y su licitación conjunta obedece a la intención de «optimizar la ejecución del contrato». En este caso, el Tribunal reitera los razonamientos sobre eficacia y economías de escala antes expuestos añadiendo que «la posibilidad de integrar en el objeto del contrato, por motivos de índole práctica, prestaciones susceptibles de ser consideradas aisladamente como constitutivas de otros tantos contratos forma parte de la voluntad del órgano de contratación».

En todo caso, el ámbito que ahora se analiza –aplicación analógica del art. 25.2 a contratos que fusionan prestaciones correspondientes a un mismo tipo contractual– no es del todo pacífico porque junto a las resoluciones *supra* expuestas existen otras que niegan precisamente esa aplicación analógica. Es el caso de la Resolución n.º 120/2014, de 14 de febrero de 2014 TACRC emitida a propósito de un contrato de servicio de «explotación, mantenimiento y conservación de la estación depuradora de aguas residuales, estaciones de bombeo de aguas residuales y pluviales, tratamiento terciario, estación de tratamiento de agua potable (IDAS I-II), grupos electrógenos y centros de transformación». En este caso, se alegaba precisamente que entre los servicios fusionados en el contrato faltaba la vinculación directa y su carácter complementario. Sin embargo, a juicio del Tribunal «la limitación contenida en el artículo 25.2 TRLCSP solo es en rigor aplicable (so pena de postular una interpretación extensiva de una norma claramente restrictiva como lo es el citado artículo 25.2 TRLCSP) a aquellos casos en que las prestaciones que pretendan fusionarse en un solo contrato correspondan a distintas tipologías contractuales, de modo que por dicha acumulación el contrato pase a adquirir la condición de contrato mixto, en los términos del artículo 12 TRLCSP, que no a aquellos otros casos, como el aquí examinado, en que las prestaciones acumuladas, se correspondan con un mismo tipo contractual (el contrato de servicios)». En el mismo sentido, puede citarse la Resolución n.º 346/2015, de 17 de abril de 2015 TACRC relativo a «Servicios de seguridad integral y de auxiliares de control en edificios de la Administración General del Estado, Fase II», convocado por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) en cuyos fundamentos jurídicos (véase especialmente el Sexto) se utiliza el mismo razonamiento.

El argumento que enarbolan este segundo grupo de resoluciones ofrece, en mi parecer, flancos débiles en la medida en que lo que aquí se discute es si la concentración de prestaciones (del mismo o diverso tipo contractual) es razonable y puede justificarse o más bien se trata de una práctica artificiosa, en términos de suponer una afectación a la libre concurrencia.

Paradójicamente, el propio Tribunal tras descartar la aplicación del art. 25.2 TRLCSP exige igualmente la concurrencia de los citados requisitos «la acumulación de prestaciones resulta debidamente motivada en la propia Memoria justificativa del contrato, siendo evidente que dichas prestaciones se encuentran, a todas luces, *directamente vinculadas entre sí y mantienen, como allí se expone, patentes relaciones de complementariedad*» (Resolución TACRC n.º 346/2015, cursiva nuestra). Desde esta perspectiva, resulta claro que lo que se ha negado por la vía de la aplicación analógica, se termina exigiendo igualmente, aunque sin referencia al art. 25.2 TRLCSP.

4. SE MANTIENE A NIVEL REGLAMENTARIO LA OBLIGACIÓN DE IDENTIFICAR LAS PRESTACIONES QUE SE PRETENDAN FUSIONAR EN UN CONTRATO MIXTO

Como una obligación básica de transparencia y también para favorecer la libre concurrencia, el ordenamiento jurídico español exige que las prestaciones que se pretenden fusionar sean individualizadas de forma precisa. Se trata de un requisito establecido a nivel reglamentario «podrán celebrarse contratos con pluralidad de objetos, pero cada una de las prestaciones deberá ser definida con independencia de las demás» (art. 2.1 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Podría resultar de utilidad estudiar la conveniencia de elevar este requisito a nivel legal porque la práctica demuestra que muchos de los problemas que afectan a la figura de los contratos mixtos derivan directamente de una errónea o inadecuada definición de las prestaciones incluidas en el contrato único. Veamos algunos ejemplos de ello. En ocasiones existe una discordancia entre lo anunciado y el contenido de los documentos contractuales. Es el caso que recoge la Resolución TACRC n.º 496/2015, de 29 de mayo de 2015, se licita un contrato de servicios, en concreto, «servicios de mantenimiento de los equipos electromédicos correspondientes a todas las áreas del Servicio Extremeño de Salud» y así se recoge en el respectivo anuncio de licitación. Pero la lectura de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas revela que además se incluía una segunda prestación, «renovación tecnológica» que se corresponde con un contrato de suministros.

En la misma línea antes indicada, puede citarse la Resolución TACRC n.º 362/2015, de 24 de abril, relativo al contrato de suministro sucesivo de reactivos y material para la realización de técnicas analíticas, de la Gerencia de Gestión Integrada de Vigo. Se trata de un contrato de suministros solo en apariencia porque en los respectivos Pliegos van «surgiendo»

otras prestaciones adicionales (cesión del uso del equipamiento analítico y el software y hardware del sistema de información del laboratorio, mantenimiento integral del mismo y formación al personal del Centro) e incluso dicha obligación de cesión de uso (por cierto, sin coste alguno para la Administración) lleva aparejada, a su vez, nuevas prestaciones: distribución, montaje, instalación y puesta en marcha. Además, señala el Tribunal llama poderosamente la atención que el Pliego de Prescripciones Técnicas dedique dos escasos apartados a delimitar las obligaciones propias del contrato de suministros (el contrato, por así decirlo, declarado) y nada menos que dieciséis apartados a configurar las otras prestaciones.

En otros supuestos, por ejemplo, Resolución TACRC n.º 499/2014, de 27 de junio de 2014, se identifican inadecuadamente las prestaciones «el pliego, señala el Tribunal, se limita a calcular el valor estimado del contrato sin especificar el importe que corresponde a las distintas prestaciones que se albergan en él, infringiendo la regla de la individualización exigida en el art. 2.1 RGLCAP...».

5. LA EXTENSIÓN DE LA REGLA DE LA ABSORCIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Otra novedad muy relevante es la ampliación de la regla de la absorción que introduce el ALCSP al señalar que «el régimen jurídico de la *preparación y adjudicación* de los contratos mixtos se determinará de conformidad con lo establecido en este artículo; y el de sus efectos, cumplimiento y extinción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el art. 122.2» (art. 18.1 tercer párrafo). Ello contrasta con lo dispuesto en el vigente art. 12 TRLCSP que limita la aplicación de la citada regla a la «determinación de las normas que deban observarse en la adjudicación» del respectivo contrato mixto[23].

IV. BIBLIOGRAFÍA

Gallego Córcoles, I.: «Contratos de objeto múltiple», *Revista Contratación Administrativa Práctica* n.º 136, Sección Informe de Jurisprudencia, marzo 2015.

23. Téngase en cuenta que en algunas resoluciones de los Tribunales administrativos de recursos contractuales se ha venido sosteniendo precisamente que el término «adjudicación» que emplea el art. 12 TRLCSP debe ser interpretado de forma amplia. Por ello, se afirma, dicho término abarca no solo las normas del Título I («Adjudicación de los contratos») del Libro III («Selección del contratista y adjudicación de los contratos») sino que también las normas relativas a la preparación de los contratos. Por todas, véase resolución n.º 281/2014, de 4 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Gimeno Feliu, J. M.ª: La codificación de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la Jurisprudencia del TJUE», *REDA* 172, julio-septiembre 2015, págs. 81 a 122.

Lazo Vitoria, X.: «Los contratos mixtos», *RAP* 179, mayo-agosto 2009, págs. 143 a 165.

– «Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos. Novedades en las nuevas Directivas de contratación pública» en: *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Thomson Reuters, 2015, págs. 423 a 435.

Moreno Molina, J. A.: «Contratos mixtos y vinculación entre sí de las diversas prestaciones». *Contratación Administrativa Práctica* n.º 132, julio de 2014.

Pérez Delgado, M.; y Rodríguez Pérez, R.: «La vinculación de las prestaciones y su complementariedad son elementos esenciales para tipificar un contrato mixto». *Contratación Administrativa Práctica*, 14 de abril de 2014.

Pleite Guadamillas, F.: «Régimen jurídico de los contratos mixtos y determinación de la prestación de mayor importancia, a efectos de su adjudicación». *Contratación Administrativa Práctica* n.º 132, julio de 2014.

Capítulo 5

El documento europeo único de contratación: un paso más para reducir la carga burocrática en la contratación pública

Teresa Medina Arnáiz

Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS PREVISIONES SOBRE SIMPLIFICACIÓN EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS Y SU APUESTA POR REDUCIR LA CARGA BUROCRÁTICA A LOS OPERADORES ECONÓMICOS. III. LA REGULACIÓN DEL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN. 1. *El documento europeo único de contratación como declaración responsable: Características*. 1.1. Declaración responsable. 1.2. Declaración normalizada multilingüe. 1.3. Electrónico. 1.4. Reutilizable. 1.5. Obligatorio. 2. *Contenido*. IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La normativa sobre contratación pública –tanto estatal como europea– exige el cumplimiento previo de ciertos requisitos de capacidad y de solvencia a las personas naturales o jurídicas que quieren contratar con alguna de las entidades del sector público[1]. La finalidad de estos requisitos es

1. Con carácter general, los requisitos de participación en un procedimiento de adjudicación se recogen en el artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión («contratos de concesión»); en los artículos 56 y 58 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública («sectores clásicos»); y en los artículos 76 y 78 de la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales («sectores especiales»).

la de garantizar la idoneidad del contratista para asumir las obligaciones derivadas del contrato y asegurar, de esta manera, que su ejecución se va a llevar a cabo con garantías de éxito. De este modo, la selección del contratista se efectúa atendiendo a los conocidos como «criterios de selección cualitativa» que se vinculan a la situación personal del candidato o licitador y a su capacidad para desarrollar las prestaciones objeto del contrato[2].

Estos criterios de selección se centran exclusivamente en las cualidades personales y capacidades profesionales de quien pretende ser contratista. A tal efecto, incumbe al poder adjudicador determinar las condiciones mínimas de capacidad a exigir a los operadores económicos, si bien, y aun cuando el órgano de contratación goza de libertad para fijar los niveles mínimos de capacidad y solvencia requeridos, existen límites infranqueables: los criterios de selección han de encontrarse vinculados al objeto contractual, deben ser proporcionales al mismo y no discriminatorios, propiciando que cualquier operador económico que pueda ejecutar el contrato esté en condiciones de participar en la licitación sin encontrar trabas injustificadas derivadas de la exigencia de unos requisitos excesivos (artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE).

En este sentido, tanto de las normas de la Unión como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se infiere que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a terceros, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de que opere sistemáticamente en el mercado o solo intervenga de manera ocasional[3].

2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado en distintas ocasiones acerca de los criterios de selección cualitativa para diferenciarlos de los criterios de adjudicación de un contrato aclarando que los primeros atienden a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión, mientras que los criterios de adjudicación sirven para identificar la oferta económicamente más ventajosa. Véase, a este respecto, las sentencias de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, apartados 59 a 64; de 24 de enero de 2008, *Lianakis*, C-532/06, apartado 27; de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/Grecia*, C-199/07; de 9 de octubre de 2014, *España/Comisión*, C-641/13P, apartado 36 y de 26 de marzo de 2015, *Ambisig*, C-601/13.

3. Véase las sentencias del TJUE de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, C-305/08, apartado 42; de 18 de diciembre de 2014, *Data Medical Service*, C-568/13, apartado 35 y 6 de octubre de 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, apartado 34. Recordemos que la normativa contractual de la Unión Europea no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos. No es necesario que el licitador tenga la propiedad de los medios técnicos, económicos o financieros, sino solo que sea

El cumplimiento de los criterios de selección se aprecia por parte de los poderes adjudicadores en una fase ulterior del procedimiento y de conformidad con los niveles de capacidad económica, financiera, técnica y profesional que ha considerado adecuados para ejecutar un determinado contrato y que ha dado a conocer en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas. Si resulta acreditado que los operadores económicos no reúnen la aptitud necesaria para contratar –o bien están incursos en alguna de las causas legales de prohibición– deben quedar excluidos de la licitación (artículo 56 de la Directiva 2014/24/UE, de conformidad con los artículos 57 y 58 del mismo texto).

Esta mención normativa vincula la adjudicación de un contrato público a la verificación de la aptitud de los operadores económicos para poder contratar, esto es que sean capaces, solventes, dispongan de la habilitación necesaria para ejercer la actividad profesional de que se trate y no incurran en una prohibición de contratar, a la vez que obliga a excluir de la participación en un procedimiento de adjudicación a aquellos operadores económicos cuyas cualidades profesionales no son consideradas suficientes o cuyas proposiciones no se ajustan al contenido previsto en los pliegos o documentos contractuales de naturaleza similar[4].

---

capaz de acreditar que dispondrá de ellos durante la ejecución del contrato, aunque pertenezcan a un tercero, en Gallego Córcoles, I., «El recurso a las capacidades de otras entidades (o del intento de concretar el régimen jurídico de la integración de la solvencia mediante medios externos)», en la obra colectiva Observatorio de los contratos públicos 2014, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 208. Así se manifiestan las sentencias del TJUE de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, C-176/98, apartado 29; de 18 de marzo de 2004, *Siemens y ARGE Telekom*, C-314/01, apartados 43 y 44; de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni*, C-94/12, apartados 33 y 35; de 14 de enero de 2016, *Ostas celtnieks*, C-234/14 y de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14.

4. Según manifiesta el TJUE en su sentencia de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell´Adda*, C-42/13, apartado 42 «el poder adjudicador debe cumplir estrictamente los criterios que él mismo haya establecido, por lo que, en principio, está obligado a excluir del contrato a un operador económico que no haya remitido un documento o comunicado una información cuya aportación se impusiera en los documentos de ese contrato so pena de exclusión». Numerosas resoluciones de los distintos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales de nuestro país también se refieren a la exclusión de un licitador en un procedimiento de adjudicación bien por no presentar la documentación requerida en los pliegos o en la normativa, bien porque dicha documentación no acredita el cumplimiento de las condiciones de solvencia y capacidad exigidas por el órgano de contratación. A título de ejemplo, y acudiendo a la cronología más reciente, caben destacarse las resoluciones del Tribunal Administrativo Central 267/2016, de 15 de abril de 2016, 204/2016, de 11 de marzo de 2016 y 1033/2015, de 6 de noviembre; los acuerdos 58/2015, de 6 de mayo y 79/2015, de 29 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; las resoluciones 33/2016, de 11 de febrero y 171/2015, de 12 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos contractuales de la Junta de Andalucía.

En todo caso, la carga probatoria del cumplimiento de las exigencias de selección cualitativa prescritas por el órgano de contratación corresponde al licitador o candidato mediante la aportación de cuantos medios de prueba –certificados, informes, declaraciones, documentos, balances y/o títulos de estudios y profesionales– señale el órgano de contratación en el pliego entre los establecidos por la normativa (artículo 60 y las referencias que figuran en el anexo XII de la Directiva 2014/24/UE).

Según ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se trata de un sistema probatorio que, aunque muy amplio, limita las opciones de evaluación y de verificación con las que cuentan los órganos de contratación a aquellos medios de prueba que sean «objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad [...] sin ir más allá de lo razonablemente necesario»[5].

La aportación de estos medios de prueba permite comprobar que los licitadores reúnen los requisitos de idoneidad exigida y, más en concreto, que disponen de los medios y las condiciones necesarias para ejecutar adecuadamente el objeto contractual. Ahora bien, a pesar de considerarse uno de los aspectos clave para la correcta selección del contratista, la obligación de presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de estos requisitos ha sido considerada tradicionalmente uno de los mayores obstáculos a la participación en la licitación de muchos operadores económicos –especialmente de las pequeñas y medianas empresas (pymes)– que no tienen a su disposición los recursos personales, técnicos y económicos necesarios para hacer frente a la carga burocrática que supone cumplimentar la información relacionada con los criterios de exclusión y de selección en un procedimiento de adjudicación.

Así pues, y bajo la premisa de que una carga administrativa excesiva puede disuadir a potenciales interesados de participar en un procedimiento de adjudicación contractual, en los últimos años la burocracia se ha ido aligerando a través de distintas medidas que han desplazado desde el licitador hacia el adjudicatario la aportación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos para contratar y que ha posibilitado que las certificaciones que lo prueben sean remitidas al órgano de contratación por vía electrónica.

En relación con ello, una de las principales medidas simplificadoras que ha contemplado la normativa española ha sido el tránsito de un sis-

5. STJUE de 18 de octubre de 2012, *Édukövízig y Hochtief Construction*, C-218/11, apartado 29. De un sistema probatorio cerrado habla el Abogado General Sr. Wathelet, en sus conclusiones presentadas el 3 de marzo de 2016, en el asunto *Ambisig*, C-46/15, apartados 62 a 64.

tema de exigencia de la documentación acreditativa del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social a todos los licitadores a limitar su exigencia únicamente a quienes resultaran adjudicatarios del contrato[6]. Asimismo, en clave de legislación nacional es obligado referirnos, por una parte, a la aceptación de las declaraciones responsables –más allá de la manifestación concreta del licitador sobre la inexistencia de situaciones que le prohíben contratar– que sustituyen la presentación de la documentación que aporta el licitador en el sobre de la documentación administrativa (sobre A) respecto del cumplimiento de los requisitos para contratar con una entidad del sector público[7], y por otra, a que se pueda eximir al operador económico de la obligación de presentar documentos e información que el órgano de contratación pueda obtener por sí mismo a partir de la consulta a bases de datos o registros de licitadores accesibles por vía electrónica, siempre que cuente con la autorización para ello[8].

6. El artículo 80.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas en su redacción primitiva señalaba, en su letra e), que las proposiciones de los interesados debían ir acompañadas, entre otros, de los documentos que acreditasen hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, exigencia que, al no contener restricción alguna, resultaba aplicable a todos los licitadores. Con la modificación de este artículo operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, todos los licitadores deberán presentar una declaración responsable sobre la ausencia de causas de prohibición de contratar. Dicha declaración responsable «comprenderá expresamente la circunstancia de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba exigirse antes de la adjudicación a los que vayan a resultar adjudicatarios del contrato, a cuyo efecto se les concederá un plazo máximo de cinco días hábiles».

7. Nos referimos concretamente al artículo 54.4 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra y al artículo 146.4 del TRLCSP introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que prevé que el órgano de contratación pueda establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación para poder contratar se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. Por su parte, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón simplifica la documentación que los licitadores deben presentar aceptando fotocopias o declaraciones responsables como medio para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el procedimiento de contratación.

8. Sirva también como ejemplos: (i) la expedición por medios telemáticos de certificaciones de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarios u otras circunstancias de carácter tributario (artículo 15.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas) y (ii) que la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de las Administraciones Públicas acredita frente

A pesar de estos avances en reducir la carga administrativa soportada por los operadores económicos en un procedimiento de adjudicación, los obstáculos burocráticos han seguido considerándose uno de los factores disuasorios para la participación de las pymes en la contratación pública[9] –aun cuando en la Unión Europea más del 90 % de las empresas son pymes– al mismo tiempo que se entiende que son una de las razones que impiden mejorar los exiguos porcentajes de participación transfronteriza en las compras públicas (3, 7 % según datos del año 2014)[10].

Por todo ello, es que uno de los esfuerzos del actual marco regulador se ha centrado en simplificar los requisitos de documentación a presentar por parte de los operadores económicos interesados en la adjudicación[11]. La apuesta decidida en reducir las cargas administrativas en la contratación –tanto para los poderes adjudicadores como para los operadores económicos– se ha materializado en distintas medidas e instrumentos dirigidos a facilitar el acceso al mercado público.

El objeto de este trabajo se centra, por tanto, en el estudio de las medidas de simplificación administrativa que ha previsto el nuevo marco jurídico. De entre todas ellas vamos a centrar nuestra atención en el documento europeo único de contratación (DEUC). Ponemos en valor su objetivo de simplificar los requisitos documentales que debe presentar el operador económico para participar en una licitación y, lo que aún consideramos más importante, estandarizando la burocracia a nivel europeo.

---

a todos los órganos de contratación del sector público las condiciones de aptitud del empresario (artículo 83 TRLCSP).

9. Esta fue una de las mayores reivindicaciones planteadas desde el sector privado al proceso de consultas que se inició, en el año 2011, tras la publicación del *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*, COM (2011) 15 final, de 25 de enero, y de ello queda constancia en el considerando octogésimo octavo de la Directiva 2014/24/UE.

10. Los datos nos muestran que las transacciones transfronterizas directas únicamente suponen un 3, 7 % del valor de los contratos adjudicados en la UE, cifra que se eleva a un 13.4 % en el caso de contratación indirecta a través de filiales. Véase, Kutlina-Dimitrova, Z., y Lakatos, C., *Determinants of direct cross-border public procurement in EU Member States,* julio 2014 en: *http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152700.pdf* [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2016].

11. Así lo manifiestan, entre otros, Moreno Molina, J. A., «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2012*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 115-163 y Razquin Lizarraga, M. M.ª, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transposición en España», *RAP*, núm. 196, enero-abril 2015, págs. 97-135.

II. LAS PREVISIONES SOBRE SIMPLIFICACIÓN EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS Y SU APUESTA POR REDUCIR LA CARGA BUROCRÁTICA A LOS OPERADORES ECONÓMICOS

Como venimos afirmando, el objetivo de simplificación administrativa para favorecer un entorno empresarial competitivo –dando un mayor protagonismo a las pymes– se encuentra presente en las nuevas Directivas sobre contratación pública; sin embargo, podemos afirmar que no es exclusivo de la regulación contractual, pues está presente en todas las políticas que, de una manera u otra, se refieren al establecimiento y al correcto funcionamiento del mercado único[12].

A este respecto, el objetivo de reducir las cargas burocráticas de los procedimientos ha sido una constante desde que se aprobaran las primeras iniciativas europeas para la simplificación administrativa en el año 1988. En concreto, desde la Comunicación de la Comisión *La simplificación administrativa en la Comunidad. Consideraciones generales* (1988) y la Recomendación 90/246/CEE del Consejo, de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en favor de las pequeñas y medianas empresas en los Estados miembros[13]. No obstante, las principales medidas para legislar mejor en el ámbito europeo se reco-

12. Resulta evidente que la existencia de un mercado único sin fronteras e integrado ofrece un gran potencial en términos de empleo, crecimiento y competitividad, y, por ello, desde las instancias europeas se ha trabajado –y se sigue trabajando– por eliminar cualquier obstáculo que dificulte lograr tales objetivos. Muchos de los obstáculos que se nos presentan para el correcto funcionamiento del mercado único presentan rasgos comunes entre políticas, tales como un exceso de trámites administrativos, la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas o la falta de confianza recíproca entre Estados miembros.

13. DOCE L 141, de 2 de junio de 1990. Con posterioridad destacan: (i) la Resolución del Consejo, de 3 de diciembre de 1992, relativa a la simplificación administrativa para las empresas; (ii) el Informe del grupo de expertos independientes sobre la simplificación legislativa y administrativa (Informe «Molitor», COM (95) 288 final, de 21 de junio de 1995); (iii) el Proyecto SLIM (*Simpler Legislation for the Internal Market*, COM (96) 204 final, de 8 de mayo de 1996) y (iv) la Resolución del Consejo, de 8 de julio de 1996, sobre la simplificación legislativa y administrativa en el ámbito del mercado interior (DOCE C 224, de 1 de agosto de 1996). Sobre las primeras iniciativas europeas para la simplificación administrativa, resultan de interés Villarejo Galende, H., «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, págs. 47-82; Canals Ametller, D., «Simplificación administrativa y Directiva de Servicios: Objetivos, medios e incidencias», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XII de la Revista dedicado a *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, 2010, págs. 297-335 y Punzón Moraleda, J. y Sánchez Rodríguez, F., «Simplificación en la contratación administrativa. Especial referencia a la contratación electrónica administrativa», en

gen en dos documentos que han tenido cierta continuidad en el tiempo: el Plan de Acción *Simplificar y mejorar el marco regulador* de 2002, modificado en marzo de 2005[14] y el Acuerdo Interinstitucional *Legislar mejor*, adoptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en diciembre de 2003, que marca los criterios consagrados en las directrices en esta materia, a saber: eficacia, eficiencia, coherencia, pertinencia y valor añadido de la Unión Europea (UE)[15].

En este contexto de mejora regulatoria, la reducción de las cargas administrativas para las empresas ha sido un propósito invariable que se encuentra vinculado a la potenciación de la interconexión general entre Administraciones públicas europeas, por una parte, y entre estas y las empresas y ciudadanos, por otra[16].

Este breve recorrido nos muestra que desde las instancias europeas se ha trabajado –y se sigue trabajando– por eliminar cualquier traba que dificulte lograr un verdadero mercado en el que hacer efectivas las libertades fundamentales de la Unión. Muchos de estos obstáculos presentan rasgos comunes entre distintas políticas europeas, tales como un exceso de trámites administrativos, la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y la falta de confianza recíproca entre Estados miembros.

En el ámbito de la contratación pública también nos encontramos con estos mismos inconvenientes. El intento por superarlos cohonesta con la

---

la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 417-458.

14. El Plan de acción *Simplificar y mejorar el marco regulador*, COM (2002) 278 final, de 5 de junio de 2002 fue actualizado y completado con la Comunicación *Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*, COM (2005) 97, de 16 de marzo de 2005, que considera que la simplificación debe ser una acción prioritaria para la UE.

15. Véase, la Comunicación de la Comisión *Legislar mejor para obtener mejores resultados – Un programa de la UE*, COM (2015) 215, de 19 de mayo de 2015 y las Directrices de la Comisión sobre la mejora de la legislación, SWD (2015) 111, de la misma fecha.

16. En este sentido, debemos referirnos al *Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea: Planes de reducción sectoriales y acciones en 2009*, COM (2009) 544, de 22 de octubre de 2009 y a los Programas IDA (Programa de intercambio de datos entre Administraciones (1999-2004); al Programa de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos (2005-2009) («el programa IDABC») y al Programa ISA relativo a las soluciones de interoperabilidad para las administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos europeos (2010-2015). El último de estos programas es el Programa ISA2 sobre soluciones de interoperabilidad y marcos comunes para las administraciones públicas europeas, las empresas y los ciudadanos, aprobado para el periodo 2016-2020 (Decisión UE 2015/2240, de 25 de noviembre de 2015, publicada en el DOUE L 318, de 4 de diciembre de 2015).

finalidad de las Directivas consistente en facilitar la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y, con carácter general, la apertura de los contratos públicos a la competencia garantizando la más amplia participación de operadores económicos en una licitación[17].

Para ello, y con la finalidad ya comentada de eliminar cualquier traba que pueda producir un efecto desalentador en los operadores económicos, se establecen por parte de las nuevas Directivas –aunque no todas con un carácter novedoso– una serie de medidas generales que tratan de facilitar que los operadores económicos de cualquier Estado miembro puedan ofrecer sus bienes y/o servicios en otro Estado sin necesidad de duplicar esfuerzos en cuanto a la presentación de documentos que prueben el cumplimiento de los requisitos necesarios para llevar a cabo la prestación contractual.

La primera de estas medidas de simplificación se refiere a la equivalencia y reconocimiento, por parte de los poderes adjudicadores de un Estado miembro, de aquellos certificados, justificantes o cualquier otro documento que acrediten que su poseedor cumple las condiciones exigidas para prestar un servicio, ejecutar una obra o proveer un suministro y que hayan sido expedidos por organismos establecidos en otro Estado miembro (artículo 62.1 y artículo 64.7 de la Directiva 2014/24/UE). Desde esta misma perspectiva, la inscripción del operador económica en un registro de operadores económicos clasificados o en una lista oficial de contratistas, proveedores de suministros o de servicios autorizados constituirá una presunción de aptitud –presunción *iuris tantum*– con respecto a los requisitos de selección cualitativa que fueran necesarios para proceder a su inscripción (artículo 64, apartados 4 y 5 de la Directiva 2014/24/UE).

La segunda alude a la supresión de las cargas administrativas injustificadas y/o desproporcionadas. De esta manera, la acreditación de las exigencias de solvencia para participar en un procedimiento de contratación se debe fijar conforme a un criterio de proporcionalidad y coherencia con

17. El Tribunal de Justicia ya ha reiterado en numerosas ocasiones que el objetivo principal de las normas de la Unión en materia de contratos públicos es la libre circulación de las mercancías y de los servicios y su apertura a la competencia más amplia posible – y no falseada – en todos los Estados miembros. Véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, C-340/04, apartado 58; de 13 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk y otros*, C-337/06, apartado 39; de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, C-305/08, apartado 37; de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni*, C-94/12, apartado 34; de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, apartado 29 y de 18 de diciembre de 2014, *Data Medical Service*, C-568/13, apartado 34.

el contenido de las prestaciones que constituyen el objeto contractual. Por ello, se deben limitar a aquellas que demuestren un nivel adecuado de capacidad en función del contrato que se licita, es decir, según la naturaleza, el valor o su envergadura y no de una manera abstracta (artículos 58, 60 y anexo II de la Directiva 2014/24/UE)[18].

Por último, hemos de referirnos a la simplificación de las obligaciones de presentación de documentación que incumben a los licitadores y candidatos en los procedimientos de contratación. En este aspecto, las nuevas Directivas sobre contratación pública limitan la carga burocrática de los participantes en una licitación de diferentes maneras:

(1) Aceptación generalizada del mecanismo de la declaración responsable – declaración jurada, declaración solemne, *déclaration sur l'honneur* – como medio de prueba subsidiario para acreditar la ausencia de prohibiciones de contratar y el cumplimiento del resto de los criterios de selección del contratista cuando no haya sido posible obtener por otros medios los certificados o documentos requeridos por el órgano de contratación (artículo 60.2 de la Directiva 2014/24/UE). Esta medida de simplificación obedece a una razón fundamental, y es que no se debe obligar a los Estados miembros a expedir documentos que no existan en virtud de su Derecho nacional.

(2) El órgano de contratación puede solicitar de los candidatos y licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos del cumplimiento de los criterios de selección cualitativa en cualquier momento del procedimiento; sin embargo, esta posibilidad se prevé con un carácter excepcional. La regla general es que únicamente se requiera la documentación al operador económico al que se haya decidido adjudicar el contrato (artículo 59.4 de la Directiva 2014/24/UE).

(3) Se exime al operador económico de la obligación de presentar documentación e información que el poder adjudicador pueda obtener por sí mismo sin dificultad alguna «accediendo directamente a una base de

18. Según reconoce el considerando octogésimo tercero de la Directiva 2014/24/UE «La imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYME en la contratación pública. Los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. En particular, los poderes adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato. El requisito normalmente no debe exceder como máximo el doble del valor estimado del contrato. No obstante, pueden aplicarse exigencias más estrictas en circunstancias debidamente justificadas, que pueden referirse al elevado riesgo vinculado a la ejecución del contrato o al carácter crítico de su ejecución correcta».

datos nacional de cualquier Estado miembro de la Unión Europea que pueda consultarse de forma gratuita, como un registro nacional de contratación pública, un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación» (artículo 59.5 de la Directiva 2014/24/UE).

No obstante, para que este derecho sea una realidad, se deben crear mecanismos para el intercambio de información que refuerce la cooperación administrativa en esta materia. Estos instrumentos se basan, principalmente, en las nuevas tecnologías y apuestan por herramientas informáticas que faciliten este proceso, como por ejemplo, el sistema de información e-Certis en el cual cada Estado miembro deberá publicar «la lista completa y actualizada de las bases de datos que contengan información de interés sobre los operadores económicos» (artículo 59.5 de la Directiva 2014/24/UE en relación con el artículo 61 del mismo texto)[19] o el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) que permita a los Estados miembros comunicarse en caso de duda sobre la autenticidad de un documento[20].

19. Entre los documentos a los que podemos acceder a través del sistema electrónico e-Certis se encuentra el de «Información general sobre listas de operadores económicos acreditados/ sistemas de clasificación». Puede consultarse en: *http://ec.europa.eu/markt/ecertis/searchDocument.do*, aunque hemos de señalar que, por el momento, esta base de datos no se encuentra actualizada [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2016]. Respecto de estas obligaciones, los Estados miembros pueden aplazar su aplicación hasta el 18 de octubre de 2018 (artículo 90, apartados 4 y 5 de la Directiva 2014/24/UE).

20. El Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) se ha establecido por el Reglamento (UE) 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (DOUE L 316, de 14 de noviembre de 2012). El IMI se concibe como una herramienta electrónica multilingüe de apoyo a la cooperación administrativa en lo que atañe al corpus legislativo sobre mercado interior. Por el momento se utiliza en relación con la Directiva sobre cualificaciones profesionales (Directiva 2005/36/CE) y con la Directiva de servicios (Directiva 2006/123/CE). No obstante, las Directivas sobre contratación pública cuestionan la posibilidad de que el IMI pueda servir de utilidad para el intercambio de la información requerida desde la regulación contractual (artículo 86.3 de la Directiva 2014/24/UE). El vínculo entre las Directivas sobre contratación pública y la Directiva de servicios respecto del objetivo de simplificación había sido destacado por Gimeno Feliu, J. M.ª, «Directiva de servicios y contratación pública. Hacia la simplificación», *RArAP*, núm. monográfico XII, 2010, págs. 409-443; Sanmartín Mora, A., «Contratación pública y Directiva Servicios. Hacia la simplificación administrativa», ponencia presentada al *Seminario sobre Contratación Pública* celebrado en Formigal en septiembre 2010 y Medina Arnáiz, T., «Impacto sobre la Administración autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites a los prestadores de servicio», en la obra colectiva *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2010, págs. 425-453.

(4) Otro de los derechos reconocidos a los operadores económicos por las nuevas Directivas –y cuya aplicación puede aplazarse por parte de los Estados miembros hasta el 18 de octubre de 2018 en el que sea obligatorio el uso de medios electrónicos en la contratación pública– es el de no «presentar documentos justificativos, cuando el poder adjudicador que haya adjudicado el contrato o celebrado el acuerdo marco ya posea dicha documentación» (artículo 59.5 segundo párrafo de la Directiva 2014/24/UE).

En este sentido, debemos señalar que la redacción final de este apartado respecto del ejercicio de este derecho es menos precisa que la recogida en la Propuesta de Directiva (2011). En efecto, en el artículo 57 de la Propuesta de Directiva, la no exigencia de documentos que ya obrasen en poder del órgano de contratación se supeditaba a que se hubieran presentado al «mismo poder adjudicador en los cuatro años precedentes, en un procedimiento anterior y siguieran siendo válidos[21].

En cualquier caso, entiendo que para el ejercicio efectivo de este derecho conferido al operador económico –y ante la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para alcanzar el resultado previsto– se debieran concretar por parte de los Estados miembros los términos exactos para que pueda producir útilmente sus efectos, y sin que, por otra parte, suponga una carga desproporcionada para el órgano de contratación[22]. Así pues, podrían pensarse en señalar que se trata de un derecho que hay que manifestar que se ejerce y en el que se aporte algún tipo de dato al poder adjudicador sobre el procedimiento en el que ya se presentó la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de participación[23].

21. El artículo 57.3 de la Propuesta de Directiva que llevaba por título *Declaraciones de los interesados y otros medios de prueba*, en su segundo párrafo señalaba que «Los candidatos y licitadores no estarán obligados a volver a presentar un certificado u otra prueba documental que ya hayan presentado al mismo poder adjudicador en los cuatro años precedentes, en un procedimiento anterior, y sigan siendo válidos», Propuesta de Directiva sobre contratación pública, COM (2011) 896 final, de 20 de diciembre de 2011.

22. De ello se hace eco el considerando octogésimo quinto de la Directiva 2014/24/UE al indicar que «también es preciso velar por que los poderes adjudicadores no tengan que hacer frente a una carga desproporcionada de archivo y clasificación a este respecto».

23. Respecto del ejercicio de este derecho podría resultar de utilidad tener en cuenta las consideraciones generales sobre la aplicación del derecho previsto en el artículo 35.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre –o del futuro artículo 53.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas– y del artículo 2 del Real Decreto 17781994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas

(5) Finalmente, la Directiva 2014/24/UE prevé la sustitución de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para participar en un procedimiento de licitación por una declaración formal y actualizada del operador económico que se materializa en el denominado «documento europeo único de contratación» (artículo 59 de la citada Directiva).

Dado que este documento está llamado a desempeñar un papel esencial en la simplificación documental en la contratación pública, vamos a proceder a su análisis de una manera más detallada.

III. LA REGULACIÓN DEL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN

El documento europeo único de contratación (DEUC) consiste en una declaración responsable del propio operador económico –en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros– que sirve como prueba preliminar en el procedimiento de adjudicación para acreditar ante el órgano de contratación el cumplimiento de los requisitos de aptitud para contratar y la ausencia de prohibiciones de contratar. Su objetivo, por tanto, no es otro que reducir las cargas burocráticas que conlleva la obligación de presentar un número importante de documentos relacionados con los criterios de selección cualitativa del contratista.

Ahora bien, tal como trataremos en un momento posterior, es importante destacar que no se trata de un supuesto de exoneración de los requisitos exigidos para contratar, sino de exceptuar a los licitadores y candidatos de la formalidad de presentar las certificaciones y la documentación que así lo acreditan. Por tanto, con la presentación del DEUC únicamente se retrasa la presentación de dichos certificados a un momento posterior del procedimiento y, en principio, solo para quien resultase adjudicatario del contrato[24].

---

reguladoras de los Procedimientos de Otorgamiento, Modificación y Extinción de Autorizaciones. En este último artículo, y a propósito de la no exigencia de documentos que ya obren en poder de la Administración, se establece que no haya transcurrido más de cinco años desde que el documento fue presentado y que se indique la fecha y órgano en que se presentó.

24. Recordemos nuevamente que, al amparo del artículo 59.4 de la Directiva 2014/24/UE, el poder adjudicador podrá pedir a los operadores económicos que presenten la totalidad o una parte de los certificados y los documentos justificativos requeridos en cualquier momento del procedimiento, «cuando resulte necesario para garantizar el buen desarrollo del mismo».

Su regulación se encuentra en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE y, en menor medida, en la Directiva 2014/25/UE («sectores especiales») que declara su aceptación a efectos de aplicar los motivos de exclusión y los criterios de selección. Para la elaboración del DEUC se ha previsto adecuarse al formulario normalizado que figura en el Anexo II del Reglamento (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 y cumplimentar los apartados que, en cada caso, requiera el poder adjudicador[25].

A tenor de lo dispuesto en este artículo 59, el DEUC constituye una declaración formal por la cual el operador económico manifiesta ante el poder adjudicador que no está incurso en alguna de las situaciones de prohibición de contratar y que cumple los criterios de selección que han sido establecidos por este bien para ser licitador (en el caso del procedimiento abierto) o para ser invitado a presentar una oferta (candidato).

Este artículo no tiene correspondencia en la Directiva 2014/23/UE («concesiones»); sin embargo, entiendo que su ausencia no supone un obstáculo para que los Estados miembros al transponer las prescripciones de esta Directiva a sus derechos nacionales, permitan que este documento sea utilizado por los operadores económicos que concurran a la adjudicación de un contrato de concesión, ya que en ambas disposiciones se señala igualmente la necesidad de que los operadores económicos acrediten su solvencia y la ausencia de prohibiciones de contratar en términos similares a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE[26]. Del mismo modo, cabría pensar en la posibilidad de extender su uso a la adjudicación de los contratos públicos en los ámbitos de la defensa y la seguridad, puesto que la Directiva 2009/81/CE también se refiere a los criterios de selección cualitativa del contratista y, salvo diferencias menores, resultan coincidentes con las señaladas en la Directiva 2014/24/UE[27] (artículos 39 a 46 de la Directiva 2009/81/CE).

25. 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 (DOUE L 3, de 6 de enero).

26. Artículo 38.4 de la Directiva 2014/23/UE («concesiones»). No se puede amparar la ausencia de una referencia normativa al DEUC en esta Directiva en que deba resultar también de aplicación a las entidades adjudicadoras, puesto que el DEUC también «debe estar a disposición de las entidades adjudicadoras que están sujetas a la Directiva 2014/25/UE y que, al aplicar los criterios de exclusión y de selección previstos en la Directiva 2014/24/UE, deben hacerlo de la misma forma y en las mismas condiciones que los poderes adjudicadores».

27. Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 (DOUE L 216, de 20 de agosto de 2009). Una de esas diferencias, por ejemplo, deriva de la regulación de las causas de prohibición de contratar. En ambas regulaciones no resultan completamente coincidentes puesto que la Directiva 2009/81/CE no contempla los nuevos supuestos de prohibición de contratar obligatorios por condena

1. EL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN COMO DECLARACIÓN RESPONSABLE: CARACTERÍSTICAS

Se trata de una declaración normalizada multilingüe prevista para cumplimentarse en formato electrónico y reutilizable más allá de un concreto procedimiento de licitación. Tiene plena eficacia frente a los poderes adjudicadores de todos los Estados miembros para el supuesto de los contratos sujetos a regulación armonizada y pretende una mayor simplificación documental mediante la sustitución de las diversas declaraciones nacionales requeridas a los operadores económicos interesados en una licitación por un formulario único establecido a nivel europeo y que esté disponible en las veinticuatro lenguas oficiales de la Unión.

En atención a esta descripción, las principales características del DEUC –y que resultan ser también sus mayores fortalezas– son las siguientes:

1.1. Declaración responsable

La JCCA del Estado califica al DEUC de declaración responsable en tanto que se trata de un documento suscrito por el operador económico en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa para ser contratista[28].

El artículo 59 de la Directiva hace referencia a su naturaleza de «declaración formal del operador económico» utilizada como prueba preliminar que sustituirá –e insistimos en ello– la aportación inicial de la documentación establecida por el poder adjudicador para acreditar el cumplimiento de los requisitos previos para contratar. De esta manera, y con carácter general, únicamente deberá presentar la documentación acreditativa de su aptitud, el operador económico en el cual recaiga la propuesta de adjudicación.

1.2. Declaración normalizada multilingüe

Por parte del operador económico, el empleo de un modelo normalizado en todos los Estados miembros le facilita la posibilidad de acudir a una contratación transfronteriza, puesto que le permite acceder fácilmente a la información sobre los requisitos documentales exigibles para partici-

judicial en relación con el trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos o por incumplimiento de las obligaciones de pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social que en las nuevas Directivas son motivos de exclusión obligatorios.

28. Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública (BOE núm. 85, de 8 de abril de 2016).

par en una licitación con independencia del Estado miembro en el que se encuentre[29]. Además de ello, contribuye a una mayor seguridad en el propio sistema en tanto que sustituye la obligación de cumplimentar divergentes declaraciones nacionales por un único documento establecido a nivel europeo (como su propio nombre indica)[30].

Por la otra parte, el poder adjudicador se encuentra ante el DEUC como un formulario de máximos, puesto que para cada contrato que esté sometido a regulación armonizada deberá establecer qué clase de información requiere de los candidatos o licitadores en atención a los documentos, declaraciones y/o certificados que sean adecuados al objeto contractual. Es decir, el órgano de contratación tiene libertad para aprobar un modelo de declaración acomodado a sus necesidades, pero siempre siguiendo el modelo normalizado previsto por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016.

A propósito de su consideración multilingüe, procede añadir que su finalidad es la de facilitar a los operadores económicos la traducción de los requisitos exigidos por el órgano de contratación y, de esta manera, ayudar a superar las barreras lingüísticas relacionadas con la falta de precisión en la redacción –y en la propia comprensión– respecto de las exigencias documentales. Ahora bien, al igual que sucede en el supuesto de los anuncios de licitación, entiendo que el texto publicado en la lengua oficial del Estado miembro del poder adjudicador será el único auténtico en caso de existir divergencias entre versiones lingüísticas.

A mi parecer, la consideración del DEUC como declaración estándar multilingüe supone que al operador económico que la presente no se le puede exigir que presente la traducción del mismo. No obstante, ello no impide que, en un momento anterior a la adjudicación del contrato, se solicite a quien ha resultado adjudicatario, la documentación en la lengua oficial del Estado donde se va a ejecutar la prestación contractual o bien,

29. Es preciso recordar, en primer lugar, que el depósito de certificados en línea e-Certis contiene una lista completa de los documentos y certificados que en cada Estado son susceptibles de ser utilizados como medio de prueba del cumplimiento de los requisitos previos de acceso a una licitación pública. En segundo lugar, que los formularios normalizados para la publicación de anuncios constituyen también un importante mecanismo para garantizar unas condiciones uniformes de aplicación de las Directivas, así como el establecimiento de un «Vocabulario común de contratos públicos (CPV)» para armonizar las referencias a las distintas nomenclaturas utilizadas por los poderes adjudicadores para describir el objeto de los contratos.

30. En la Propuesta de Directiva sobre contratación pública se hablaba del «pasaporte europeo de contratación pública» que sería reconocido por todos los poderes adjudicadores como prueba del cumplimiento de las condiciones de participación (artículo 59, con el contenido previsto en el Anexo XIII de la Propuesta de Directiva).

si dicho Estado tiene varias lenguas oficiales, en la lengua oficial o en alguna de sus lenguas oficiales, o en cualquier otra lengua que ese Estado miembro haya aceptado expresamente[31].

1.3. Electrónico

Uno de los objetivos previstos en las nuevas Directivas sobre contratación pública es la transición a un sistema de contratación plenamente electrónico para octubre de 2018. El reto es que, para esta fecha, los operadores económicos sean capaces de presentarse a una licitación por vía electrónica en cualquier Estado miembro y que para el año 2019, la facturación electrónica sea una realidad en la UE[32].

En esta línea de favorecer una contratación pública electrónica, el artículo 59.2 párrafo segundo de la Directiva 2014/24/UE, prescribe que el DEUC se ofrecerá exclusivamente en formato electrónico, requiriendo, por tanto, que sea emitido, transmitido y recibido en dicho formato[33]. Ahora bien, dado que la propia Directiva posibilita que los Estados miembros aplacen el cumplimiento de esta obligación hasta el 18 de abril de 2018[34], está prevista la coexistencia de la versión electrónica y en soporte papel.

La cumplimentación del DEUC electrónico tiene lugar a través de la aplicación habilitada a estos efectos: el servicio en línea DEUC electrónico[35]. Este servicio en línea permite a los órganos de contratación crear

31. Por lo que se refiere a las lenguas cooficiales en España, cabe indicarse que en la página web de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya se ha puesto a disposición de cualquier interesado la versión catalana del formulario del DEUC. Igualmente puede descargarse el formulario en valenciano desde la página web de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico de la Generalitat Valenciana *http://www.hisenda.gva.es/web/subsecretaria/contratacion* [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2016].
32. Artículo 11 de la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública (DOUE L 133, de 6 de mayo de 2014).
33. En esta materia resulta de interés, Martínez Gutiérrez, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, especialmente pág. 182 que expresamente califica al DEUC de documento electrónico.
34. Artículo 90.3 de la Directiva 2014/24/UE.
35. Se puede acceder a través de: *https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd* [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2016]. Según se recoge en el documento de preguntas frecuentes sobre el DEUC electrónico «funciona con las versiones más recientes de los navegadores más habituales, como Chrome, Internet Explorer, Firefox, Safari y Opera. Para evitar posibles problemas, se recomienda utilizar las versiones más recientes de dichos navegadores. Debe tener en cuenta que ciertas funciones, como descargar un fichero, no se pueden realizar en los teléfonos inteligentes ni en las tabletas».

un modelo de DEUC (o reutilizar un modelo ya utilizado en un procedimiento anterior) que estará disponible únicamente por vía electrónica. El operador económico interesado importará dicho modelo, cumplimentará los datos necesarios, lo descargará y presentará telemáticamente el DEUC junto con los demás documentos requeridos.

Respecto de la versión en papel, el órgano de contratación: (i) bien adjunta el modelo de DEUC al pliego de cláusulas administrativas adaptándolo a cada contrato según el modelo previsto en el Anexo II del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7, de 5 de enero de 2016, o (ii) bien facilita una dirección electrónica y la referencia concreta al procedimiento de adjudicación para que el operador económico se lo importe, lo cumplimente, genere su DEUC en formato PDF, lo imprima y lo incorpore al sobre de documentación administrativa o –en caso de permitirse– envíe electrónicamente el fichero PDF adjuntándolo como anexo.

1.4. Reutilizable

El DEUC presentado en el marco de un procedimiento de contratación pública anterior puede volver a utilizarse siempre que la información transmitida siga siendo válida. La reutilización del DEUC para los órganos de contratación supone que no tengan que crear un modelo nuevo para cada procedimiento de adjudicación y para los operadores económicos que tengan la posibilidad de utilizar nuevamente los datos y la información ya facilitada en otra licitación.

Esta característica conecta directamente con el ya comentado derecho del operador económico a no presentar documentos que ya obren en poder del órgano de contratación (artículo 59.5 segundo párrafo de la Directiva 2014/24/UE, cuya aplicación recordemos que puede aplazarse por parte de los Estados miembros hasta el 18 de octubre de 2018). De esta manera, y bajo la máxima de «solo una vez»[36], los poderes adjudicadores cuando tienen autorización para ello, debieran reutilizar internamente estos datos con el objetivo de que ni los ciudadanos, ni las empresas tengan que soportar más cargas documentales que las necesarias.

1.5. Obligatorio

A mi modo de ver, la característica más importante del DEUC es que su uso resulta obligatorio en la adjudicación de los contratos a los que son de

36. Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020 Acelerar la transformación digital de la administración COM (2016) 179 final, de 19 de abril de 2016, pág. 4.

aplicación la Directiva 2014/24/UE. Esto es: (i) por razón de sujeto, que el órgano de contratación tenga la condición de poder adjudicador; (ii) por razón de objeto, que se trate de la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios; (iii) por razón de los umbrales económicos del contrato, es decir, cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros en los contratos de obras, 135.000 euros, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales y 209.000 euros, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales[37], y (iv) por razón de procedimientos en el caso de un procedimiento abierto, restringido, negociado con publicidad, diálogo competitivo o asociaciones para la innovación.

Esta obligatoriedad también se predica de los contratos sometidos a la Directiva 2014/25/UE («sectores especiales») en cuanto sirve de prueba preliminar en la aplicación de los motivos de exclusión y los criterios de selección del contratista en el caso que sea pertinente por razón del sujeto contratante (poder adjudicador o entidad adjudicadora)[38].

Respecto del resto de contratos, más concretamente respecto de aquellos que no están sujetos o están sometidos parcialmente a las normas procedimentales de las Directivas 2014/24/UE o 2014/25/UE, los Estados miembros podrán establecer en su normativa interna –o dejar que los poderes y las entidades adjudicadores sean los que decidan –si el DEUC puede también utilizarse. Del mismo modo, los Estados miembros podrán establecer, o igualmente dejar que los órganos de contratación decidan, si el DEUC puede servir de prueba preliminar para justificar el cumpli-

37. Los umbrales aplicables, así como su contravalor en las monedas nacionales de los Estados miembros cuya moneda no es el euro, se revisan cada dos años y son aprobadas mediante Reglamento de la Comisión. Los umbrales hoy en vigor se han actualizado por parte del Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, por el que se modifica la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 307, de 25 de noviembre de 2015).

38. A este respecto véanse el considerando nonagésimo segundo de la Directiva 2014/25/UE al señalar que «Se prevé, por tanto, que las entidades adjudicadoras puedan aplicar los criterios de selección contemplados en dicha Directiva y que, cuando lo hagan, estén obligadas a aplicar algunas disposiciones relativas, en particular, al límite máximo de los requisitos sobre volumen de negocios mínimo, así como sobre la utilización del documento europeo único de contratación» y el considerando segundo del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 «El DEUC también debe estar a disposición de las entidades adjudicadoras que están sujetas a la Directiva 2014/25/UE y que, al aplicar los criterios de exclusión y de selección previstos en la Directiva 2014/24/UE, deben hacerlo de la misma forma y en las mismas condiciones que los poderes adjudicadores».

miento de los requisitos para resultar concesionario, independientemente de que estén sujetos o no a las disposiciones de la Directiva 2014/23/UE («concesiones»).

En este contexto de la obligatoriedad, la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta dos circunstancias que tienen como punto de partida la fecha del 18 de abril de 2016. Ese día finalizó el plazo dado por las Directivas –y más concretamente por el artículo 90 de la Directiva 2014/24/UE– para que los Estados miembros incorporasen a sus legislaciones nacionales las prescripciones de estas Directivas, salvo las excepciones ya comentadas[39]. Finalizado ese plazo, y sin que se haya dado cumplimiento a la necesaria transposición, la jurisprudencia del TJUE ha venido reconociendo efecto directo de las disposiciones de las Directivas que sean claras, precisas e incondicionales[40].

En atención a lo dispuesto en el artículo 59.1 de la Directiva, «en el momento de la presentación de las solicitudes de participación o las ofertas, los poderes adjudicadores aceptarán como prueba preliminar el documento europeo único de contratación». Su tenor responde a la exigencia de resultar claro, preciso e incondicional y, por tanto, de ello se deriva que es de aplicación directa en los Estados miembros a partir del 18 de abril de 2016, siempre que con anterioridad a esta fecha no hubieran adaptado sus legislaciones internas.

Además de ello, y como segunda de las circunstancias a tener en consideración, la obligación de establecer un formulario uniforme para cumplimentar el DEUC se ha visto cumplido con la aprobación del modelo normalizado que establece el ya citado Reglamento de Ejecución (UE)

39. Como ya hemos indicado con anterioridad, el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE prevé distintas fechas de plazo de transposición para la incorporación a los ordenamientos internos de los derechos que contempla. Así, el apartado segundo tiene como plazo máximo de transposición el 18 de abril de 2018 y el apartado quinto, el 18 de octubre de 2018 (artículo 90 de la Directiva 2014/24/UE).

40. En particular, las sentencias de 19 de enero de 1982, *Becker*, 8/81, apartado 25; de 10 de septiembre de 2002, *Kügler*, C-141/00, apartado 51; de 17 de febrero de 2005, *Linneweber y Akritidis*, asuntos acumulados C-453/02 y C-462/02, apartado 33 y la más reciente de 16 de julio de 2015, *Larentia + Minerva*, asuntos acumulados C-108/14 y C-109/14, apartados 48 y 49. Sobre esta materia, resulta también de interés la lectura de los siguientes documentos: 1. La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66 de 17 de marzo de 2016); 2. El Documento de trabajo de los Tribunales administrativos de recursos sobre los efectos jurídicos de las Directivas y 3. El Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, sobre los contenidos de la Directiva 2014/24/UE que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016.

2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016. Este reglamento, conforme al artículo 288, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. En base a ello resulta obligatorio en los Estados miembros a partir de su entrada en vigor –si es que el Estado miembro ya hubiera transpuesto la Directiva[41]– o como máximo en la misma fecha del 18 de abril de 2016.

Por lo tanto, la implantación del DEUC no se formula en términos potestativos para los Estados miembros cuando por razón de objeto, sujeto y umbrales económicos resulten aplicables estas disposiciones europeas. En estas circunstancias, y habida cuenta de lo dicho, los Estados miembros deben garantizar la aplicación efectiva del DEUC y cumplir con sus requerimientos cuando los importes de los contratos superen los umbrales económicos fijados por las Directivas. Por debajo de estos umbrales, y para contratos no sometidos a las Directivas, habría que estar a lo dispuesto en la normativa nacional.

2. CONTENIDO

El Reglamento (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, estructura su contenido en una parte expositiva, una parte articulada y dos anexos. En la parte expositiva se declara, a través de distintos considerandos, la finalidad perseguida con el DEUC. Así, de los considerandos primero y cuarto, se constata la voluntad del legislador en reducir las cargas administrativas que soportan los poderes, entidades adjudicadoras y operadores económicos en la adjudicación de contratos públicos, simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos acreditativos de la capacidad del licitador o candidato para ejecutar el contrato. La parte articulada tiene dos únicos artículos en los que se concreta la fecha de entrada en vigor de sus disposiciones y, por último, los dos anexos comprenden, de una parte, las instrucciones para la utilización del DEUC (anexo I) y, de otra, el formulario normalizado del DEUC propiamente dicho (anexo II).

Este anexo II distingue dos grandes bloques de información: el que se refiere al órgano de contratación –que debe completar el poder adjudicador o entidad adjudicadora– y el referido al operador económico –que deberá cumplimentar el candidato o licitador en base a la información que le es requerida– y que no esté ya a disposición del órgano de contra-

41. El artículo 2 de este Reglamento dispone que entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE.

tación –puesto que el formulario normalizado se plantea en términos de máximos– e, incluso, el propio Reglamento dispone que «los poderes y entidades adjudicadores podrán, por voluntad propia o por exigencia de los Estados miembros, limitar la información requerida sobre los criterios de selección a una sola pregunta, a saber, si los operadores económicos cumplen o no todos los criterios de selección necesarios».

En atención a estos bloques de información, el documento europeo único de contratación contiene las siguientes secciones:

Parte I:	Información sobre el procedimiento de contratación y el poder adjudicador o la entidad adjudicadora. Nombre, direcciones y punto(s) de contacto en atención a los anuncios de licitación publicados.	
Parte II:	Información sobre el operador económico. Respecto de esta información hemos de destacar el apartado referido a su identificación, si está o no inscrito en una lista oficial de licitadores autorizados, si acude a la licitación en una unión temporal de empresas, si recurre a la capacidad de una u otras entidades o a la subcontratación.	
Parte III.	Motivos de exclusión, prohibiciones de contratar:	
	A:	Motivos referidos a condenas penales (su aplicación es obligatoria en virtud del artículo 57.1 de la Directiva 2014/24/UE).
	B:	Motivos referidos al pago de impuestos o pago de cotizaciones a la seguridad social (su aplicación es también obligatoria en virtud del artículo 57.2 de la Directiva 2014/24/UE en caso de resolución firme y vinculante. Cabe señalar que la legislación nacional de algunos Estados miembros puede establecer la obligatoriedad de la exclusión también cuando la resolución no sea firme y vinculante).
	C:	Diversos motivos de exclusión previstos en el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE. Se trata de las prohibiciones de contratar facultativas para los Estados miembros.
	D:	Otros motivos de exclusión, no previstos en la Directiva 2014/24/UE y que sean compatibles con el Derecho de la Unión y con la jurisprudencia del TJUE.
Parte IV.	Criterios de selección:	
	A:	Idoneidad
	B:	Solvencia económica y financiera
	C:	Capacidad técnica y profesional
	D:	Sistemas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental
Parte V.	Reducción del número de candidatos cualificados. Dado que se trata de información que deben aportar los candidatos –y no los licitadores– solo se deberá cumplimentar cuando se trate de procedimientos restringidos, negociados con publicidad y de diálogo competitivo.	

Parte VI.	Relativa a las declaraciones finales. En las que el operador económico manifiesta, bajo su responsabilidad, que la información que ha facilitado en exacta y veraz y que ha sido facilitada con pleno conocimiento de las consecuencias de una falsa declaración de carácter grave; que consiente que el poder adjudicador acceda a los documentos justificativos de dicha información; que puede aportar los certificados y otros tipos de pruebas documentales cuando lo requiera el poder adjudicador. Fecha, lugar y firma(s): [.....].

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

El DEUC constituye una de las principales novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE con el fin de reducir la carga burocrática asociada a los procedimientos de adjudicación y, de esta manera, contribuir a una mayor simplificación. Se configura como una declaración formal del operador económico mediante la cual manifiesta cumplir con los requisitos para contratar y que sirve al órgano de contratación de prueba preliminar, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas y/o por terceros.

La adopción del DEUC supone que al licitador o candidato se le libera de la obligación inicial de presentar cuantos documentos prueben el cumplimiento de los criterios de selección del contratista, puesto que únicamente –como regla general– el adjudicatario deberá presentar todos los certificados y documentos justificativos que requiera el órgano de contratación. Conviene, no obstante, incidir en la idea de que no se trata de un supuesto de exoneración de la obligación de cumplir con los requisitos exigidos para contratar en el momento de finalizar el plazo de presentación de solicitudes, sino de una excepción al requisito formal de presentar la documentación que así lo acredita, bajo la advertencia de que incurrir en falsedad o inexactitud al efectuar esta declaración es causa de prohibición de contratar.

Atendiendo a lo dispuesto en la normativa europea, el DEUC tiene plena eficacia frente a los poderes adjudicadores de todos los Estados miembros para el supuesto de los contratos sometidos a la Directiva 2014/24/UE (artículo 59 de esta misma Directiva y Reglamento (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016).

La obligatoriedad de su aceptación por parte de los poderes adjudicadores está fuera de toda duda para el supuesto de los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada (artículo 59, apartados 1 y 4 de la Directiva 2014/24/UE). En estos supues-

tos, los órganos de contratación no tienen la posibilidad de decidir si sustituyen la aportación inicial de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos por el DEUC, puesto que en atención al tipo de procedimiento y de contrato, existe la obligación de utilizar el formulario normalizado establecido por la Comisión Europea. No obstante, a pesar de que su uso no es potestativo para los poderes adjudicadores, lo cierto es que los órganos de contratación tienen libertad para aprobar un modelo de DEUC acomodándolo a las exigencias de cada contrato entre el contenido máximo que se recoge en el citado Reglamento (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016.

Su eficacia frente a cualquier poder adjudicador de cualquier Estado miembro es su mayor fortaleza. Ello lleva implícito un reconocimiento mutuo de los sistemas de clasificación, listas oficiales de operadores económicos autorizados y/o procedimientos de calificación de proveedores bajo la idea de confianza en los procedimientos que se establezcan para certificar los contenidos del DEUC.

En los supuestos de contratos sujetos a regulación armonizada, la normativa nacional solo será conforme con el Derecho de la Unión si atiende a esa exigencia de simplificación documental. Esto no obsta para que se puedan seguir utilizando –por debajo de los umbrales económicos de aplicación de las Directivas y para los contratos no sometidos a sus postulados– los modelos de declaraciones responsables ajustados al sistema jurídico de cada Estado miembro, como sucede con el supuesto de la declaración responsable que contempla el artículo 146.4 del TRLCSP.

V. BIBLIOGRAFÍA

Arrowsmith, S., «Modernising the European Union's public procurement regime: A blueprint for real simplicity and flexibility», *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012, págs. 71-82.

Canals Ametller, D., «Simplificación administrativa y Directiva de Servicios: Objetivos, medios e incidencias», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XII de la Revista, 2010, págs. 297-335.

Gallego Córcoles, I., «El recurso a las capacidades de otras entidades (o del intento de concretar el régimen jurídico de la integración de la solvencia mediante medios externos)», en la obra colectiva *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 189-230.

Gimeno Feliu, J. M.ª, «Directiva de servicios y contratación pública. Hacia la simplificación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Monográfico XII de la Revista, 2010, págs. 409-443.

– «Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA*, núm. 159, julio-septiembre 2013, págs. 39-105.

– *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-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Kutlina-Dimitrova, Z. y Lakatos, C., Determinants of direct cross-border public procurement in EU Member States, julio 2014 en: *http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152700.pdf* [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2015].

Martínez Gutiérrez, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Medina Arnáiz, T., «Impacto sobre la Administración autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites a los prestadores de servicio», en la obra colectiva *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2010, págs. 425-453.

Moreno Molina, J. A., «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2012*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 115-163.

Punzón Moraleda, J. y Sánchez Rodríguez, F., «Simplificación en la contratación administrativa. Especial referencia a la contratación electrónica administrativa», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 417-458.

Razquin Lizarraga, M. M.ª, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transposición en España», *RAP*, núm. 196, enero-abril 2015, págs. 97-135.

Sanmartín Mora, A., «Contratación pública y Directiva Servicios. Hacia la simplificación administrativa», ponencia presentada al Seminario sobre Contratación Pública celebrado en Formigal en septiembre 2010.

Villarejo Galende, H., «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, págs. 47-82.

Capítulo 6

La transparencia contractual en Galicia

Carlos Alberto Amoedo Souto

Universidade da Coruña
Facultad de Derecho
Área de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CARTA NÁUTICA PARA NÁUFRAGOS DE LA CONTRATACIÓN TRANSPARENTE. II. EL DERECHO BÁSICO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA CONTRACTUAL COMO PUNTO DE PARTIDA. 1. *Los sujetos obligados a la transparencia contractual activa*. 2. *Las obligaciones mínimas de transparencia activa contractual*. 3. *Las especialidades de la sujeción de empresas concesionarias y contratistas de la administración*. 4. *La limitada sujeción de partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales*. 5. *La democratización del acceso ciudadano a la información contractual*. III. EL DERECHO AUTONÓMICO DE GALICIA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA CONTRACTUAL. 1. *El contexto previo: Transparencia contractual en las leyes 4/2006, de transparencia y buenas prácticas y 1/2015, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración*. 2. *La ley 1/2016: Inventario de novedades de transparencia contractual*. IV. CONCLUSIÓN: LOS DESAFÍOS DE LA TRANSPARENCIA CONTRACTUAL TRASCENDENTE EN GALICIA.

I. INTRODUCCIÓN: CARTA NÁUTICA PARA NÁUFRAGOS DE LA CONTRATACIÓN TRANSPARENTE

Tras haber sido aprobada durante la sesión del pleno del Parlamento de Galicia de 23 de diciembre de 2015 y haber sido publicada en el BOPG de 28 de diciembre, día de los santos inocentes, la Ley 1/2016, de 18 de

enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia tuvo que aguardar al 15 de febrero para ver finalmente la luz en el Diario Oficial de Galicia[1].

De conformidad con su disposición final quinta, ha tenido una *vacatio legis* ordinaria de veinte días, por lo que ha entrado en vigor el 10 de marzo, insertándose desde ese momento en el ordenamiento jurídico como ley de desarrollo de la normativa estatal y, a la vez, derogatoria de la previa Ley gallega 4/2006, de transparencia y buenas prácticas de la Administración gallega.

En el presente artículo sistematizaremos las principales novedades que aporta esta ley autonómica de transparencia en materia de contratación pública, más allá de los aspectos básicos que se recogen en el artículo 8 de la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, dictada al amparo de la competencia estatal sobre bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.º CE)[2]. El empeño es pertinente, porque si la materia contractual es esencialmente movediza como las arenas de los tebeos, hasta el punto de haberse hablado de la «*constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública*», en palabras de Juan Alfonso Santamaría Pastor[3], su colisión con la «*tormenta perfecta de la transparencia*», tal y como con feliz expresión la ha denominado Emilio Guichot Reina[4], nos convierte en náufragos en el medio de una tormenta de arena todavía por cartografiar.

Algunas leyes autonómicas de transparencia se adelantaron a la legislación estatal básica de 2013[5], y otras han venido a completarla o

1. La demora en la publicación de esta ley ha sido asociada por algún medio de prensa a la falta de personal para aplicarla. *Vid.http://praza.gal/politica/11070/a-xunta-non-actualiza-dende-abril-o–rexistro-de-convenios-obrigado-pola-lei-de-transparencia/*.
2. BOE n.º 295, de 10 de diciembre. El título competencial utilizado por el legislador estatal en esta ley se enuncia en su disposición final octava, si bien dejando abierta la cuestión de si se trata del régimen jurídico de las administraciones públicas o del procedimiento administrativo común.
3. *Cfr.* «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 159, 2013, pp. 25-38.
4. *Transparencia y buen gobierno. Estudio y ley*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 10.
5. Tras los 15 años de mayoría absoluta del Partido Popular de Galicia, el nuevo gobierno gallego del período 2005-2009 publicó la Ley 4/2006, de transparencia y buenas prácticas de la Administración autonómica. Ya en plena fase de recesión y con múltiples casos de corrupción poblando la agenda política, se pronunció el artículo 19 de la ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, o la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de transparencia y gobierno abierto, en cuyo artículo 17 se regulan algunas medidas novedosas destinadas a aumentar la transparencia en el ámbito de la contratación pública.

desarrollarla con posterioridad, ampliando así la riqueza territorial de un derecho especial, el de la contratación pública, cuyos desarrollos autonómicos no abundaban hasta ahora, si exceptuamos los casos de Navarra y Aragón. Ante la geometría variable que se abre ahora en el régimen de la transparencia contractual, se impone la necesidad de actualización constante de nuestros mapas de navegación por el día a día de la contratación. En especial, para guiarnos en esta navegación me parece interesante distinguir dos lógicas o planos distintos de la transparencia contractual:

- El plano, más tradicional, de la *transparencia inmanente*, que obedece a la salvaguardia de la lógica concurrencial del mercado interior, y que se recoge en la normativa de contratación pública.
- El plano de la *transparencia trascendente*, que obedece a una lógica o finalidad distinta: la de exteriorizar información contractual «*como medio para fomentar el ejercicio por parte de la ciudadanía de su derecho fundamental a la participación y al control sobre los asuntos públicos*», por decirlo en los términos con los que la Ley 1/2016 define la publicidad activa (art. 6). Es este plano el que cobra protagonismo en España ante la necesidad de legitimación de un sistema político-administrativo, el español, fuertemente cuestionado por múltiples casos de corrupción contractual[6]. Los datos estadísticos oficiales del Informe de la Oficina de Transparencia y Acceso a la Información de 15 de marzo de 2016, relativos al año 2015, nos indican que las consultas de información pública relacionadas con la contratación, convenios y encomiendas de gestión y las subvenciones y ayudas públicas de la Administración General del Estado suponen en torno a un 14 % del total.

Comenzaremos primero por dar cuenta sucinta del inventario de novedades introducidas en materia de transparencia contractual por la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. A partir de ahí, analizaremos las novedades que añade la Ley gallega 1/2016 en su ámbito territorial propio, desarrollando o complementando aquella.

6. He desarrollado esta distinción en mi trabajo «De la transparencia inmanente a la transparencia trascendente en la contratación pública española», en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Rogério Gesta Leal (coord.), *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

II. EL DERECHO BÁSICO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA CONTRACTUAL COMO PUNTO DE PARTIDA

De conformidad con la famosa moratoria *máxima* de dos años establecida en su disposición final novena, la Ley estatal 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, entró en vigor el pasado 10 de diciembre de 2015 para las comunidades autónomas y entidades locales.

Y lo hizo para todas las entidades incluidas en el artículo 2[7], que desde entonces deben aplicar las disposiciones del Título I de la Ley, relativas a la transparencia de su actividad pública. Así lo ha recordado reciente-

7. De conformidad con el artículo 2 de la Ley 19/2013, las disposiciones del título I (sobre transparencia de la actividad pública) se aplicarán a:
a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local.
b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social.
c) Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
d) Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas.
e) Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.
f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.
g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.
h) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones.
i) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación.
2. A los efectos de lo previsto en este título, se entiende por Administraciones Públicas los organismos y entidades incluidos en las letras a) a d) del apartado anterior.

mente Martín María Razquin Lizarraga en *una entrada del Observatorio de Contratación Pública*.

La Ley 19/2013 ofrece, sin embargo, una regulación mínima o básica en materia de transparencia, que abre variadas posibilidades para que las comunidades autónomas, o incluso las entidades locales, desarrollen sus propias políticas de transparencia, en función de sus propios títulos competenciales (sobre autogobierno, desarrollo de la normativa básica de contratación, o sobre entidades locales) y criterios de oportunidad política[8], sin perjuicio de las obligaciones de información que ya figuran en el ordenamiento jurídico sectorial, como puede ser el ámbito del medio ambiente, el ámbito contractual o el ámbito local[9].

Estas políticas propias de transparencia se habilitan tanto para la publicidad activa como para la publicidad pasiva (acceso a la información a demanda). El artículo 5.2 de la Ley dispone que «*Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación*

8. La doctrina ha señalado que las lagunas, carencias o incluso insuficiencias de la Ley 19/2013 ofrecen el margen suficiente para que los legisladores autómicos introduzcan regulaciones más precisas, en función de sus propios criterios de oportunidad política. Así, Emilio Guichot Reina considera que «*El ámbito propio que ha quedado para las leyes autonómicas está en la ampliación de las materias sujetas a publicidad activa y la determinación de los medios para llevarla a cabo, en las disposiciones de organización y en las medidas para garantizar la eficacia del derecho (formación del personal, elaboración de guías ciudadanas, etc.) y en la creación de autoridades independientes de transparencia o la atribución de sus competencias a autoridades independientes ya existentes. Junto a ello, cabe plantear que el plazo, establecido en un mes con carácter básico, puede ser acortado. No puede decirse lo mismo respecto de las limitaciones o del sentido del silencio, que constituyen una pieza clave en la delimitación del alcance del derecho y sus relaciones con otros bienes públicos y privados en concurrencia*».*Vid.* «El proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las comunidades autónomas», *Revista andaluza de administración pública* n.º 84, 2012, pp. 89-134; del mismo autor, «La aplicación de la ley andaluza de transparencia en las entidades locales», *Revista andaluza de administración pública* n.º 90, 2014, pp. 15-55 (la opinión citada, en p. 21. *Cfr.* también Carlos Ignacio Velasco Rico, «Análisis en clave competencial del proyecto de ley estatal sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», *Revista d´Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 17, 2013; Lorenzo Cotino Hueso, «El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades», en Julián Valero Torrijos y Manuel Fernández Salmerón (coords.) *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 66. Severiano Fernández Ramos y José María Pérez Monguió, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 61-69.

9. Caso, por ejemplo, de las medidas de publicidad dispuestas en el Capítulo IV del Título V de la LBRL, dedicado a «información y participación ciudadana». Para el ámbito del medio ambiente, *Vid.* la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad». En tal sentido, el artículo 8, al fijar las obligaciones de transparencia contractual, precisa que se trata de un contenido «mínimo»: «*Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación*».

Por su parte, en materia de publicidad pasiva o a demanda de los ciudadanos interesados (derecho de acceso a la información), el artículo 12 señala que «*Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley. Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica*». Finalmente, el punto 2 de la disposición adicional segunda añade que «*Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información*», es decir, de lo que se conoce como publicidad pasiva o a demanda de los ciudadanos interesados.

Como han señalado Severiano Fernández Ramos y José María Pérez Monguió, los amplios márgenes que ha dejado la Ley 19/2013 a la innovación o el desarrollo territorial en materia de transparencia hacen conveniente su previsión en norma autonómica con rango de ley, dado que existe una reserva legal cuando de lo que se trata es de fijar regulaciones respecto de las entidades locales, regular infracciones y sanciones en caso de contravención, regular conflictos respecto de la protección de datos de carácter personal no especialmente protegidos, regular cuestiones procedimentales como el silencio administrativo y sus plazos, etc.[10]. Más allá de la satisfacción de los anteriores requerimientos jurídico-formales, la opción por una ley autonómica permite también incorporar una política transversal e integrada de transparencia.

1. LOS SUJETOS OBLIGADOS A LA TRANSPARENCIA CONTRACTUAL ACTIVA

El artículo 2 de la Ley 19/2013 contempla una enumeración de entidades sujetas al cumplimiento de las obligaciones de transparencia de su actividad contractual.

Esta lista de entidades, sin embargo, no está exenta de interpretaciones

10. *Cfr. Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, *op. cit*. pp. 64-66.

o adaptaciones[11]. Se incluyen claramente a las entidades del sector público estatal radicado en las comunidades autónomas, pero también las Universidades públicas, así como los sectores públicos autonómicos y locales y las «*instituciones autonómicas análogas*» a los altos órganos del Estado.

Este tenor obliga a que las leyes autonómicas realicen ese juicio de «analogía» o paralelismo con sus altos órganos autonómicos; paralelismo inexistente en el caso del Banco de España, pero sí presente en los casos de los consejos consultivos, consejos económico y social, consejos de cuentas y defensores del pueblo autonómicos, u otros altos órganos autonómicos.

Del mismo modo, existe un margen de decisión autonómica a la hora de precisar el alcance, dentro de su ámbito territorial, de aquellas «actividades sujetas a derecho administrativo» que marcan el punto de conexión para la aplicación de la ley de transparencia respecto de las actividades de las corporaciones de Derecho público, como ocurre en el caso de los colegios profesionales o las federaciones deportivas, en cuya regulación las comunidades autónomas ostentan competencias de desarrollo de la normativa básica estatal. No menos importante es el margen para precisar el alcance de la sujeción de las fundaciones del sector público autonómico, dado que las comunidades autónomas han incorporado sus propias leyes en las que definen el perímetro público del sector fundacional de interés propio.

2. LAS OBLIGACIONES MÍNIMAS DE TRANSPARENCIA ACTIVA CONTRACTUAL

Los órganos autonómicos y locales sujetos a la Ley 19/2013 tienen a partir del 10 de diciembre de 2015 la obligación de publicar en sus «*portales de transparencia*», como mínimo (art. 8 Ley 19/2013):

> «*a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los con-*

11. Severiano Fernández Ramos: «El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia del sector público. Problemas y disfunciones», en *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de la información*, coord. por Julián Valero Torrijos, Manuel Fernández Salmerón, 2014, pp. 105-134. Extensamente, del mismo autor, en colaboración con Pérez Monguió, *Vid. La ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

tratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público

b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma».

En virtud de este artículo 8, el contenido básico de la transparencia contractual, que anteriormente se recogía en los preceptos del TRLCSP relativos a perfiles de contratante (art. 54), anuncios previos a los potenciales licitadores (art. 141), publicidad de licitaciones (art. 142) y de formalización de contratos (art. 154), Registro de Contratos del Sector Público (art. 333) y Plataforma de contratación del Sector Público (art. 334), ha sido ampliado significativamente[12], pues como puede observarse:

- Se incluyen ahora todos los contratos, no sólo los contratos públicos; lo cual abarca los contratos privados de las Administraciones (los contratos patrimoniales, los de seguros, los de publicaciones periódicas, los de artistas, los de las fundaciones y sociedades públicas, etc).
- Se incluyen las figuras paracontractuales de autoprovisión como las encomiendas de gestión y encargos a medios propios.
- Se incluye la contratación menor como objeto de publicidad activa, aunque dejando abierta la regularidad con la que se haga (trimestralmente, recomienda la Ley, pero sin impedir otras soluciones) y el grado de agregación con el que se difunda. Los contratos menores, regulados en los art. 111 y 138.3 TRLCSP, son aquellos que por su importe (igual o inferior a 17.999 más IVA en contratos de servicios y suministros, 49.999 más IVA en contratos de obra) pueden ser adjudicados directamente al contratista.

12. *Cfr.* Asunción Sanmartín Mora, «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en *Observatorio de Contratación Pública 2013*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 81-122.

Además de las anteriores obligaciones, conviene también destacar que el artículo 6 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, somete a disponibilidad pública la contabilidad, ejecución y planificación presupuestaria del conjunto del sector público. En esta línea, su artículo 27.6, tras su reforma por la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, ha establecido que «*Las Administraciones Públicas y todas sus entidades y organismos vinculados o dependientes harán público su periodo medio de pago a los proveedores en los términos que se establezcan por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas*», con el objetivo de reducir la morosidad comercial de las administraciones a 30 días. El establecimiento de la factura electrónica a partir de15 de enero de 2015 ha coadyuvado a este control[13], pues su incorporación a un registro informático centralizado evita que las facturas se almacenen en los «cajones», propiciando que «salgan a la luz». Obviamente, al establecer un nuevo parámetro de control de los pagos que se derivan de los contratos, este conjunto de medidas instauradas desde la perspectiva del control del gasto público inciden también en la *exteriorización y conocimiento de las operaciones contractuales del sector público*, esto es, en la transparencia contractual, al permitir cruzar datos no sólo al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sino también a la ciudadanía.

Más allá del alcance de la sujeción de las administraciones territoriales y sus formas instrumentales de personificación, se plantean otros dos ámbitos con potencial para las normativas autonómicas de desarrollo.

13. *Vid.* la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. Conviene, no obstante reparar que el ámbito de aplicación de esta ley no afecta al conjunto del sector público, pues de conformidad con su artículo 2 se aplica a las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones Públicas, considerando tales a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, en el ejercicio de su función colaboradora en la gestión de la Seguridad Social.*Vid.* los trabajos de García Jiménez, Antonio: «*La implantación de la factura electrónica en las compras públicas*», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 35 (2014); «La articulación de la factura electrónica en la contratación pública local», *Revista catalana de dret públic,* Núm. 49 (diciembre 2014), pp. 114-129.

3. LAS ESPECIALIDADES DE LA SUJECIÓN DE EMPRESAS CONCESIONARIAS Y CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Los concesionarios y contratistas deben entenderse sometidos a prestar información en los términos previstos por el artículo 4 de la Ley 19/2013: «*Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1. a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato*».

Como puede observarse, mediante estas obligaciones indirectas o de segundo nivel, por así decirlo, se busca garantizar el cumplimiento por parte de la Administración adjudicataria del contrato el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia previstas en el Título I de la ley, debiendo precisar que esto incluye no sólo las obligaciones de transparencia activa, sino también las solicitudes de acceso a la información que puedan ejercer los ciudadanos. Aclarado esto, el precepto traza dos círculos de distinta intensidad en la obligación de suministrar información a la administración matriz contratante para el cumplimiento de las obligaciones legales de ésta.

- En el círculo más intenso se sitúan las empresas que hayan firmado contratos de gestión de servicios públicos –en la Directiva 2014/23, concesionarios de servicios– o aquellas entidades personificadas en régimen de derecho privado que ejerzan potestades administrativas[14].
- En el segundo círculo se sitúan los restantes contratistas públicos, en especial los contratistas de obras, suministros o servicios, que sólo se verán sometidos a las obligaciones de suministrar información en el caso de que haya sido prevista expresamente tal obliga-

14. Posibilidad de personificación privada para el ejercicio de potestades administrativas que parece estar llamada a tener auge en el futuro, en la medida en que los artículos 2.2.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (que permite que las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones ejerzan potestades administrativas, quedando en tal caso sometidas a la ley básica de procedimiento administrativo común), y 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Sector Público, conforme al cual las sociedades mercantiles públicas en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas. Está previsto que ambas leyes entren en vigor el 2 de octubre de 2016.

ción en el correspondiente clausulado de condiciones previstas por los pliegos de la contratación.

Esta última condición obliga al análisis individualizado de los flujos de información de cada contrato por parte del órgano de contratación, de modo que se seleccionen los aspectos o informaciones sobre las que se pueda prever una necesidad de transparencia en el futuro[15]. Del mismo modo, los pliegos deben incorporar aquellos aspectos o informaciones que puedan verse sometidos a cláusulas de confidencialidad del contratista, en los términos previstos por el art. 140.2 TRLCSP[16].

Evidentemente, una ley autonómica es el instrumento normativo adecuado para generar unas reglas generales que se impongan a todos los órganos de contratación –incluidos los de la administración local de su territorio–, de manera que se garantice un tratamiento homogéneo de los derechos de la ciudadanía en este ámbito y se superen los aspectos más insatisfactorios de esta regulación, como son su discordancia con el Convenio n.º 205 del Consejo de Europa y con el régimen de acceso a la información en materia de medio ambiente[17]. Esto nos parece importante para

15. Cabe advertir, no obstante, que hay informaciones que son ya exigibles *ex lege* al contratista, y no son disponibles ni para el órgano de contratación ni para el propio contratista: por ejemplo, las obligaciones de información al órgano de contratación cuando se pretende proceder a la subcontratación de la prestación (art.227 TRLCSP) o cuando el artículo 120 regula la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo: «*en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste*».

16. «*El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor*».

17. Como ha señalado la doctrina (Severiano Fernández Ramos y Pérez Monguió, *op. cit.*, p. 89), el artículo 4 de la Ley 19/2013 incumple el Convenio n.º 205 del Consejo de Europa, que califica directamente como autoridades públicasa las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa. En este mismo sentido, el art. 2.4 de la Ley 27/2006, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, considera autoridades públicas a «*las personas físicas o jurídicas cuando asumen responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previsto en el apartado anterior*» (es decir, administraciones públicas).

evitar que las externalizaciones contractuales de las administraciones se puedan utilizar como portillo de huida de la transparencia, en especial mediante un uso inmoderado de las cláusulas de confidencialidad de las ofertas contractuales.

4. LA LIMITADA SUJECIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS, SINDICATOS Y ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales se someten también a ciertas obligaciones de rendir información, al menos cuando contraten o convenien con administraciones públicas.

De conformidad con el art. 8.2 de la Ley 19/2013, deberán publicar la información a la que se refieren las letras a) y b) del apartado primero del artículo 8, es decir, contratos o convenios celebrados *con una Administración Pública*. Asimismo, habrán de publicar la información prevista en la letra c) en relación a las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración Pública.

Soy de los que piensan que esta previsión de la Ley sobre obligaciones de publicidad activa de sindicatos, partidos y organizaciones empresariales se ha quedado *conscientemente corta*. No es desde luego frecuente que un partido político o sindicato u organización empresarial sea contratista de una administración, o viceversa. Más bien al contrario: es evidente que no es objeto de un partido político el prestar servicios a las administraciones en régimen de concurrencia de mercado. Por su parte, las subvenciones públicas otorgadas en régimen de concurrencia competitiva o de manera directa a los partidos políticos ya tenían un especial régimen de control por parte del Tribunal de Cuentas; no así en el caso de sindicatos y organizaciones empresariales. Y ha tenido que ser el irrespirable clima de la crisis el que haya sacado a la luz las irregularidades generalizadas, por ejemplo, en la subcontratación de sus cursos de formación[18].

Sigue cayendo, en cambio, en el terreno de la opacidad las contrataciones que realizan los partidos políticos con entidades privadas; muy especialmente, las empresas que realizan las campañas electorales. Cuestión esta que es uno de los focos reconocidos de financiación ilícita de los partidos, es decir, de la financiación obtenida mediante el desvío de fondos de las empresas contratistas de las administraciones gestionadas

18. *Vid.* el Informe de fiscalización sobre la gestión de la fundación tripartita para la formación en el empleo en relación con el subsistema de Formación Profesional para el empleo en materia de formación de Oferta, de 30 de octubre de 2014, en especial conclusiones 3 y 4, pp. 209-210.

por tales partidos (fundamentalmente a través de las prácticas de facturas simuladas y facturas con sobrecoste). No está de más recordar, tampoco, que el legislador estatal ha puesto el foco recientemente en este problema irresuelto, al establecer en el artículo 4.2.a) de la Ley Orgánica 8/2007, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2015, que «*los partidos políticos no podrán aceptar o recibir, directa o indirectamente, donaciones de personas físicas que, en ejercicio de una actividad económica o profesional, sean parte de un contrato vigente de los previstos en la legislación de contratos del sector público*». A pesar de ello, el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de abril de 2015 sólo incluía parcialmente la publicidad de los contratos de partidos políticos, organizaciones sindicales y asociaciones empresariales sometidos a regulación armonizada, con exclusión de los contratos relativos a las campañas electorales[19].

A mi juicio, nada impide que, al amparo de sus títulos competenciales propios, una ley autonómica introduzca a mayores obligaciones de transparencia a partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales respecto de los contratos que establezcan con operadores privados, por ejemplo para ejecutar subvenciones públicas, o incluso para el desarrollo de campañas electorales[20]. No puede olvidarse que los recursos que fi-

19. El artículo 3.5 del anteproyecto, finalmente fenecido con la legislatura en octubre de 2015, incluía en el ámbito subjetivo de la Ley a los partidos políticos y organizaciones sindicales y empresariales, además de a las fundaciones y asociaciones a ellos vinculados, cuando estas entidades cumplan los requisitos para ser poderes adjudicadores y apenas respecto de los contratos sometidos a regulación armonizada, con exclusión de los contratos de servicios relacionados con campañas políticas, cuando son adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral. Merece la pena recordar que el art. 10 j) de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública excluye de su ámbito a una serie de contratos públicos de servicios, entre los que están los «*servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en los códigos CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando son adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral*». Ello, sin embargo, no impide que el legislador de un Estado miembro someta a publicidad estos contratos, de conformidad con el principio de subsidiariedad, en la medida en la publicidad no afecta o altera el funcionamiento del mercado interior.

20. La actividad económico-financiera de las formaciones políticas figura regulada por la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que ha sido reformada por la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, y más recientemente, por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos. Dicha Ley Orgánica 8/2007 prevé en su Título V un control interno y otro externo sobre la citada actividad. Respecto al primero de ellos, el artículo 15 dispone que los partidos políticos deberán prever un sistema de control interno que garantice la adecuada intervención y contabilización de todos los actos y documentos de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico, conforme a sus estatutos, añadiendo dicho artículo que el informe resultante de la revisión acompañará a la documentación a rendir al Tribunal de Cuentas. El control externo de la actividad económico-financiera de los partidos políticos le

nancian a los partidos políticos en España son en su mayor parte recursos públicos[21], lo que permite aplicar la lógica de la transparencia a su actividad. Por lo demás, más allá de ser entes privados de base asociativa, su esencial función constitucional, prevista por el art. 6 de la Constitución, debería también justificar su obligación de publicidad de los contratos que se establezcan con operadores privados, especialmente cuando los sumarios por casos de corrupción política siguen abundando en datos sobre el desvío de fondos públicos para la financiación irregular de los partidos. Todo ello hace necesario, a mi juicio, aumentar la transparencia en este ámbito.

5. LA DEMOCRATIZACIÓN DEL ACCESO CIUDADANO A LA INFORMACIÓN CONTRACTUAL

La Ley 19/2013 ha extendido a todos los ámbitos la posibilidad de obtener información pública, entendida (art. 13) como «*contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de algunos*

corresponde en exclusiva al Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de las competencias atribuidas a los órganos de fiscalización de las Comunidades Autónomas, respecto a los procesos electorales de su ámbito. El artículo 16.2 de la Ley Orgánica 8/2007 señala que este control se extenderá a la fiscalización de la legalidad de los recursos públicos y privados de los partidos políticos, así como a la regularidad contable de las actividades económico-financieras que realicen. Por lo que se refiere al control de la actividad electoral, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General o, en su caso, las respectivas Leyes Electorales Autonómicas, en las que se regula la ordenación de los gastos y financiación de los procesos electorales incluidos en su respectivo ámbito de aplicación, atribuyen al Tribunal de Cuentas o al Órgano de Control Externo de la respectiva Comunidad Autónoma el ejercicio de la función fiscalizadora, los cuales tras la celebración de las respectivas elecciones se han de pronunciar sobre la regularidad de las contabilidad electoral de las formaciones políticas que concurran a las mismas y estén obligadas a presentar una contabilidad detallada de los ingresos y gastos electorales, ajustada a los principios del Plan General de Contabilidad.

21. Según los datos obrantes en el *Informe de Fiscalización de los estados contables de los Partidos políticos y de las aportaciones percibidas por las fundaciones y asociaciones vinculadas, ejercicio 2013*, rendido por el Tribunal de Cuentas el 23 de julio de 2015, La financiación pública percibida por los partidos políticos en el ejercicio 2013 ha supuesto un total de 216,7 millones de euros. En cambio, dentro de los recursos privados contabilizados, la cuantía más importante corresponde a las cuotas y aportaciones de afiliados, adheridos y simpatizantes, con un saldo total para el ejercicio fiscalizado de 42,8 millones de euros. Las donaciones privadas recibidas por las formaciones políticas ascendieron en 2013 a 5,9 millones de euros. De dicho saldo, 5,8 millones de euros corresponden a donaciones de personas físicas y 0,1 millones a donaciones de personas jurídicas. La deuda contabilizada por los partidos políticos mantenida con entidades de crédito, a finales del ejercicio 2013, ascendía a 205,7 millones de euros, de los que 127 millones corresponden a deudas con garantía hipotecaria.

de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones». Una posibilidad de acceso al conjunto de información administrativa, con independencia de integración o no en un concreto expediente, que hasta ahora sólo era habilitada en ámbitos en los que, como el urbanismo, el medio ambiente o el patrimonio cultural el ordenamiento reconocía una acción pública en defensa de estos bienes colectivos. No es ya necesario, pues, esgrimir un interés o motivar la solicitud de acceso a cualquier contenido o documento que obre en poder de la Administración. Por supuesto, ello no impide que se puedan aplicar límites a estos accesos, allí cuando en los casos singulares concurra algún bien cuya proteccion preferente aconseje la denegación de acceso. La ley prevé estos límites en los artículos 14 (límites generales), 15 (protección de datos personales), 17 (causas de inadmisión) y 19.4 (tramitación de las solicitudes de acceso), debiendo entenderse que por su carácter restrictivo, tales restricciones o límites no pueden ser incrementadas por las leyes de las Comunidades Autónomas, so pena de vulneración del carácter básico de estos preceptos.

De ello se derivan amplias posibilidades de obtención de información contractual en general a toda la ciudadanía, es decir, a toda persona física o jurídica con independencia de su condición de interesada en los procedimientos contractuales, o de la condición de representante político (parlamentarios/as o concejales), titulares de un derecho de acceso cualificado habilitado tradicionalmente por el ordenamiento jurídico[22]. En el ámbito contractual, la novedad no es el acceso a la documenta-

22. En el ámbito local, como parte del ius in officio de los concejales, el artículo 14 del ROF señala que «*1. Todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. 2. La petición de acceso a las informaciones se entenderá concedida por silencio administrativo en caso de que el Presidente o la Comisión de Gobierno no dicten resolución o acuerdo denegatorio en el término de cinco días, a contar desde la fecha de solicitud. 3. En todo caso, la denegación del acceso a la documentación informativa habrá de hacerse a través de resolución o acuerdo motivado*». *Vid.* Severiano Fernández Ramos, *La información y participación ciudadana en la administración local*, Barcelona, Bosch, 2005, y *Los concejales y el acceso a la información el derecho de los concejales de acceso a la documentación local*, Granada, Comares, 2001. Para el caso del parlamento autonómico, *Vid.* por ejemplo el artículo 9 del Reglamento del Parlamento de Galicia: «*1. Para o mellor cumprimento das súas funcións parlamentarias, os deputados, logo de coñecemento do respectivo grupo parlamentario, terán a facultade de solicitar das administracións públicas os datos, informes ou documentos que consten en poder destas. 2. A solicitude dirixirase, en todo caso, por conduto da Presidencia do Parlamento, e a administración requirida deberá facilitar a documentación solicitada ou manifestarlle ao presidente do Parlamento, en prazo non superior a trinta días e para o seu máis conveniente traslado ao solicitante, as razóns fundadas en dereito que o impidan. ( )*».

ción o expedientes de licitación, que ya figuran habitualmente en las plataformas de contratación y perfiles de contratante, sino el acceso a la documentación relativa a la ejecución de contratos singulares, sus documentos contables y facturas. Lo cual arroja un potencial lumínico más que destacable.

Estas obligaciones de publicidad pasiva contractual han sido ya aplicadas en el ámbito estatal por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en casos como el acceso al Plan de medios del ICO, la lista de 10 empresas que más importe recibieron por el mecanismo de pagos a proveedores de las entidades locales, o la resolución por la que se obliga a Tragsa a proporcionar información sobre sus encomiendas de gestión, por citar algunas pocas.

Hasta diciembre de 2015, en las reclamaciones planteadas ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno relativas a accesos de información solicitados ante la administración autonómica gallega o sus entidades locales, la respuesta ha sido invariable: inadmisión por aplicación de la disposición final novena, remitiendo el reclamante a lo previsto en Ley gallega 4/2006 y recordando la tramitación en curso de una nueva ley de transparencia. Así ha ocurrido, por ejemplo, en la solicitud de acceso al expediente de bases de reposición del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión de suministro de agua del ayuntamiento de Rianxo. Con todo, algún gestor valiente ha leído correctamente la disposición final novena y ha entendido aplicable en Galicia la Ley 19/2013 antes del 10 de diciembre de 2015. Conste en acta este pequeño homenaje.

Dado que las medidas de *transparencia activa sobre la contratacion pública* que acabamos de repasar tienen carácter básico, son las comunidades autónomas las que pueden, mediante la utilización de sus títulos competenciales en materia de desarrollo de las bases estatales sobre contratación pública o entidades locales, *desarrollar* nuevas medidas de transparencia contractual, en función de sus propias opciones político-organizativas, en todos los aspectos en los que, como hemos visto, el legislador estatal ha dejado margen para el desarrollo autonómico.

De hecho, algunos legisladores autonómicos se adelantaron al básico estatal en estas previsiones. Así ha ocurrido en los casos de la Ley gallega 4/2006 (art. 10), la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears (art. 19), la Ley foral 11/2012, de 21 de junio, de transparencia y gobierno abierto (art. 17), o la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de gobierno abierto de Extremadura. Y, posteriormente a

la Ley estatal 19/2013, las leyes autonómicas de transparencia han generalizado su desarrollo[23].

Además de regular distintas medidas de publicidad activa sobre algunas fases de la vida del contrato cuya transparencia era insuficiente (las modificaciones contractuales[24] y las subcontrataciones), estas leyes autonómicas se han caracterizado por obligar a la exteriorización de otros negocios jurídicos para-contractuales, excluídos de las leyes de contratos, cuyo nivel de control mediante la publicidad activa dejaba bastante que desear. Fundamentalmente, los convenios de colaboración y las encomiendas de gestión u operaciones *in house providing*.

Eso es lo que ha hecho la Ley 1/2016, de 18 de enero, al amparo de los artículos 27 y 28 de su Estatuto de Autonomía, que le atribuyen competencia exclusiva en materia de organización de sus instituciones de autogobierno, así como una competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado en materia de régimen jurídico de la Administración pública de Galicia[25].

23. *Vid*. Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (BOJA n.º 124, de 30 de junio); Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja (BOR n.º115, de 17 de septiembre); Ley 2/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública de Canarias (DOC n.º 5, de 9 de enero de 2015); Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana; Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León (BOE n.º 74, de 27 de marzo de 2015) la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón (BOA n.º 68, de 10 de abril).

24. *Vid*. Beltrán Gómez, «La transparencia en la modificación de los contratos públicos», *Observatorio de Contratación Pública*, 2012. A favor de la publicidad de las modificaciones contractuales en el perfil del contratante se pronuncia José María Gimeno Feliu, «El régimen de modificación de los contratos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 149, 2011, p. 30. Como recuerda Francisco Javier Vázquez Matilla (*Vid. La modificación de los contratos públicos*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2015, p. 261), la Directiva 2014/24/UE obliga ahora a publicitar en el DOUE los modificados en ciertos casos, como los contratos complementarios o los modificados por causas imprevisibles (art. 72.1).

25. Según el preámbulo de la Ley 1/2016, «*Por lo que respecta al fundamento competencial de la presente norma, el título I se dicta en ejercicio de la competencia autonómica exclusiva en materia de organización de sus instituciones de autogobierno contemplada en el artículo 27.1 del Estatuto de autonomía de Galicia, de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado en materia de régimen jurídico de la Administración pública de Galicia contemplada en los artículos 28.1 y 39 del mismo texto legal, en relación con el artículo 148.1.1 de la Constitución, dentro del marco legislativo básico dictado por el Estado*».

III. EL DERECHO AUTONÓMICO DE GALICIA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA CONTRACTUAL

Para entender correctamente el actual grado de desarrollo del derecho autonómico de Galicia en materia de transparencia contractual, se hace necesario explicar el contexto previo que ha proporcionado algunas leyes y desarrollos previos a la Ley 1/2016, de 18 de enero.

1. EL CONTEXTO PREVIO: TRANSPARENCIA CONTRACTUAL EN LAS LEYES 4/2006, DE TRANSPARENCIA Y BUENAS PRÁCTICAS Y 1/2015, DE GARANTÍA DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Tras el cambio de gobierno después de casi 16 años de mayoría absoluta de Manuel Fraga, Galicia fue pionera en utilizar sus títulos competenciales de desarrollo del régimen jurídico básico en materia de administración pública para introducir medidas de transparencia contractual mediante la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas de la Administración pública gallega[26]. Una ley que nos convirtió durante unos cuantos años, junto con Navarra, en «la región más transparente», parafraseando la novela de Carlos Fuentes en un sentido jurídico-administrativo.

Su artículo 10 contenía unas medidas de transparencia «*inmanente*», vinculada a «limpieza» e igualdad de trato en los procesos de contratación pública: publicidad complementaria de los procesos de licitación en la web del órgano de contratación, así como una lista de aspectos a publicar respecto de los contratos públicos *adjudicados*: licitadores, criterios de selección y valoración, cuadro comparativo de ofertas económicas, puntuación obtenida por cada una de ellas (detallando la otorgada para cada uno de los criterios de valoración), resumen de la motivación de la valoración obtenida, adjudicatario; en su caso, modificaciones del contrato adjudicado que supusiesen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, siendo este superior a 1.000.000 €; finalmente, en los supuestos en que se proceda a la cesión de contrato o a la subcontratación, se imponía la obligación de dar publicidad a estas circunstancias junto con las razones que justifican tal decisión, identificando a los

26. En palabras de su preámbulo, «La competencia del Parlamento gallego para la aprobación de esta ley proviene de lo dispuesto en el artículo 28.1 del EAG, que, dentro del marco fijado por el artículo 149.1.18 y 149.3 de la CE, contempla las atribuciones de nuestra comunidad autónoma para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en materia de régimen jurídico de la Administración pública de Galicia».

cesionarios y subcontratistas y las condiciones de los acuerdos alcanzados entre el contratista y aquellos. Aunque el precepto no fue desarrollado reglamentariamente, su aplicación se produjo por los gestores autonómicos sin mayores controversias.

La Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia introdujo una obligación de publicidad respecto de las denominadas encomiendas intersubjetivas y los encargos a medios propios (art. 9.3). Sin embargo, tal obligación se circunscribía a la «*actividad o actividades a que se refiera*»; la «*naturaleza y alcance de la gestión encomendada*»; y el «*plazo de vigencia y supuestos en que proceda la finalización anticipada de la encomienda o su prórroga*». No se hace mención al importe[27].

Años más tarde, en julio de 2014, el gobierno gallego aprobó el «*Código ético institucional de la Xunta de Galicia*»[28], manual deontológico y guía de buenas prácticas a la que deben ajustarse las autoridades y demás personal al servicio del sector público autonómico en el que hallamos distintas invocaciones a la transparencia como rasgo de la actuación político-administrativa en la gestión de los asuntos públicos y, lo que es más eficaz, un conjunto de regulaciones destinadas a garantizar la integridad en el manejo de los fondos públicos. Así, en materia de procedimientos de contratación se establece que:

- Las resoluciones de las peticiones de aclaraciones técnicas deberán ser siempre publicadas en la Plataforma de contratos de Galicia para que estén a disposición de todos los concurrentes en condiciones de igualdad.
- En los procedimientos negociados se fijará la realización de una fase de negociación de los términos contractuales con las empresas invitadas para alcanzar la oferta con la mejor relación calidad/precio.
- En desarrollo del artículo 25 de la Ley 14/2013, de 27 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, sobre con-

27. *Vid*. por ejemplo, entre otras muchas, la Resolución de 9 de diciembre de 2015, por la que se da publicidad a una encomienda de gestión, para los ejercicios 2015-2016, a la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (Tragsa), cuyo objeto es la ejecución de una zona verde en la Ciudad de la Cultura de Galicia, denominada Jardín Literario. DOG n.º 240, de 17 de diciembre de 2015.

28. *Vid*. la Resolución de 8 de septiembre de 2014, conjunta de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 24 de julio de 2014 por el que se aprueba el Código ético institucional de la Xunta de Galicia, DOG n.º 179, de 19 de septiembre.

tratación ecológica y socialmente responsable, la Xunta de Galicia elaborará una guía de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública que incluirá medidas, orientaciones prácticas y ejemplos para introducir previsiones en este campo tanto en la cláusulas administrativas como en las prescripciones técnicas de los contratos. Estas guías se han aprobado a finales de 2015, y ya figuran en la página web de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta (*www.conselleriadefacenda.es*).

Interesa subrayar que el *Código ético e institucional* «*Comprende el conjunto de relaciones de la Administración y del sector público autonómico, tanto de carácter interno, en el seno de la propia Administración, como externo, con particular atención a las empresas que contraten con la Xunta de Galicia, a las que les será de aplicación lo dispuesto en el apartado VIII del presente código*». En este apartado se dice lo siguiente:

> «*Teniendo en cuenta que las previsiones contenidas en el presente código afectan no sólo al ámbito interno de la Administración autonómica sino también a las relaciones de esta con otros agentes externos, se considera necesario dar conocimiento expreso del mismo, particularmente, a aquellas empresas que prestan servicios para el sector público autonómico. En garantía de esta previsión, se procederá a dar traslado del Código a las empresas que figuren o se incorporen al Registro de Contratistas de la Xunta de Galicia.*
>
> *Además, en los pliegos que rigen las contrataciones públicas, se incorporará un modelo de declaración a suscribir por los licitadores en el que se manifieste el conocimiento del contenido y alcance del Código ético*».

Los PCAP licitados desde entonces por la Xunta incorporan la cláusula siguiente: «*La persona adjudicataria está obligada a aceptar el contenido y alcance del código ético institucional de la Xunta de Galicia, de conformidad con la Resolución de 8 de septiembre de 2014, conjunta de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se da publicidad al acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 24 de julio de 2014 (DOG de 19 de septiembre), por el que se aprueba el Código ético institucional de la Xunta de Galicia*».

Posteriormente, se ha aprobado la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración[29].

Tras curarse preventivamente en salud, declarando supletoria su aplicación para los mayores servicios públicos autonómicos (sanidad, educa-

29. DOG n.º 81, de 30 de abril de 2015.

ción y justicia art. 1.3), la Ley 1/2015 comienza invocando la transparencia como ingrediente de la buena administración. Su artículo 2.2 dice que «*La ciudadanía tiene derecho a que se le garantice la prestación de unos servicios públicos de calidad sobre la base de la proximidad, la eficiencia, la eficacia y la transparencia*», añadiendo el artículo 4 que «*Con carácter general, la prestación de los servicios públicos y el funcionamiento del sector público autonómico en general se regirán por los principios de calidad, simplificación, claridad, buena fe, imparcialidad, confianza legítima, proximidad a los ciudadanos, coordinación y cooperación con otras administraciones públicas*». Desaparece la transparencia, aparece la claridad: el legislador gallego raya alto en el manejo de la metafísica atmosférica de la Administración.

Sin embargo, son escasas las innovaciones en materia de publicidad activa o pasiva de la administración autonómica en el Título I, intitulado «*De la buena administración: de la atención a la ciudadanía y de la eficacia administrativa*»; de hecho, la ley se basa en la dicotomía información general-particular, limitando esta última a los interesados. Hay que esperar al Título III de la Ley, sobre «*calidad en la prestación de los servicios públicos*», para ver innovaciones respecto de las obligaciones de información previstas por el art. 4 de la Ley 19/2013.

El artículo 34.4 dispone que «*Los servicios públicos autonómicos se publicarán en la guía de procedimientos y servicios regulada en el artículo 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, con la finalidad de facilitar a la ciudadanía el conocimiento de su existencia*».

El artículo 37 («*Naturaleza de las relaciones con las personas usuarias en las distintas modalidades de gestión*») establece que «*las relaciones jurídicas y los contratos que se concierten entre las personas usuarias del servicio y los prestadores deberán ajustarse a lo previsto en el régimen jurídico del servicio. A estos efectos, el régimen jurídico del servicio preverá la aprobación y el control por parte del órgano competente de la Administración de las condiciones generales de las relaciones que se concierten con las personas usuarias o de los documentos contractuales que utilicen los prestadores del servicio. Asimismo, los prestadores del servicio darán parte al órgano competente de las instrucciones que adopten en el marco de su responsabilidad de cuidado del buen orden del servicio, a efectos de posibilitar el ejercicio de las funciones administrativas de control y supervisión del servicio».* En este mismo sentido, el artículo 38 añade un estatuto general de las personas usuarias de los servicios públicos autonómicos, con independencia de la modalidad directa o indirecta con la que se presten, entre cuyos derechos singulares se recoge el de «*acceder a toda la información que sea precisa para formular quejas o reclamaciones sobre la prestación del servicio, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación reguladora de la transpa-*

rencia administrativa» (letra e del punto 2). El punto 5 del artículo 38 añade que «*Las normas reguladoras de los diferentes servicios públicos se adaptarán al estatuto general indicado en el presente artículo. Asimismo, el órgano administrativo competente, de acuerdo con lo que se prevea en el régimen jurídico del servicio, aprobará cartas de derechos de las personas usuarias en las que se concreten los derechos de éstas regulados en este artículo*».

Por último, se incluye también la obligación de publicitar los estándares de calidad cuya prestación asume el contratista (art. 46.4[30]), y una regulación específica de las garantías en caso de subcontratación (art. 52[31]).

Tales obligaciones afectan claramente al contenido de los pliegos de contratación de servicios públicos gestionados indirectamente, en los que el legislador gallego ha incluido expresamente las dos modalidades de contratos de gestión de servicio público y los contratos de servicios (art. 44[32]). Así, el artículo 46 establece que los pliegos de estos contratos debe-

30. «*Los estándares de calidad serán publicados en la web de la entidad contratante y deberán estar a disposición de las personas usuarias del servicio en la forma que se disponga en los pliegos y necesariamente en las instalaciones del prestador del servicio. Se publicará también la identidad del responsable del contrato*».

31. «El órgano de contratación podrá comprobar, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público, el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos tienen que hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en ellos. De este modo, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando éste lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarde una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar, a solicitud del ente público contratante, justificante de cumplimiento de los pagos a aquéllos una vez finalizada la prestación, dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 228 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en lo que le sea de aplicación. Estas obligaciones, que se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos».

32. «*El presente capítulo se aplicará a los servicios públicos gestionados de manera indirecta, mediante contrato formalizado con la Administración general de la Comunidad Autónoma o con una entidad instrumental del sector público autonómico, ya sea éste un contrato de gestión de servicios públicos ya un contrato de servicios que tenga por objeto una prestación directamente relacionada con la prestación de un servicio público o que resulte instrumental para la prestación de un servicio público*». A partir del 18 de abril de 2016 ha adquirido efecto directo la nueva denominación de los contratos de gestión de servicio púbico como concesiones de servicios, prevista en la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

rán recoger los estándares de calidad concretos y determinados aplicables en la prestación del servicio, añadiendo que estos estándares nunca serán menores que los establecidos por la Administración para la prestación del servicio por ella misma de forma directa.

Esto permite, a nuestro juicio, definir la transparencia como un *estándar de calidad*, por ser precisamente el acceso a la información un derecho reconocido al usuario por el artículo 38.2.e). El incumplimiento de este estándar de calidad dará lugar, de conformidad con el art. 46.2, a la imposición de las penalidades previstas en el pliego y podrá ser causa de resolución del contrato, añadiendo el párrafo tercero que cuando la retribución del contratista sea abonada por la Administración, ésta estará orientada al cumplimiento del contrato mediante la inclusión en los pliegos de cláusulas de variación de precios ligada al cumplimiento de los estándares de calidad y disponibilidad del servicio, y debe determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación. Los incumplimientos de los estándares podrán ser reclamados por las personas usuarias en la forma establecida en esta ley de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.

A la vista de esta regulación, cabe concluir que en la administración pública gallega se han homologado las obligaciones de transparencia y acceso a la información entre concesionarios, contratistas y Administración pública. Habiendo entrado en vigor esta Ley 1/2015 el 26 de mayo de 2015, un repaso de las licitaciones de contratos de gestión de servicios públicos efectuadas en 2016 por órganos de contratación de la Xunta de Galicia corrobora la hipótesis de que sus órganos de contratación han optado ya por utilizar las posibilidades abiertas por la Ley[33].

33. Hemos consultado los PCAP de los siguientes expedientes, licitados en 2016: PA 39/2015, licitado por la Consellería de Política Social para la contratación de la gestión de servicios públicos en régimen de concierto, consistente en la reserva y ocupación de plazas en el servicio de atención residencial para personas mayores en situación de dependencia en ayuntamientos de la Comunidad autónoma gallega (anuncio en el DOG de 25 de febrero de 2016), por importe de 2.021.379 €; expediente 2A-4L 2015/16, licitado por la Consellería de Educación para la gestión de los comedores escolares de 20 centros docentes públicos, por un importe de 650.383 €. Al regular las penalidades, se incluye como incumplimiento grave del contrato el hecho de «No confeccionar los documentos que acrediten la trazabilidad de los productos empleados o no aportarlos al órgano de contratación cuando este se los solicite». Como incumplimientos leves se consideran «b) No comunicar con la frecuencia precisa la programación sobre los menús mensuales al Consejo Escolar y a los padres, madres o tutores/as, o que la información no sea accesible a personas con cualquier tipo de discapacidad», y «c) No tener a disposición de las familias la información de los productos empleados para la realización de los menús, o que la información no sea accesible a personas con cualquier tipo de discapacidad». Asimismo, al regular las

2. LA LEY 1/2016: INVENTARIO DE NOVEDADES DE TRANSPARENCIA CONTRACTUAL

Nos centraremos ahora en las principales novedades que nos brinda la Ley 1/2016, de 18 de enero, en especial las contenidas en su título I, dedicado a la transparencia de la actividad pública.

• Objeto

En la definición de su objeto, el legislador gallego dice que «*La presente ley tiene por objeto regular la transparencia y publicidad en la actividad pública, entendiendo esta como la desarrollada con una financiación pública, así como el derecho de la ciudadanía a acceder a la información pública, entendiendo esta tal y como se define en el artículo 24 de esta ley*».

• Ámbito subjetivo

Respecto del ámbito subjetivo de aplicación de las obligaciones de publicidad activa, la Ley ha renunciado a incluir las entidades locales gallegas, de modo que estas tendrán que cumplir apenas las obligaciones básicas de transparencia, pero no tendrán que cumplir las previstas por la Ley 1/2016. Se trata de una renuncia discutible, no sólo por la existencia de títulos competenciales autonómicos aptos para el desarrollo de la legislación básica estatal, sino también porque, respecto de otras entidades con autonomía constitucionalmente protegida (me refiero a las universidades públicas), se ha optado por su inclusión, y no parece que ello se deba a la existencia de más patologías contractuales, siquiera sea porque en el ámbito local existen variados sumarios abiertos por jueces de instrucción por mal ejercicio de las potestades contractuales, y no constan sumarios penales abiertos contra universidades[34].

---

obligaciones del contratista, se incluye «*El respeto de los derechos de las personas usuarias del siguiente modo:*
– A utilizar y ser atendidas, a su elección, en la lengua gallega o castellana.
– A ser tratadas con deferencia y respeto.
– A acceder a toda la información que sea precisa para formular quejas o reclamaciones sobre la prestación del servicio.
– A presentar sugerencias e quejas sobre el funcionamiento del servicio, que deberán ser contestadas de forma individual».

34. Algunas de las macrocausas sobre tramas político-empresariales corruptas han sido abiertas precisamente por patologías penales –tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, cohechos, etc.– relativas a contratos locales de servicios o concesiones de servicios –anteriores contratos de gestión de servicios públicos–, en los que era una práctica extendida el «enchufe» de personal por designación política, y la existencia de «empresas para todo», que lo mismo gestionan la zona azul como prestan el servicio de atención a bibliotecas municipales. Es el caso de sumario «Pokemon», una de las derivaciones de la operación «Carioca», ambas dirigidas por la titular del juzgado de instrucción n.º 1 de Lugo, la magistrada Pilar de Lara. En la tra-

El artículo 3 de la Ley 1/2016 añade la partícula «*y en todo caso en materia de personal y contratación*» en relación a la actividades «*sujetas a derecho administrativo*» de los siguientes órganos: Parlamento de Galicia, Consello Consultivo, Valedor do Pobo, Consello de Contas, Consello Económico e Social, Consello Galego de Relacións Laborais, Consello da Cultura Galega. Esto permite garantizar sin atisbo de dudas la publicidad de los contratos de todos estos entes incluso en el caso de tratarse de relaciones laborales, o de contratos privados.

Los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y entidades privadas perceptoras de fondos públicos a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 19/2013, cuando reciban fondos del sector público autonómico, deben dar cumplimiento de sus obligaciones de publicidad activa no en sus propios portales de transparencia, sino en el «*Portal de transparencia e Goberno aberto*» de la Xunta de Galicia, previsto en el artículo 29 de la Ley 1/2016, y que se sitúa bajo la dependencia de la Vicepresidencia de la Xunta. Importante matiz que conviene señalar, porque traslada la responsabilidad de tutelar su cumplimiento a este órgano autonómico.

Además de mantener incólumes las determinaciones de la Ley gallega 1/2015, en la Ley 1/2016 la obligación de suministro de información por parte de sujetos privados gestores de servicios públicos o de potestades administrativas hacia las administraciones a las que estén vinculadas se amplían doblemente respecto de las previstas en la Ley 19/2013: por un lado, se incluye a toda persona física o jurídica adjudicataria de un «contrato», y por otro lado se incluye también a toda persona física o jurídica adjudicataria de una «subvención».

La obligación de suministrar información y el régimen de penalidades de los contratistas ya no es modulable o disponible para el órgano de contratación, sino que constituye contenido obligatorio de los pliegos del contrato en la forma que predetermina la propia Ley. La ley incluye las principales pinceladas habilitantes de las multas coercitivas dispuestas para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, pero se remite a reglamento para el acabado de su régimen jurídico. Hemos podido compro-

ma «Pokemon», la empresa *Vendex*, adjudicataria de distintos contratos municipales (en Coruña, Lugo, Ourense), realizaba presuntos pagos a los «cobradores» políticos correspondientes, y contrataba, para la prestación de los servicios adjudicados, a las personas designadas por los partidos políticos que dirigían los gobiernos municipales.

bar que, sin necesidad de ese reglamento, los pliegos de algunos contratos ya contienen un régimen acabado de imposición de tales penalidades[35].

- En particular, las obligaciones específicas de publicidad activa en materia contractual

Al al recoger las obligaciones específicas en materia contractual, la redacción del artículo 13[36] incluye a los sujetos previstos en el art. 3.1.a), b) y d) de la ley gallega (resumidamente: sector público autonómico, universidades y altas entidades estatutarias), pero excluye de tales obligaciones específicas a las «*corporaciones de derecho público que desarrollan su actividad exclusivamente en el ámbito territorial gallego en lo relativo a sus actividades sujetas a derecho administrativo*» (art. 3.1.c) y a los entes instrumentales con personalidad jurídica propia creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil que no estén integrados en el sector público autonómico de conformidad con la Ley gallega 16/2010[37], sin que esté muy claro ni la razón de esta exclusión ni sus consecuencias jurídicas.

El problema reside aquí en que, con independencia de esta regulación autonómica restrictiva, subsisten las obligaciones básicas de transparencia contractual que impone la Ley 19/2013 a su ámbito subjetivo, dándose la circunstancia de que los ámbitos subjetivos de una y otra ley no coinciden entre sí y, a su vez, la ley estatal utiliza conceptos de «ámbito subjetivo» no coincidentes con los previstos en el art. 3 del TRLCSP, lo que provocará la generación de ángulos muertos propicios para la inseguridad jurídica[38]. Con todo, no es menos cierto que las concretas informaciones

35. *Vid.* el punto 14 del PCAP del contrato de gestión de comedores escolares citado en nota 30.

36. «*Los sujetos citados en el artículo 3.1.a), b) y d), sin perjuicio de la información que se debe publicar según la normativa básica en materia de transparencia respecto de las licitaciones que se deban adjudicar por los procedimientos abierto, restringido, negociado con publicidad y diálogo competitivo, así como en los concursos de proyectos, publicarán la siguiente información:*».

37. Literalmente, la Ley recoge en la letra e) del artículo 3.1 lo siguiente: «*A todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distinta de los expresados en los apartados anteriores, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos de los indicados en los apartados anteriores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia*».

38. El hecho de que los conceptos subjetivos previstos por el artículo 1 de la Ley 19/2013 se remitan a normativa legal autonómica (es el caso de las fundaciones), obliga en no pocos supuestos a la realización de un juicio casuístico de la entidad de que se trate para analizar su inclusión o no en el ámbito subjetivo de la ley. Así ocurre, por ejemplo, con las fundaciones universitarias, que he analizado pormenorizadamente

específicas a publicar por parte de los sujetos obligados por este artículo 13 no son ya novedosas en su mayoría, por haber sido incluídas en la Ley 4/2006[39].

Sí *puede ser* novedosa, en cambio, la obligación de publicar «*la composición de las mesas de contratación, del comité de personas expertas y/o de los organismos técnicos especializados que deban intervenir en el proceso de adjudicación*», siempre y cuando esa composición se interprete en términos de identificación nominativa de sus miembros, no sólo de su naturaleza profesional, tal y como hace el artículo 21 del 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. La identificación nominativa habilitada por ley es necesaria, a mi juicio, para permitir controlar la integridad de los actores contractuales, en especial la posibilidad de recusación que reconoce el artículo 319 TRLCSP[40], enervando así, por tal rango, la invocación de

---

en otro lugar. *Vid.* «Las fundaciones universitarias, ¿dentro o fuera?», entrada en el Observatorio de Contratación Pública de 2 de febrero de 2015.

39. El artículo 13 ordena la publicidad de los siguientes aspectos:
a) El objeto, duración y valor estimado del contrato.
b) El procedimiento de adjudicación.
c) Los pliegos, documentos descriptivos y toda la documentación de interés para la licitación, incluyendo las respuestas a las aclaraciones.
d) En el caso de contratación de medios y prestaciones incluidos en los catálogos de autoprovisión regulados en el artículo 8 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, el informe que, de acuerdo con lo dispuesto en dicha ley, justifique la imposibilidad de hacer uso de la autoprovisión.
e) En su caso, la composición de las mesas de contratación, del comité de personas expertas y/o de los organismos técnicos especializados que deban intervenir en el proceso de adjudicación.
f) Los anuncios publicados en los diarios oficiales y en la web del perfil de contratante (texto y fecha de publicación).
g) El lugar de presentación de ofertas y la fecha y la hora límite de presentación.
h) En su caso, el lugar, fecha y hora del acto público de apertura de ofertas.
i) El número de los licitadores, con identificación de los admitidos, excluidos y, en su caso, de los seleccionados.
j) La valoración de las ofertas de acuerdo con los criterios de valoración, con las limitaciones impuestas por la excepción de confidencialidad prevista en el artículo 153 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público.
k) La adjudicación del contrato.
l) La formalización del contrato.
m) Las modificaciones del contrato aprobadas.
n) Las decisiones de desistimiento y renuncia a los contratos.
ñ) La cesión de contratos o subcontrataciones.

40. Recuérdese que este precepto, en línea con los art. 28 y 29 LPAC, permite recusar no sólo al órgano de contratación, que es quien «resuelve» el procedimiento de adjudicación contractual, sino también a todas «*Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que* ***intervengan*** *en los procedimientos de contratación*».

la protección de datos personales como táctica de «borrado» de la identidad de los participantes en las actas de los procedimientos adjudicadores.

También es novedosa la obligación de publicar el informe que justifique la externalización de prestaciones que hayan sido incluidas en el «*catálogo de autoprovisión*» previsto por el art. 8 de la Ley 14/2013, de racionalización del sector público autonómico[41]. Se trata de la única obligación innovadora de transparencia en materia de racionalización de la contratación pública, con la que se pretende subrayar la necesidad de motivar objetivamente, en términos de eficiencia y eficacia, el recurso a la compra pública en aquellos casos cuyo objeto se han declarado de *autoprovisión* preferente[42].

Respecto de la publicidad de la contratación menor (art. 13.2), las únicas y escasas novedades consisten en que su publicidad «por lo menos» se hará trimestralmente, y el lugar de la publicidad, será «*el portal web de transparencia*», se supone que el de cada entidad. Cabe la posibilidad de que se agrege esta información en el «*Portal de Transparencia e Goberno aberto*» que se regula en el artículo 29, pero la ley no obliga a ello. Sorprendentemente, ya superado razonablemente el plazo de adaptación a la Ley, este portal, accesible en el siguiente enlace: *http://www.xunta.gal/a-presidencia/transparencia*, (consulta el 3 de mayo de 2016) no contiene información

41. La Resolución de 17 de noviembre de 2014, de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, ha hecho público el Acuerdo del Consello de la Xunta de 18 de septiembre de 2014 por el que se aprueba el Catálogo de medios y prestaciones susceptible de autoprovisión y se toma razón de los suministros, obras, servicios y cualquier otra prestación susceptible de contratación centralizada (DOG n.º 7, de 13 de enero de 2015). Posteriormente, la reciente Ley 4/2016, de 4 de abril, de ordenación de la asistencia jurídica de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de su sector público (DOG n.º 69, de 12 de abril) ha incorporado en su artículo 5 una regulación sobre «*Autoprovisión dentro del sector público y contratos de asistencia jurídica con medios externos*». Como curiosidad, señalaré que gracias a una enmienda parlamentaria impulsada por quien esto escribe desde la secretaría general de la Universidade da Coruña, se ha incluído en el párrafo segundo de este precepto la referencia a las universidades públicas gallegas: «*Para las prestaciones de asistencia jurídica sólo podrá acudirse a la contratación externa cuando la autoprovisión no resulte viable, por no poder ser adecuadamente satisfechas por la Asesoría Jurídica General las necesidades que se pretenden cubrir, por la insuficiencia, carencia o inadecuación de los medios de que dispone, en los términos establecidos en la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico. A estos efectos, se entenderá por asistencia jurídica con medios externos los servicios de tal carácter prestados por universidades públicas, empresas consultoras o abogados/as en ejercicio a la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o a su sector público*».

42. He desarrollado este punto de vista en mi comunicación «La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización contractual de servicios», de próxima publicación en las *Actas del XXI Congreso Italo-español de profesores de Derecho Administrativo*, celebrado en Benidorm los días 26 a 28 de mayo de 2016.

sobre contratación. En el portal *http://transparencia.xunta.gal/tema/informacion-economica-orzamentaria-e–estatistica/contratacion-publica/contratos*, sí aparece información (básicamente, enlaces a información preexistente de los perfiles de contratante), pero no los contratos menores. Algún medio de prensa gallega se ha hecho eco ya de la más que discutible forma de dar publicidad a la contratación menor, que podríamos denominar como «transparencia fugaz»: una semana de acceso en el portal, y posterior borrado «*por motivos técnicos de operatividad*»[43].

El artículo 14 introduce específicas obligaciones de transparencia para los contratos de concesión de servicios públicos, que se añaden a las previstas por la Ley 1/2015, ya vistas. En este sentido, mención especial merece la publicidad de «*Las direcciones electrónicas a las que pueden dirigirse las reclamaciones de responsabilidad patrimonial y las quejas en los términos en los que se determine reglamentariamente*», así como «*El personal adscrito a la prestación del servicio, expresando la categoría y titulación*». Nuevamente, el legislador deja abierta la cuestión de si debe publicarse la identidad del personal adscrito a la ejecución de la concesión, dato muy interesante cuya transparencia ayudaría a desincentivar comportamientos frecuentes en la práctica (por decirlo claramente: *enchufe* de familiares de los políticos municipales en las concesiones de servicios).

El artículo 16 establece que «*Los sujetos citados en el artículo 3.1.a), además de la información que debe hacerse pública según la normativa básica en materia de transparencia, también indicarán anualmente, en el caso de las encomiendas de gestión y encargos a medios propios, el porcentaje de actividad realizada por el medio propio a favor de los entes de control*». Así pues, además de la sujeción a la obligación de publicidad prevista sobre estos negocios jurídicos con carácter básico («*se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma*», art. 8.1.b) Ley 19/2013), el sector público autonómico, exclusivamente (no, por ejemplo, las universidades o las entidades estatutarias, ni las corporaciones de derecho público) deberán indicar «anualmente» tal porcentaje de actividad realizada por el medio propio a favor de los entes de control.

Cuestión que cobra relevancia especial en la medida en que es un complemento necesario para determinar y controlar correctamente con cierta seguridad jurídica aquellos medios propios que resultan amparados por el Derecho comunitario derivado al cumplir el porcentaje del 80%

43. *Vid.http://praza.gal/politica/11707/a-xunta-desvela-os-seus-contratos-menores-a–dedo-so-unha-semana-e–logo-borraos/*

previsto por el art. 12 de la Directiva 2014/24/UE. Esta regulación debe contemplarse a la luz de la previsión, incluída en el artículo 39.3.b) del anteproyecto de ley de contratos del sector público de abril de 2015, de que serán nulos de pleno derecho «*Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio*», así como de la posibilidad, introducida en el artículo 44.2.e) del mismo anteproyecto, de que sean objeto de recurso especial en materia de contratación «*Los encargos a medios propios que no cumplan los requisitos legales*».

Con todo, hay que señalar que las encomiendas de gestión recientemente publicadas en el portal de transparencia de la Xunta, ya entrada en vigor la Ley 1/2016, no hacen constar los aspectos que prevé su artículo 16, ni tampoco, por cierto, los previstos con carácter básico por el art. 8 de la Ley 19/2013[44].

En el ámbito del acceso a la información contractual, la ley gallega opta con carácter general por remitirse a lo previsto en la Ley estatal. Las innovaciones se centran en el organismo independiente de control de las resoluciones administrativas de acceso. En nuestro caso, al amparo de la adicional cuarta de la Ley 19/2013, se atribuye a la *Valedoría do Pobo*, comisionada del Parlamento gallego, la competencia para conocer y resolver las reclamaciones contra esas resoluciones. Estas reclamaciones se consideran potestativas y, en todo caso, previas al recurso contencioso-administrativo.

Está por ver la capacidad que tenga la Valedoría do Pobo para asumir la carga de trabajo inherente a esta encomienda, pues además de la atri-

44. *Vid.* por ejemplo, la Resolución del secretario general técnico de la Consejería de Infraestructuras y Vivienda por la que se da publicidad a una encomienda de gestión de carácter técnico al Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo, para la elaboración del pliego de prescripciones técnicas y la determinación de los criterios que se utilizarán para la valoración de los proyectos que se presenten en el expediente de contratación del concurso de ideas con intervención de jurado para la transformación de la actual estación de autobuses de Santiago de Compostela en edificio administrativo (DOG n.º 77, de 22 de abril de 2016); la Resolución de la Gerente de la Fundación Cidade da Cultura de 28 de abril de 2016 por la que se da publicidad a una encomienda de gestión, para el ejercicio 2016, a la Empresa Pública de Servizos Agrarios Galegos S.A. (Seaga) para la ejecución de trabajos de regeneración paisajística y ejecución del denominado Parque del Lago en la Ciudad de la Cultura de Galicia (DOG n.º 99, de 26 de mayo de 2016); la Resolución de la Conselleira de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de 20 de abril de 2016 por la que se le da publicidad a una encomienda de gestión, para el año 2016, a la Empresa Pública de Servizos Agrarios Galegos, S.A. (Seaga), para la ejecución de las obras de recuperación, restauración, adecuación y limpieza de puntos de vertido incontrolado en diferentes ayuntamientos de Galicia (DOG n.º 88 de 10 de mayo de 2016).

bución de la competencia sobre estas reclamaciones, también se le encomiendan las funciones de «*Comisionado de Transparencia*» (art. 32 de la Ley gallega).

Sin embargo, las funciones de control no se trasladan *in totum* a la Valedoría do Pobo, dado que la ley crea la «*Comisión de Transparencia*», que es el órgano mixto «*independiente*» al que le reserva la resolución de las reclamaciones en materia de transparencia. Esta comisión está integrado por la Valedora (presidente), un adjunto/a a la valedora (vicepresidente), y cuatro vocales: un representante de la Comisión Interdepartamental de Información y Evaluación de la Xunta de Galicia; un representante del Consello Consultivo de Galicia; un representante del Consello de Contas; un representante de la Federación Gallega de Municipios y Provincias[45]. Todos, salvo la Valedora, removibles *ad nutum* por sus respectivas entidades, lo que no parece muy compatible con su presunta independencia. Con un perfil mayoritariamente técnico, la Comisión se ha constituído el 10 de mayo de 2016, y a día de hoy (31 de mayo), su página web (*http://www.comisiondatransparencia.gal/*) sigue vacía. Lo señalo porque la tardanza en la ejecución de las medidas legales es un rasgo no infrecuente en esta materia; baste recordar que llevamos más de un año aguardando a que la Xunta nombre el *Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia*, previsto en la disposicional final segunda de la Ley 1/2015, de 1 de abril.

Por último, señalar que el artículo 50 prohibe que el gobierno autonómico en funciones pueda adquirir compromisos de gasto que no sean corrientes, ni adjudicar contratos que tengan vigencia plurianual y, en todo caso, aquellos cuya estimación económica supere los 150.000 euros salvo que concurra urgencia o existan razones motivadas que lo justifiquen.

IV. CONCLUSIÓN: LOS DESAFÍOS DE LA TRANSPARENCIA CONTRACTUAL TRASCENDENTE EN GALICIA

A la espera de la aplicación efectiva de todo estas modificaciones legislativas, pueden ya señalarse algunas conclusiones de interés.

45. Por Resolución de la Valedora del Pueblo de 15 de abril de 2016 (DOG n.º 78, de 25 de abril) se han nombrado los miembros de la Comisión de Transparencia. Son los siguientes. Por la Comisión Interdepartamental de Información y Evaluación de la Xunta de Galicia, Natalia Prieto Viso, directora general de evaluación y reforma administrativa, funcionaria de grupo A1 de la Xunta; por el Consejo Consultivo de Galicia, Ana María López Guizán, secretaria general y letrada; por el Consejo de Cuentas, la letrada Isabel Torralba Mena; por la Federación Gallega de Municipios y Provincias, Eduardo Ramonde Rodríguez, secretario general-interventor.

El espacio que la Ley 19/2013 deja a los legisladores autonómicos a la hora de ampliar los aspectos básicos sobre transparencia contractual no es desdeñable. Ese espacio permite desarrollar una lectura político-administrativa, más ajustada a la realidad de cada comunidad autónoma, sobre las zonas de actividad (tanto en sentido subjetivo como objetivo) en las que la transparencia inmanente y trascendente deba potenciarse.

Como hemos visto, en Galicia se partía ya de una política de transparencia contractual activa, aportando la Ley 1/2016 algunas novedades de interés que, por el momento, no han cuajado como debería en resultados generalizados. Se renuncia –al menos de momento– a proyectar homogéneamente tales medidas al sector público local gallego. Quizá la redacción de una futura ley de administración local de Galicia, sustitutiva de la ya obsoleta Ley 5/1997, pueda desarrollar mejor este aspecto.

En materia de transparencia contractual pasiva, estamos a la espera de conocer las primeras resoluciones de la Comisión de Transparencia sobre acceso a expedientes contractuales. El desarrollo de la Ley no está siendo especialmente rápido; más bien al contrario. No es inoportuno advertir que quedan apenas unos tres meses de legislatura en Galicia.

Por último, señalar la necesidad de acompañar las acciones legislativas de transparencia trascendente con medidas destinadas a fortalecer la capacidad de los ciudadanos para valorar la información, de modo que tengan un efecto disuasorio sobre la corrupción. Catharina Lindsted y Daniel Naurin han destacado con razón que hacer simplemente aflorar una ingente cantidad de información no es condición suficiente para atajar la corrupción, si las condiciones de la rendición de cuentas, tales como la educación, los medios de comunicación o los procesos electorales son débiles. Por esa razón, estos autores defienden la necesidad de reforzar la capacidad ciudadana para entender y evaluar la información disponible[46].

En este sentido, sería importante evitar que todo el caudal de información generado por la transparencia trascendente en materia de contratación sea distorsionada o manipulada por los intereses de la confrontación política; algo difícil de conseguirse en España, donde la crispación política se ha hecho, como la crisis, permanente; donde las imputaciones penales por presuntas irregularidades en materia de contratacion pública son tan abundantes como capaces de «matar» adversarios políticos; y donde es conocido el esencial papel «opinador» –por decirlo suavemente– de

46. *Cfr.* «Transparency is not enough: making transparency effective in reducing corruption», *International Political Science Review* 31 (3), 2010, pp. 301-322.

los grandes medios de comunicación[47]. Desde este punto de vista, resulta inaplazable explicar objetivamente, y al mismo tiempo simplificar para su uso mundano, los entresijos de la contratación pública y, más en general, de la gestión pública. La discusión de nuestra esfera pública debe llenarse de pensamiento racional, y abstraerse de los intereses de todo tipo que la asedian. Sólo así se podrá conseguir que la ciudadanía, al discernir el grano sano de la paja corrupta, pueda obtener sus propias valoraciones. Por esa razón, el conocimiento científico objetivo y desinteresado en materia de contratación pública, así como su divulgación, son herramientas imprescindibles de transparencia trascendente. En tal desafío, el papel que deben desempeñar las universidades es fundamental.

47. Por ejemplo, véase la noticia de la *Voz de Galicia*, el diario de mayor tirada en nuestra Comunidad Autónoma, de 1 de mayo: «*La Xunta adjudica a dedo cada semana un promedio de 87 contratos menores. Una nueva ley hace aflorar un gasto mensual de casi dos millones sobre el que antes no había control ciudadano*». La noticia, firmada por Miguel Cheda, afirma que «*contratos menores son aquellos repartidos a dedo, sin publicidad, obligación de respetar prescripciones previas ni necesidad de solicitar un mínimo de tres ofertas en competencia a empresas privadas. En el caso de las obras, su importe no puede exceder los 50.000 euros más IVA y en el de los servicios y los suministros, los 18.000 antes de impuestos. Hasta el momento, resultaba tarea imposible conocer cómo y cuánto echaba mano de ellos la Administración autonómica*». *Cfr.http://www.lavozdegalicia.es/noticia/galicia/2016/05/01/xunta-adjudica-dedo-semana-promedio-87-contratos menores/0003_201605G1P7991.htm*. Ello olvida el mecanismo parlamentario (los denominados «artículos 9») que ha permitido durante muchos años conocer todo tipo de contratos, incluídos los menores, a demanda de los representantes de los ciudadanos. No me resisto a recordar en este sentido el titular de la propia *Voz de Galicia* de 29 de mayo de 2008: «*Cultura sufragó con fondos públicos 400 mojitos en la feria del libro de La Habana. La consellería remite al Parlamento buena parte de las facturas de la expedición*». *Cfr.http://www.lavozdegalicia.es/galicia/2008/05/29/0003_6859525.htm*

Capítulo 7

Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2015[1]

María Asunción Sanmartín Mora

Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón

SUMARIO: I. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE NUEVOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES, Y MODIFICACIONES EN LA ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DE LOS EXISTENTES DURANTE 2015. II. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA SU RESOLUCIÓN. 1. *Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española*. 2. *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*. III. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS ESTADÍSTICO SOBRE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2015. 1. *Tribunal administrativo central de recursos contractuales (tacrc)*. 2. *Tribunal administrativo de contratos públicos de aragón*. 3. *Tribunal de contratación pública de la comunidad de madrid*. 4. *Tribunal administrativo de recursos contractuales de la junta de andalucía*. 5. *Tribunal administrativo de*

1. Abreviaturas: BOE: Boletín Oficial del Estado; CE: Constitución Española de 1978; DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; LRJPA: Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; PCAP: pliego de cláusulas administrativas particulares; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; UTE: Unión temporal de empresas.

contratos públicos de navarra. 6. *Litigiosidad respecto de las resoluciones de los órganos competentes en materia de recursos contractuales*. IV. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS PROCESALES O DE FORMA DEL RECURSO. 1. *Contratos susceptibles de recurso*. 1.1. Contratos de gestión de servicios públicos modalidad concierto. 1.2. Contratos administrativos especiales. 2. *Actos susceptibles de recurso*. 2.1. Actos de trámite recurribles. 2.2. El recurso contra los pliegos que rigen la licitación. 3. *Legitimación para recurrir*. 3.1. Operador económico que no puede participar en la licitación. 3.2. Licitador que pretende recurrir su exclusión pero que ha solicitado la devolución de la documentación presentada. 3.3. Legitimación para recurrir la adjudicación del licitador excluido o que no puede resultar adjudicatario. 3.4. Legitimación de una empresa que ha concurrido en UTE a la licitación. 3.5. Alcance de la legitimación de un sindicato. 3.6. Legitimación de los concejales. 3.7. Legitimación de los partidos políticos. 4. *Plazo de presentación del recurso*. 4.1. El «dies a quo» para recurrir los anuncios de licitación. 4.2. El «dies a quo» para recurrir los pliegos cuando los mismos se han puesto a disposición de los licitadores por medios electrónicos. 4.3. Recurso contra el acto de exclusión del licitador. 5. *Anuncio previo de la interposición del recurso al órgano de contratación*. 6. *Lugar de presentación del recurso*. 7. *La terminación del procedimiento*. 7.1. La solicitud de aclaración de la resolución. 7.2. Efectos de la resolución cuando el contrato ha sido ya adjudicado o incluso está en ejecución. V. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS MATERIALES O DE FONDO DEL RECURSO. 1. *Los pliegos que han de regir la adjudicación y ejecución del contrato*. 1.1. Aptitud para contratar. 1.1.1. Incompatibilidades para contratar. 1.1.2. Habilitación empresarial o profesional. 1.2. Requisitos de solvencia. 1.2.1. Incompatibilidad del requisito de la clasificación con la exigencia adicional de requisitos de solvencia. 1.2.2. Exigencia como solvencia técnica de una cualificación profesional específica. 1.2.3. Integración de la solvencia con medios externos. 1.3. Los criterios de adjudicación: fórmulas de valoración de las ofertas. 1.4. Cláusulas de territorialidad: disponer de sede o instalaciones en un ámbito territorial, como condición de ejecución. 1.5. Cláusulas que incluyen una condición resolutoria del contrato. 1.6. Cláusulas que incluyen un trámite que consiste en verificar que el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, cumple las prescripciones técnicas. 2. *Las resoluciones de adjudicación*. 2.1. La aplicación de los criterios de adjudicación, la discrecionalidad técnica. 2.2. Condiciones en las que el órgano de contratación pue-

de separarse del criterio de la mesa para adjudicar un contrato. 3. *Otras cuestiones de interés*. 3.1. El desistimiento del procedimiento de contratación: requisitos. 3.2. Procedencia de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes. 3.3. Discrepancia entre el contenido de los anuncios de licitación y los pliegos, y de los anuncios entre sí. 3.4. Pronunciamientos sobre algunos trámites del procedimiento de adjudicación. 3.5. El procedimiento negociado. 3.5.1. Uso del procedimiento negociado al amparo del artículo 170.d) del TRLCSP. 3.5.2. Confidencialidad de la oferta en el procedimiento negociado. 3.5.3. El requisito de no introducir modificaciones esenciales en la licitación para adjudicar el contrato mediante procedimiento negociado sin publicidad en el caso de haber quedado desierta una primera licitación. 3.6. Cuestiones relativas a la defensa de la competencia.

El presente capítulo, titulado «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales 2015», tiene por objeto reseñar la actividad que durante el año 2015 han desarrollado los órganos creados para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública.

Comenzaremos dando cuenta de la creación de nuevos tribunales en las Comunidades Autónomas de Canarias, Galicia y Extremadura, del reconocimiento que ha supuesto para el diseño de estos órganos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, C-203/14.

Entre las novedades normativas, destaca 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, que merece un análisis detallado.

A continuación, se incluye información estadística relativa a la actividad de los tribunales y órganos de recurso especial en funcionamiento durante 2015, y algunas consideraciones generales sobre su actuación de acuerdo con los principios de transparencia y coordinación.

Finalmente, y como aspecto fundamental del trabajo se recoge la principal doctrina emanada de los acuerdos y resoluciones adoptadas. La doctrina se aborda siguiendo el criterio marcado por el profesor Bernal Blay en la primera edición de este «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales» en el libro «Observatorio de Contratos Públicos 2011», distinguiendo, por una parte, las cuestiones formales, las que afectan a la tramitación procesal del recurso, y por otro las Resoluciones que abordan cuestiones «de fondo» o sustantivas.

I. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE NUEVOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES, Y MODIFICACIONES EN LA ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DE LOS EXISTENTES DURANTE 2015

Han pasado cinco años desde la implantación del recurso especial en materia de contratación pública[2], por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la adaptación a la normativa europea de las dos primeras, para dar cumplimiento a la Directiva 89/665/CEE, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras[3].

Con la Ley 34/2010 nacía el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y se facultaba para crear órganos similares en el ámbito de las Comunidades Autónomas, de las Cortes Generales y de los parlamentos autonómicos[4].

Hay que destacar que este sistema institucional ha sido validado por la

2. Sobre el balance de estos cinco años, *vid.* Gimeno Feliu, J. M. «*Informe especial. Sistema de Control de la Contratación Pública en España. (Cinco años de funcionamiento del Recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora*», Aranzadi, Cizur Menor, 2016. *http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.900/relmenu.2/chk.2606c8aa7a86affa41f4f4b34309271a*.

3. Modificado por la Directiva 2007/66/CE por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

4. Por Resolución de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, se creó el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales como órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación cuando este se interponga contra actos referidos a los contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central, y el Defensor del Pueblo. Idéntica solución han seguido: el Parlamento de Cataluña, que por Acuerdo de la Mesa de 1 de marzo de 2011, creó el Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de Cataluña; las Cortes de Aragón que por Acuerdo de la Mesa de 13 de febrero de 2013, constituyeron el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón; el Parlamento de Andalucía que creó por Acuerdo de la Mesa de 20 de marzo de 2013, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía; y las Cortes de Castilla y León que por Acuerdo de la Mesa de 4 de julio de 2013 crearon el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes de Castilla y León.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, C-203/14, dictada con ocasión de una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. Esta Sentencia supone el pleno reconocimiento a los órganos y tribunales resolutorios de los recursos especiales de contratación pública, como órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[5].

La mayoría de las Comunidades Autónomas han optado por crear sus propios órganos para conocer de los recursos de contratación pública. Son los casos de Madrid (artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público), País Vasco (disposición adicional octava de la ley 5/2010, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de País Vasco para el ejercicio 2011), Aragón (artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón), Andalucía (Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, modificado por Decreto 120/2014, de 1 de agosto), Cataluña (Disposición adicional cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas, modificada por Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos); Castilla y León (disposición final séptima de la Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de medidas financieras y de creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León), Navarra (Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos).

En 2015 continuó la creación de estos órganos a nivel autonómico. La Comunidad Autónoma de Canarias creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias mediante Decreto 10/2015, de 12 de febrero. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, se creó mediante Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración. Finalmente, la disposición final segunda de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, prevé la creación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura.

5. Sobre esta Sentencia *vid.* López Mora, E. «Alcance y naturaleza jurídica de las resoluciones y acuerdos de los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación» en *www.obcp.es*. Asimismo, Gimeno Feliu, J. M. en la obra citada anteriormente.

Caso especial es el de Cantabria, pues la disposición adicional primera de la Ley de Cantabria 1/2010, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico, autorizó al Gobierno para crear un órgano colegiado independiente para el conocimiento y la resolución de los recursos especiales en materia de contratación. Sin embargó dicha creación no se ha producido, sino que se ha optado por celebrar un convenio de colaboración con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para la atribución de la competencia en materia de recursos contractuales al TACRC, convenio que se formalizó con fecha 28 de noviembre de 2012.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, se encargará de resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación que se interpongan en el sector público autonómico. Las corporaciones locales y las universidades públicas, si bien podrán crear sus propios órganos, tendrán la posibilidad de atribuir sus competencias a este Tribunal mediante la firma de los correspondientes convenios. Asimismo, el Parlamento de Canarias, junto con sus instituciones y entidades dependientes, también podrá solicitar su adhesión[6]. El Tribunal tiene carácter unipersonal, aunque podrá transformarse en colegiado si el volumen de asuntos así lo requiere. Su titular será elegido por un período de cinco años entre funcionarios de carrera licenciados o graduados en Derecho.

La Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración de Galicia, modifica la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, para introducir en esta norma, que reúne todos los preceptos legales en materia de contratación pública de Galicia, la creación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia[7]. Es un órgano administrativo colegiado y especializado, compuesto, como mínimo, por un presidente y dos vocales. Uno de los vocales ejercerá las funciones de secretario y será elegido mediante acuerdo del propio Tribunal. El presidente del Tribunal deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el

6. Ha creado su propio Tribunal el Cabildo de Gran Canaria, mientras que los Cabildos de Tenerife, El Hierro, y La Gomera han convenido con el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

7. El artículo 36 de la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas autorizo la creación de un órgano para la resolución de recursos en materia de contratación sin que se llegara a crear.

título de licenciado o grado en derecho y que hubiese desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años, y se valorará su experiencia profesional en el ámbito de la contratación pública. Podrán ser designados vocales los funcionarios de carrera que cuenten con título de licenciado o grado en derecho y que hubiesen desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años, valorando su experiencia profesional en el ámbito de la contratación pública. El Consejo de la Xunta de Galicia podrá incrementar el número de vocales que tengan que integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia no había llegado a constituirse a fines de 2015, y seguía conociendo de los recursos contractuales el TACRC en virtud del convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y la Comunidad Autónoma de Galicia, de 7 de noviembre de 2013, sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura se crea por Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, que deja sin efecto lo dispuesto en la disposición adicional quinta de la Ley 6/2011, de 23 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura que atribuía el conocimiento de los asuntos al TACRC.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura ejercerá sus competencias en el ámbito del sector público autonómico y en las entidades locales de su ámbito territorial. La Asamblea de Extremadura podrá acudir al Tribunal, previa celebración del correspondiente convenio, encomendándole la tramitación y resolución de los recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionales y cuestiones de nulidad de los actos.

El Tribunal se adscribe al Consejo Consultivo de Extremadura, si bien actuará con separación de sus funciones respecto de las que corresponden al Consejo Consultivo y con plena independencia del resto de sus órganos, ejerciendo las funciones y dictando las resoluciones que correspondan. Está integrado por el Presidente del Consejo Consultivo de Extremadura, que actuará como Presidente del órgano, y tantos Vocales como Consejeros del Consejo Consultivo. Estará asistido por un Secretario, con voz, pero sin voto, que será el Letrado-Secretario General del Consejo Consultivo de Extremadura.

Por Acuerdo del Pleno del Consejo Consultivo de Extremadura, de 14 de mayo de 2015, se constituyó el Tribunal.

En resumen, han estado pues en funcionamiento durante 2015, el Tribunal de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura.

Mantienen convenios de atribución de competencias al TACRC, las Comunidades Autónomas de La Rioja (BOE 18/08/12), Castilla-La Mancha (BOE 02/11/12), Murcia (BOE 21/11/12, prorroga en BOE 11/11/15), Cantabria (BOE 13/11/12), Islas Baleares (BOE 19/12/12), Comunidad Valenciana (BOE 17/04/13), Asturias (BOE 20/10/13), Galicia (BOE 25/11/13), y las Ciudades Autónomas de Melilla (BOE 09/08/12) y Ceuta (BOE 17/04/13).

Por tanto, todas las Comunidades y Ciudades Autónomas tienen expresamente atribuidas las competencias en materia de recursos contractuales, y ha quedado cerrado el sistema, sin que sea necesario aplicar el régimen supletorio que establece la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010[8].

No se ha asumido el criterio del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Publicas (CORA) de 2013, que incluyó, entre las medidas con incidencia en la organización pública, la centralización en el TACRC de la resolución de los recursos especiales para los contratos de ámbito autonómico y local (medida 1.04.006). El informe consideraba que la centralización en el TACRC generaría economías de escala y una mayor eficiencia en la gestión de los recursos públicos. Sin embargo, las Comunidades Autónomas, y en algunos casos los propios tribunales, defendieron que los costes serían mayores, además de que podría perderse en eficacia y que finalmente, lo único que se conseguiría sería una recentralización[9].

8. Sobre esta cuestión, *vid.* la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre la interpretación del régimen contenido dentro de la disposición transitoria séptima, norma d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (antes disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010), publicada en el BOE de 10 de abril de 2012.

9. Sobre este tema *vid.* Vázquez Matilla, J.: «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2013» en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos* 2013, Aranzadi, Cizur mayor, 2014.

Por su parte, en el ámbito de las entidades locales, la competencia para resolver los recursos deben establecerla las normas de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando esta tenga atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. Lo ordinario ha venido siendo que los órganos autonómicos creados asuman la competencia para resolver los recursos en materia de contratación y cuestiones de nulidad interpuestos contra actos de las corporaciones locales que tengan su sede en su territorio. Así sucede en Aragón, Madrid, Cataluña, Castilla y León, Navarra y Extremadura, y esa es, además, la regla a seguir en el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, según se desprende del artículo 41.4 TRLCSP.

El País Vasco, Andalucía y Canarias, no siguen esa regla general. En el País Vasco, si bien el ámbito en el que el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales ejercerá su función comprende a las administraciones locales integradas en el territorio de dicha Comunidad, existen dos excepciones. La primera, la de aquellos municipios de más de 50.000 habitantes que hayan creado su propio órgano competente para la resolución de los recursos de su ámbito local y sector público respectivo, y la segunda los recursos planteados contra contratos de las Diputaciones Forales, que de conformidad con el art. 3.2.g TRLCSP (antes Disposición adicional trigésimo tercera de la LCSP), deben ajustar su contratación a las normas establecidas en dicha Ley para las Administraciones públicas. Disposición esta última que ha sido interpretada en el sentido de considerar necesaria la creación en el seno de las mismas, de un órgano administrativo encargado de la resolución de recursos en materia de contratos públicos[10].

En Andalucía, según el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, se reconoce la posibilidad de que, en el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, se atribuya a órganos de las propias entidades locales, que deberán actuar con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía[11]. El mismo precepto establece la posi-

10. Así, la provincia de Álava, mediante Decreto Foral 44/2010, de 28 de septiembre, aprobó la creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales; la de Guipúzcoa, mediante Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, la creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, y la de Vizcaya, mediante Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, la creación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales.

11. Acogiéndose a tal posibilidad, se han creado el Tribunal Administrativo de Contra-

bilidad de que, de conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1.c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales puedan corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales[12].

Desde la doctrina se ha manifestado que no parece conveniente una proliferación excesiva de órganos encargados de la resolución del recurso, más allá del nivel estatal y autonómico. También el TACRC y sus homólogos autonómicos alertaron en la Memoria del «I encuentro de coordinación entre los órganos de recurso especial en materia de contratación pública» que tuvo lugar en diciembre de 2012, de que una excesiva proliferación de estos órganos puede condicionar la imparcialidad y eficacia características del recurso, y proponían que en una nueva regulación legal se incorporara la ordenación de la planta de los órganos encargados de los recursos contractuales, de manera limitativa[13].

En cuanto a los tribunales ya existentes, debemos destacar que siguen produciéndose modificaciones organizativas con la finalidad de completar el diseño de estos órganos, pues en muchos casos sus normas de creación optaron por una composición sencilla y abierta –criterio de pruden-

tación Pública de la Diputación de Granada, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Cádiz, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Jaén, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Huelva, y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Málaga. Estos Tribunales han asumido mediante convenio la resolución de los recursos especiales de algunas localidades de su territorio. Aun así, se han creado también órganos de recursos contractuales a nivel municipal, como ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, cabe citar al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga, y Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Huelva.

12. No obstante, el artículo 10 del citado Decreto 332/2011, se modificó en virtud del Decreto 120/2014, de 1 de agosto, de tal forma que, en caso de que las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, no hayan creado un órgano propio, ni encomendado su resolución a un órgano especializado creado a nivel provincial, el Tribunal autonómico será directamente competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades, así como de sus poderes adjudicadores sin necesidad de suscribir un convenio.

13. Transparencia Internacional España en su documento Propuestas electorales a los partidos políticos sobre Transparencia y prevención de la corrupción, incluye entre las medidas orientadas a mejorar los mecanismos de control, como estrategia para prevenir la corrupción: «*Diseñar una planta «cerrada» de tribunales administrativos (no puede extenderse a entidades locales) que haga que se cumpla su nota de independencia y pueda cumplir su finalidad control rápido (la experiencia práctica, hasta la fecha, avala este propuesta)*».

cia que debe ser valorado positivamente–, y la experiencia y el éxito en la implantación del sistema de recursos contractuales, ha hecho necesarias adaptaciones posteriores[14].

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía comenzó a funcionar colegiadamente en 2015. Su norma de creación, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, lo configura como un órgano colegiado, pero la disposición transitoria segunda prevé que inicie su funcionamiento como órgano unipersonal, y que su puesta en funcionamiento como órgano colegiado se produzca cuando el volumen o la especificidad de los asuntos así lo aconsejen. Por ello, inició su funcionamiento como órgano unipersonal y fue el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, el que acordó la puesta en funcionamiento del órgano como colegiado, si bien no es hasta el año 2015 cuando empieza a funcionar como tal, cuando por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 13 de enero de 2015, se nombraron vocales.

En el ámbito del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público la Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas creó la tasa por la realización de actividades que son competencia del Tribunal. La aplicación de una tasa por la interposición de un recurso, reclamación o cuestión de nulidad sobre un procedimiento de contratación no es nueva, aunque no es una práctica generalizada, también el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la aplica.

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, incorpora nuevas disposiciones sobre la constitución, composición y régimen jurídico del TACRC. Se regula la Secretaria General como órgano de asistencia, en su doble vertiente de tramitación de los procedimientos y de jefatura de la oficina del TACRC, y los convenios de atribución de competencias por las Comunidades Autónomas, y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Por ultimo debemos reseñar que al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se le han atribuido por Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo, la resolución de las reclamaciones de acceso a la información previstas en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. También se le encomienda, la

14. Así, a modo de ejemplo los tribunales de Cataluña y Andalucía han pasado de ser órganos unipersonales a colegiados.

incoación e instrucción de expedientes sancionadores frente a infracciones en materia de buen gobierno que cometan los altos cargos de la Comunidad de Madrid. La Ley entró en vigor el día 31 de diciembre de 2015.

II. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA SU RESOLUCIÓN

Durante 2015, dos han sido las novedades normativas que han afectado al recurso especial en materia de contratación: la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y 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.

1. LEY 2/2015, DE 30 DE MARZO, DE DESINDEXACIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

La disposición final tercera de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, modifica el apartado 5 del artículo 47 TRLCSP, relativo a la imposición de multas. En concreto, suprime el inciso que remitía para la actualización de las cuantías a la aplicación del Índice de Precios al Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística. La redacción resultante es la siguiente:

«5. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de esta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial».

2. 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

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, tiene un doble alcance. Por un lado, desarrolla la regulación del procedimiento del recurso especial en materia de contratación contenida en el TRLCSP, de las reclamaciones de la Ley 31/2007, de sectores especiales, así como de las cuestiones de nulidad reguladas en ambas leyes, estableciendo normas de actuación más precisas y concretas, y como indica la Exposición de motivos, intenta resolver los problemas surgidos, a la luz de la experiencia de estos años de aplicación del recurso.

Por otro lado, incorpora nuevas disposiciones sobre la composición del TACRC, que ya han sido mencionadas en el apartado I de este trabajo, y regula la obligatoriedad del uso de medios electrónicos en la tramitación del procedimiento de recurso ante el mismo, para lo que recoge las normas de mayor entidad jurídica que hagan posible la misma.

Con respecto del procedimiento de recurso, son objeto de regulación, en términos más detallados que los establecidos en el TRLCSP, la mayoría de sus trámites, entre ellos, las medidas provisionales, las causas de inadmisión, el cómputo de los plazos para la interposición del recurso según el acto que sea objeto del mismo, la práctica de la prueba, y las sanciones por interposición del recurso con mala fe o temeridad. Destaca la posibilidad de acordar la indemnización de daños y perjuicios, permitiendo que, a través de esta vía, se pueda establecer la correspondiente compensación económica a las partes por las costas en que hubieran tenido que incurrir como consecuencia de la interposición del recurso.

La disposición final primera otorga carácter básico a las disposiciones del Reglamento, a excepción de algunos de sus preceptos. Y lo hace al amparo del artículo 149.1.18.ª CE que atribuye al Estado la competencia para dictar la legislación básica sobre contratos administrativos, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

No tienen carácter básico, el artículo 1, letras a) y c); el artículo 2, apartado 1; 3 a 10; y 12; los dos últimos párrafos del artículo 34; el artículo 37; el capítulo IV dedicado a la utilización de medios electrónicos por el TACRC; las disposiciones adicionales segunda y tercera; disposición transitoria segunda; y disposición final tercera.

Dada la amplitud de los aspectos que tienen consideración de normativa básica, la disposición adicional primera del Reglamento establece la adaptación a los órganos de las Comunidades Autónomas de las menciones que en la normativa de carácter básico se hacen al TACRC, así como a la Secretaría General del mismo, o a cualesquiera otros órganos de la Administración General del Estado, y a la normativa que los regula.

El Reglamento entró en vigor al mes de su publicación en el BOE, esto es, el 25 de octubre de 2015.

El Capítulo III del Reglamento (artículos 12 a 37) regula de forma muy detallada aspectos de la tramitación de los recursos y reclamaciones: la lengua del procedimiento; la acumulación de recursos; las comunicaciones y notificaciones; el régimen del silencio administrativo; el acceso al expediente de contratación y las consecuencias de su denegación; el plazo de interposición en casos específicos; el lugar de presentación; los requisitos de admisión; los supuestos especiales de legitimación; las medidas provisionales; y un sistema de garantías para responder de los daños que pudiesen derivarse de la adopción de las medidas provisionales. En definitiva, es una pormenorizada regulación de todo el procedimiento, incluida la ejecución de las resoluciones. Estas normas son en su práctica totalidad aplicables por los tribunales encargados de la resolución del recurso especial, salvo las referentes a la lengua del procedimiento (artículo 12), la forma de realizar los emplazamientos ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 34 párrafos segundo y tercero), y el régimen de cancelación, devolución y ejecución de garantías (artículo 37).

El Reglamento recoge, en gran parte, la doctrina que han ido sentando los órganos encargados de la resolución del recurso especial en cuestiones procedimentales, pero también altera o matiza algunos criterios que habían sostenido dichos órganos. Y en este sentido, cabe destacar como alguno de ellos, con el objetivo de lograr la máxima seguridad jurídica, han clarificado como ha afectado el Reglamento a su doctrina. Así, la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid dictó la «Resolución 2/2015, de 16 de octubre, por la que se dispone dar publicidad a los criterios doctrinales afectados por la entrada en vigor del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre»[15].

Entrando en el análisis de los principales aspectos de la nueva regulación, y aunque con carácter general solo abordaremos los preceptos que son normativa básica, nos tenemos que detener en el artículo 12, que se refiere a la lengua de los procedimientos que competen al TACRC, pues si bien carece de carácter básico, las reglas que regulan la eficacia de la presentación de documentos en lenguas extranjeras, podrán ser tenidas en

15. Disponible en: *http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DResolucion_Presidenta_2-2015+-+REGLAMENTO.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352893750284&ssbinary=true*.

cuenta por el resto de los órganos competentes para conocer del recurso especial[16]. Exige este artículo, que los escritos y documentos que presenten los interesados estén redactados en castellano. Si lo están en alguna de las lenguas cooficiales, deberán presentarse acompañados de la traducción al castellano, siendo esté un defecto subsanable. Sin embargo, la presentación de escritos y documentos redactados en lenguas extranjeras, no producirá ningún efecto si no van acompañados de la correspondiente traducción al castellano con los requisitos legalmente exigibles.

El artículo 13, plasma normativamente, la práctica de los órganos de recurso respecto de la acumulación de recursos, al amparo de las normas generales sobre procedimiento administrativo. Admite la acumulación en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio, como a solicitud del recurrente, o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento. Contra el acuerdo de acumulación o contra el de su denegación, que deberán ser motivados, no cabrá la interposición de recurso alguno.

El artículo 14 se refiere a las comunicaciones y a las notificaciones, dando preferencia a las realizadas por medios electrónicos pues como la propia Exposición de motivos argumenta, las notificaciones electrónicas son de gran utilidad para dar cumplimiento a los plazos brevísimos de tramitación del procedimiento de recurso. Las comunicaciones, y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos y los órganos de contratación, se harán por medios electrónicos, salvo en aquellos casos en que el órgano de contratación carezca de los medios adecuados para ello. Las notificaciones a los recurrentes y demás interesados intervinientes en los procedimientos de recurso se harán por los medios establecidos en la normativa sobre procedimiento administrativo[17]. En todo caso, cuando el recurrente y los demás interesados hubiesen admitido las notificaciones por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en el caso de que hubiesen intervenido en él, o bien cuando

16. La Resolución 2/2015, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dispone que tales criterios serán aplicados de forma supletoria por el Tribunal, concretando que serán de especial utilidad en los casos en que se aporten como medios de prueba, información o fichas técnicas de productos objeto de contratos de suministro, en que si bien los conocimientos de los miembros del Tribunal permitirían su comprensión, lo cierto es que se carece del aval técnico que exige la seguridad jurídica para hacerlas valer como medio de prueba.
17. La referencia del Reglamento a la LRJPA, deberá entenderse hecha a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, una vez que esta entre en vigor el 2 de octubre de 2016.

lo solicitaran en el procedimiento de resolución del recurso, las notificaciones se les efectuarán por estos medios.

El TRLCSP, en su versión vigente después de la modificación operada por la Ley 34/2010, no establece ninguna regla respecto del silencio administrativo[18], lo que daba lugar a dudas sobre si era preciso acudir al régimen general del silencio previsto en la LRJPA para poder interponer recurso contencioso-administrativo ante la falta de resolución expresa del recurso especial. El artículo 15 del Reglamento cubre esta laguna, al disponer que transcurridos dos meses contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo.

Una de las principales novedades en la tramitación del procedimiento, es la regulación en el artículo 16 del acceso al expediente de contratación por parte de los interesados. Es esta una cuestión de mucha importancia, en cuanto que es garantía del derecho al recurso. Como afirmó el TACRC en la Resolución 47/2013, aunque no se reconoce en la fase de adjudicación un «derecho de acceso al expediente mediante la solicitud de vista ni de copias al mismo», esta es la forma más adecuada de conseguir que el posible recurrente disponga de la información necesaria para ello. La nueva regulación introduce unas reglas respecto del cómputo del plazo para la interposición del recurso especial que afecta a la doctrina emanada al respecto por algunos Tribunales[19].

Si el interesado desea examinar el expediente de contratación, de forma previa a la interposición del recurso especial, debe solicitarlo al órgano de contratación. La solicitud de acceso se puede presentar dentro del plazo de interposición del recurso especial, en ese caso, el órgano de contratación deberá poner de manifiesto el expediente en los cinco días

18. La LCSP antes de su modificación por la Ley 34/2010, sí regulaba el silencio administrativo. En el artículo 37.9, establecía que transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se hubiera notificado su resolución, el interesado podía considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo.

19. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, en los casos en que solicitándose acceso al expediente por el recurrente, el mismo se concedía una vez transcurrido parte del plazo de 15 días para la interposición del recurso especial, venía considerando, con el objeto de evitar la indefensión a los interesados, que el plazo para la interposición del recurso quedaba interrumpido durante el tiempo que mediara entre la solicitud de acceso al expediente y la fecha en que el acceso tuviera lugar (Resolución 147/2015).

hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, sin perjuicio de los límites de confidencialidad[20] establecidos en los artículos 140 y 153 TRLCSP.

El incumplimiento por el órgano de contratación de su obligación de dar acceso, no exime a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP. Ahora bien, en el escrito de interposición del recurso podrá hacerlo constar y según dispone el artículo 29.4 del Reglamento, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación, en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso. Y en ese caso, concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente, y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones[21].

El artículo 17 recoge la doctrina de los órganos de recurso, respecto de la falta de anuncio previo al órgano de contratación que exige el artículo 44.1 TRLCSP, trámite que han venido considerando subsanado, de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, por la interposición del recurso, ante el órgano de contratación (Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 1/2011; Resolución Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid 40/2011; Resolución TACRC 232/2011)[22].

---

20. El Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 10/2015, siguiendo el criterio del Informe 15/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, considera secretos técnicos o comerciales, las propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias.

21. La Resolución 2/2015 de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid dice sobre este precepto: «*En el caso en que los interesados en presentar un recurso precisen del acceso al expediente administrativo deberán solicitar dicho acceso dentro del plazo de 15 días previsto para su interposición, y a su vez el órgano de contratación deberá conceder el acceso en el plazo de 5 días. Ello puede determinar, dado lo exiguo de los plazos, que cuando se acceda al expediente, aun de haberse solicitado y concedido diligentemente y en plazo dicho acceso, se haya agotado gran parte del plazo de interposición. Sin embargo, esta circunstancia no permite suspender su cómputo*».

22. Sin embargo el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid advirtió en la Memoria 2012: «Así a juicio del Tribunal en este caso la falta de comunicación previa, sería causa de inadmisión, únicamente en los casos de impugnación de la adjudicación, cuando habiéndose interpuesto el recurso el último día del plazo establecido para ello, dicha falta de comunicación hubiera determinado que el órgano de contratación hubiera procedido a formalizar el contrato, situación esta que muy escasamente se va a dar, ya que el Tribunal debe comunicar al órgano de con-

Sin embargo, no se ha acogido, la propuesta de los tribunales administrativos de supresión de este trámite, tal y como se recogió en la «Memoria del I encuentro de coordinación entre los órganos de recurso especial en materia de contratación pública»[23].

El artículo 18, que establece el lugar de presentación del recurso especial y las cuestiones de nulidad, no implica ninguna novedad en tanto en cuanto recoge las previsiones del TRLCSP y de la Ley 31/2007, de sectores especiales. Sin embargo, confirma el criterio de los tribunales administrativos que no han considerado aplicable de forma subsidiaria del artículo 38.4 LRJPA, aunque admiten el recurso presentado en un lugar distinto a los indicados por el art. 44.3 TRLCSP, si tiene entrada en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso, aunque sea en formato electrónico, antes de que finalice el plazo para su interposición[24]. Dice el artículo 18:

---

tratación la interposición del recurso el mismo día en que este se hubiera presentado, suspendiéndose el procedimiento automáticamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP».

23. Argumentan: «*Dado que la finalidad del mismo es prevenir al órgano de contratación de la impugnación de algún acto del procedimiento de adjudicación con el fin de evitar que se continúe con una tramitación del procedimiento que pudiera dar lugar a situaciones de ilegalidad consolidadas, y el procedimiento de recurso establece como especialidad la obligación de presentar el mismo exclusivamente bien ante el órgano de contratación bien ante el órgano encargado de resolverlo para evitar la formalización del contrato, cuando el recurso se interpone ante el órgano de contratación con la presentación del recurso dentro de plazo este ya conoce su existencia y, en su caso, los efectos suspensivos automáticos que lleva aparejados. Cuando la interposición se hace ante el órgano encargado de resolver el recurso, los plazos breves de resolución del mismo y la obligación de ponerlo en conocimiento del órgano de contratación, que normalmente se hace el mismo día de su recepción por medios electrónicos, cumple la misma función preventiva, lo que demuestra su innecesaridad*».

24. Por todos: Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 3/2011, Resolución TACRC 43/2011, y Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid 63/2011. No quedó afectado ese criterio por la Sentencia 3295/2013 del Tribunal Supremo sobre la presentación del recurso por correo, en la que aplicando lo dispuesto en el artículo 37.6 de la LCSP, considera que no hay extemporaneidad en el recurso especial si el mismo se presenta en plazo en la oficina de correos. En las conclusiones de la Segunda Reunión de coordinación de los órganos de recurso especial en materia de contratación pública, se entiende que puede seguir aplicándose el criterio general adoptado por los propios Tribunales de recursos contractuales, en el sentido de que ha de estarse a la fecha de presentación del recurso en el registro del órgano de contratación o en el registro del órgano encargado de resolverlo, para determinar si aquel se ha interpuesto en plazo. Los asistentes consideran que la norma aplicable al supuesto analizado por la sentencia fue la LCSP antes de su modificación por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En cambio, tras la reforma operada por esta última norma, se incorpora ya el término «necesariamente» a la presentación del recurso en cualquiera de los dos registros anteriores, lo que hace más patente la exigencia de su interposición en plazo atendiendo

«El recurso especial en materia de contratación y las cuestiones de nulidad al amparo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público solo podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlos. La reclamación del artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y las cuestiones de nulidad al amparo de la Ley citada solo podrán presentarse en el registro del órgano administrativo competente para resolverlas.

La presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior no interrumpirá el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda.

No obstante, cuando en el mismo día de la presentación se remita al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación en su caso copia del escrito en formato electrónico, se considerará como fecha de entrada del mismo, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia».

El artículo 44 TRLCSP regula algunos supuestos específicos sobre los plazos de interposición. El artículo 19 del Reglamento se refiere también a ellos. Precisa que cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el DOUE, salvo que la ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que esta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente, desde el día siguiente a la fecha de publicación en el BOE, o en el diario o boletín oficial, autonómico o provincial, según proceda.

Pero la principal novedad es la relativa al *dies a quo* del cómputo del plazo cuando el acto recurrido fueran los pliegos o demás documentos contractuales, aspecto sobre el que los tribunales han mantenido criterios distintos cuando se ponían a disposición por medios electrónicos. El apartado 2 del artículo 19, establece distintas posibilidades que no zanjan con claridad las dudas en esta materia. El cómputo del plazo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido. En caso contra-

exclusivamente a la fecha de entrada del recurso en cualquiera de aquellos dos registros.

rio, el cómputo comenzará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los interesados para su conocimiento. En este último caso, cuando dichos documentos hayan sido puestos a disposición de los interesados solamente por medios electrónicos, se presume como fecha inicial del cómputo, aquella en que concluya el plazo para la presentación de proposiciones, salvo que hubiese constancia de que fueron conocidos con anterioridad a dicha fecha. Cuando no se hubieran puesto a disposición de los interesados por medios electrónicos el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a aquel en se hayan entregado al recurrente[25].

El apartado 3 del artículo 19 confirma la doctrina de los tribunales administrativos en el caso de que el acto recurrido sea la exclusión del licitador. Si dicho acto se notifica de forma autónoma y con todos los requisitos legales para ello, el plazo comenzará a computarse a partir de la recepción de la notificación de dicho acto[26].

El régimen de plazos cuando el acto recurrido sea la adjudicación del contrato, no varía. Será el momento de la remisión de la notificación, que no la recepción, el hito inicial del cómputo del plazo, como así había venido siendo admitido por los tribunales administrativos[27], pero se precisa que cuando resulte acreditada la imposibilidad de que el interesado haya recibido la notificación del acuerdo de adjudicación antes de transcurridos quince días hábiles desde su remisión, el plazo para la interposición del recurso comenzará a contar a partir de la fecha en que efectivamente la hubiera recibido[28].

Por último, debe señalarse que el Reglamento recoge la doctrina de los

25. Esta cuestión se analiza con detalle en el apartado IV.4.2 de este trabajo.
26. El Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 89/2015, recuerda que: «*existen dos posibilidades de recurso; frente al acto de exclusión, como acto de trámite cualificado, y frente al acto de adjudicación. Pero ambas posibilidades, con carácter general, no son acumulativas, sino de carácter subsidiario, a fin de impedir una «doble acción». Es esta la postura unánime de los Tribunales administrativos de recursos contractuales al respecto (entre otras, Resoluciones 50 y 107/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y Resoluciones 77 y 100/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid)*».
27. *Vid*. M. A. Bernal Blay, «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011» *en Observatorio de contratos públicos 2010.*
28. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid había venido sosteniendo una doctrina más flexible, considerando que en los casos en que entre la remisión y la recepción hubiera transcurrido un lapso temporal que de forma injustificada restara gran parte del plazo legalmente previsto para la interposición del recurso, se tendría en cuenta la fecha de recepción. Con la nueva regulación debe haberse agotado el plazo para la interposición del recurso entre la remisión y su recepción. Esta concreción dota de mayor seguridad jurídica al sistema, pero puede

tribunales administrativos sobre el cómputo del plazo en el caso de notificaciones ineficaces y en el caso de defectos de motivación en la misma, con diferentes efectos en cada caso. Así en el caso de notificaciones ineficaces por no contener los requisitos del artículo 58.2 LRJPA[29], el plazo comienza a computarse desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación, o interponga cualquier recurso, mientras que en el caso de falta de motivación es necesario interponer recurso dentro de plazo basado en esta circunstancia[30]. En las notificaciones practicadas por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, se considerará que la remisión se realiza en la fecha en la que se ha producido el envío.

El Reglamento dedica el artículo 20 a la presentación de originales y copias, y el artículo 21 a los efectos de la interposición del recurso. Sobre esta última cuestión, el Reglamento viene a modular el efecto suspensivo que de forma automática conlleva el recurso contra la adjudicación, pues dispone la revisión de oficio en el plazo de 30 días, de la suspensión, pudiendo dejarla sin efecto si concurren nuevas circunstancias que lo requieran. En los procedimientos de contratación por lotes, cuando el recurso se interponga respecto a la adjudicación de lotes concretos, la suspensión solo afectará a los lotes que sean objeto de impugnación.

El artículo 22 regula como novedad los requisitos de admisión, recogiendo a *sensu contrario* algunos de los supuestos de inadmisión que vienen aplicando los tribunales administrativos, ya que el TRLCSP no contiene un régimen de inadmisión. Cabe entender, sin embargo, que existen otras causas de inadmisibilidad distintas a las contempladas en este artículo 22, como podría ser el supuesto de la presencia del efecto de cosa juzgada[31], o la falta del documento que acredite el cumplimiento de los

---

llevar a situaciones injustas si la recepción se produce estando próximo a expirar el plazo de interposición.

29. Referencia que habrá que entender hecha al artículo 40.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas cuando entre en vigor esta Ley el próximo 2 de octubre de 2016.

30. Sobre esta cuestión los tribunales han seguido criterios diversos. En la Resolución 86/2012 del TACRC y en el Acuerdo 5/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se señala que el plazo para le interposición del recurso frente a la adjudicación no comenzará a computarse hasta el momento en que se cumpla de forma correcta, desde un punto de vista formal y también material, con todas las exigencias contenidas en el artículo 151.4 TRLCSP. Sin embargo, más recientemente el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha mantenido una doctrina similar a lo ahora establecido en el artículo 19 del Reglamento (entre otras en la Resolución 61/2013).

31. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid la considera como causa de inadmisión (Resolución 31/2011).

requisitos exigidos a las personas jurídicas para entablar acciones cuando actúen en defensa de intereses colectivos de sus asociados[32].

También es novedad y asume criterios fijados por la doctrina, la regulación de los casos especiales de legitimación en el artículo 24. Reconoce legitimación a las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna, pero exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados, a cualquiera de las empresas que concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas, y a los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados. Respecto de las empresas firmantes de un compromiso de unión temporal cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Si alguna de las empresas firmantes del compromiso no deseara interponer el recurso, podrá ponerlo de manifiesto al Tribunal en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. En tal caso, no se le tendrá por comparecida, y no le resultará exigible la multa por temeridad o mala fe que pueda imponer el Tribunal.

32. La Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución 2/2015, argumenta que la exigencia de este documento deriva de la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 45 de la LJCA, aun cuando el artículo 32 de la LRJPA, aplicable por disposición expresa del artículo 46 TRLCSP, no contiene una referencia expresa a tal efecto: «*Ello en primer lugar, porque de acuerdo con la jurisprudencia, la legitimación reconocida en vía administrativa (como sería en el caso del recurso especial), se prolonga envía contencioso administrativa donde sí se exige el Acuerdo para recurrir, de manera que la falta de requerimiento del acuerdo en vía administrativa implica la aceptación de la legitimación en vía jurisdiccional donde ya no se podrá oponer como causa de inadmisión.*
En segundo lugar debe tenerse en cuenta la posible existencia de conflicto de intereses en entidades como las personas jurídicas creadas en defensa de los intereses colectivos, como son las los Sindicatos, Federaciones o Asociaciones de empresas de determinado sector –no cabe olvidar que nos encontramos ante un procedimiento de concurrencia competitiva donde los miembros de las Asociaciones representativas a su vez pueden ser licitadores potenciales en las licitaciones de su ámbito de actividad en competencia unos con otros–.
A pesar de que en el artículo 44.5 no se exige la aportación del acuerdo para recurrir, como el artículo 22 no está redactado en sentido negativo, esto es no establece causas de inadmisibilidad que deberían contemplarse con criterio restrictivo en virtud del principio favor acti, sino que establece los requisitos de admisibilidad y en concreto en su apartado 6 los atinentes a los documentos enumerados en el artículo 44.5, cabe mantener la exigencia del Acuerdo por los motivos indicados y con los efectos que su falta de cumplimentación debe llevar consigo. Abona esta interpretación lo dispuesto en el artículo 24.3 del propio Reglamento cuando residencia entre los casos especiales de legitimación, las personas jurídicas a que venimos haciendo referencia, que deberán acreditar su legitimación, se entiende que por medio de sus estatutos y del Acuerdo para recurrir».

Los artículos 25 a 27 se refieren a las medidas provisionales. Resulta novedoso que los tribunales administrativos puedan adoptar medidas provisionales, no solo a instancia de parte como se establece en el TRLCSP, sino también de oficio, para lo que se instrumenta un procedimiento con audiencia al órgano de contratación por un plazo de dos días hábiles, y la posibilidad de revocar las medidas provisionales adoptadas.

El artículo 26 determina la cuantía y forma de la garantía a constituir para responder de los daños que pudieran derivarse de la adopción de medidas provisionales, bien para el órgano de contratación o para los restantes licitadores, en desarrollo del artículo 43.3 TRLCSP. Señala en su apartado segundo:

«En tal caso, en el mismo acuerdo en que la adopte fijará el importe de la garantía y el plazo para constituirla, que no podrá exceder de diez días hábiles.

El importe de la garantía se fijará en el cinco por ciento del presupuesto de licitación del contrato si no se hubiera procedido aún a la adjudicación y del importe de esta en caso contrario, salvo que entienda justificadamente que la responsabilidad en que el solicitante de la medida provisional pueda incurrir alcanzará previsiblemente una cuantía inferior o superior. Si se tratara de un procedimiento de adjudicación en el que no exista presupuesto de licitación o de adjudicación, el Tribunal fijará el importe de la garantía, exclusivamente, en base a la estimación que haga de los posibles daños.

En todo caso, para el cálculo del importe de la garantía no se tendrá en consideración la cuota correspondiente del impuesto sobre el valor añadido».

En el artículo 27, el Reglamento regula la forma de constituir las garantías y aplica la formula general de que contra las resoluciones de los tribunales de contratación en relación con las garantías no cabra recurso alguno.

A la instrucción del procedimiento se refieren los artículos 28 a 30 del Reglamento. Sobre la remisión del expediente administrativo, que no estaba regulada hasta ahora, la principal novedad es la regulación de un incidente en el caso de que el expediente no se remita en plazo el órgano de contratación, previendo que tras una segunda reclamación sin ser atendida deberá darse trámite a la recurrente para que alegue sobre la omisión y aporte los documentos que considere pertinentes, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar. Respecto de la práctica de la prueba cabe destacar que el Tribunal, en cualquier momento anterior a la resolución del recurso, podrá acordar la práctica de la prueba, pero ello no implica que la denegación de la misma deba hacerse con carácter autónomo respecto de la resolución final del recurso. Contra las resolu-

ciones que se emitan en relación con la práctica de prueba no cabe recurso alguno, salvo la posibilidad de aducir su denegación como fundamento del recurso contencioso-administrativo.

El Reglamento dedica los artículos 31 a 33 a la resolución del recurso o cuestión de nulidad, precisando algunos aspectos. Resulta relevante el artículo 32 en cuanto permite expresamente la aclaración de las resoluciones o su rectificación en caso de existencia de errores materiales[33].

La resolución deberá contemplar cuando proceda la indemnización al recurrente por los daños y perjuicios que le haya ocasionado la infracción legal que ha dado lugar al recurso tal y como establece el artículo 47.3 TRLCSP, y sobre la imposición de multas en caso de temeridad o mala fe (apartado 5 del mismo artículo 47).

El artículo 31 del Reglamento precisa que la imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hayan desestimado totalmente sus pretensiones. Y el artículo 33 incluye entre los daños susceptibles de ser indemnizados, además de los ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación a los que se refiere el artículo 48 TRLCSP, los originados por la intervención en el procedimiento de recurso incluidos los derivados de la práctica de prueba.

Los artículos 34 a 37 se refieren a los actos posteriores a la resolución, en especial a su ejecución, y a la cancelación, devolución y ejecución de garantías. La novedad más relevante es la posibilidad de plantear incidentes en la ejecución de las resoluciones, que no está incluida en el TRLCSP.

Como se ha expuesto, el Reglamento dispone en el Capítulo IV la obligatoriedad de que los procedimientos ante el TACRC se desarrollen por medios electrónicos. Para las notificaciones que debe realizar el TACRC, se ha optado por el sistema de dirección electrónica habilitada regulado en la Orden PRE/878/2010, de 5 de abril. De esta forma, todos los obligados a ser notificados por vía electrónica, saben que en la dirección electrónica que ya tienen habilitada para recibir comunicaciones y notificaciones administrativas, recibirán a partir de ahora las que se les envíen como consecuencia de la interposición de un recurso, reclamación o cuestión de nulidad. En la disposición transitoria segunda se contempla el momento en que las normas del Capítulo IV entraran en vigor.

33. Lo que viene a ratificar la práctica que se admitía con carácter general por los tribunales, entre otros cabe citar el Acuerdo 51/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón y la Resolución 51/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid.

Finalmente hay que hacer referencia a la interesantísima norma que recoge la disposición adicional tercera en relación con el sector público estatal:

«Los órganos de contratación del sector público estatal deberán publicar en su perfil de contratante, residenciado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y con referencia a cada uno de los procedimientos de contratación convocados, la interposición de recurso especial en materia de contratación contra alguno de los actos del procedimiento, la suspensión acordada, en su caso, y la resolución que se dicte en el mismo.

La Plataforma de Contratación del Sector Público proporcionará al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, previa solicitud de este, los datos que hagan referencia a la acreditación fehaciente de las publicaciones o notificaciones que se hayan operado en la Plataforma, sus fechas y, en su caso, las modificaciones de las mismas.

En razón de las posibilidades técnicas y funcionales de la Plataforma de Contratación del Sector Público y de las necesidades del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales podrá preverse la publicación en la primera de aquella de información generada por el Tribunal cuya difusión a través de ella pueda resultar de utilidad».

Cabe plantearse si no hubiera sido conveniente extender la aplicación de este precepto a todos los órganos que conocen del recurso especial, atendiendo a lo relevante que resulta desde la perspectiva de la transparencia del procedimiento.

III. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS ESTADÍSTICO SOBRE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2015

Antes de abordar el análisis de la doctrina de los órganos de recursos contractuales, procede realizar una serie de consideraciones sobre la actividad que dichos órganos han desarrollado en 2015. Podemos avanzar que hay dos principios que se reflejan en la actuación general de estos órganos, que resulta necesario resaltar: la transparencia y la coordinación.

La mayoría de los tribunales de contratos disponen de una página web en la que además de dar información sobre el órgano y los tramites procedimentales ante el mismo, publican sus resoluciones. En el momento de elaborar este trabajo lo hacen el TACRC[34], el Tribunal Administrativo de

34. *http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Tribunal%20Administrativo%20Central%20de%20Recursos%20Contractuales.aspx*.

Contratos Públicos de Aragón[35], el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid[36], el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra[37], el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco[38], el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla-León[39], el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía[40], y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias[41]. El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura[42] tiene página web pero aún en construcción. También el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público[43] pública sus resoluciones aunque solo en catalán, lo que obviamente dificulta la transparencia y el conveniente seguimiento de su doctrina.

Durante 2015, Aragón y Andalucía han mejorado sus páginas web con la puesta en funcionamiento de buscadores de las resoluciones publicadas que permiten una fácil y rápida localización de las mismas, tanto por contenido como por número de recurso y fecha.

En cuanto a la coordinación de los órganos de recurso especial en materia de contratación pública, se ha hecho habitual celebrar reuniones de coordinación al menos con periodicidad anual. En 2015 tuvo lugar la IV Reunión de coordinación, con la asistencia de representantes del TACRC, Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, y del Tribunal

35. *http://www.aragon.es/trb*.
36. *http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=Page&cid=1109266100977&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1142625383087&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pid=1109265444699&sm=1109266100977*.
37. *http://www.navarra.es/home_es/Servicios/Portal+contrataciones/Tribunal+Administrativo+Contratos+Publicos/Acuerdos.htm*.
38. *https://www.euskadi.eus/w32-3084/es/y96aResolucionesWar/busqueda/listado*.
39. *http://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leon*.
40. *http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/contratacion/tribunal_adm/resoluciones.htm*.
41. *http://www.gobiernodecanarias.org/hacienda/tacp/*.
42. *http://www.ccex.es/index.php/tribunal-administrativo-de-recursos-contractuales*.
43. *http://www20.gencat.cat/portal/site/Departament-de-la-Presidencia/menuitem.360881d9713dd1616d740d63b0c0e1a0/?vgnextoid=f34893efe8db8310VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextchannel=f34893efe8db8310VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextfmt=default*.

Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

A las conclusiones adoptadas se les dio publicidad a través del Observatorio de Contratación Pública[44]. Resulta especialmente relevante la que se refiere al compromiso de elaborar un estudio sobre los preceptos incondicionados de las nuevas Directivas que resultaran de aplicación directa, una vez llegado el fin del plazo de transposición sin que se hubiera aprobado una nueva ley que sustituyera al actual TRLCSP, con objeto de adoptar un criterio detallado y uniforme que se publicaría en las respectivas webs de los tribunales administrativos de contratación. Esta actuación se culminó con el documento «Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento de transposición sin nueva ley de contratos del sector público», aprobado en Madrid el 1 de marzo de 2016 como documento de trabajo[45].

También hay que destacar el acuerdo para desarrollar un Sistema de intercambio de información para implementar la coordinación entre Tribunales. A propuesta del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se acometerá la creación de un sistema de intercambio de información, de carácter informal, a través de un espacio o plataforma virtual de acceso restringido a los miembros de los tribunales. El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi se ofrece para el diseño e implantación de la correspondiente herramienta.

Como en ediciones anteriores de este estudio, entendemos conveniente incluir un pequeño análisis estadístico de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de recurso durante 2015. Se trata de un análisis basado en la información que los diferentes órganos de recurso han publicado en sus respectivas páginas web institucionales, fundamentalmente en sus memorias de actividad. La información sobre la actividad permite exámenes más detallados que no pueden ser objeto de este trabajo, pero que merecerían una atención especial ahora que se cumplen cinco años de existencia del recurso especial. A estos efectos sería conveniente que existiera uniformidad en los datos que los tribunales ponen a disposición, que permitiera realizar comparaciones y estudios agregados. Únicamente se incluye en el epígrafe III.6 una referencia a la impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de las resoluciones de los tribunales.

44. Disponible en: *http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.842/chk.426acacc136f8f46227520c21ba1237e*.

45. Disponible en: *http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.967/relmenu.2/chk.5d9241e4bc310bd5df3b2a111e65cb8c*.

1. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES (TACRC)

Durante el año 2015, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales[46] dictó 1181 resoluciones, correspondientes a 1366 recursos (lo que supone un incremento de más del 24 % respecto de 2014). El grueso de esas resoluciones corresponde a recursos especiales en materia de contratación pública del art. 40 TRLCSP, aunque pueden encontrarse 125 reclamaciones de las previstas en los arts. 101 y siguientes de la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La mayor parte de las Resoluciones del TACRC acuerdan la inadmisión de los recursos (373) o su desestimación (535). En treinta y dos ocasiones el Tribunal acuerda tener al recurrente por desistido. Las restantes Resoluciones son estimatorias, total (219) o parcialmente (118), de las pretensiones de los recurrentes.

En 2015, el plazo medio de resolución de los recursos, desde su presentación en el TACRC o en el órgano de contratación hasta que se aprobó la resolución correspondiente, fue de 40 días naturales.

2. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón dictó 113 acuerdos en el año 2015 (derivados de la interposición de otros tantos recursos, todos ellos relativos a recursos especiales en materia de contratación pública).

En cuanto al resultado de esos acuerdos, 40 acuerdan la inadmisión del recurso. De los veintiún acuerdos restantes, 56 desestiman los recursos, y 40 estiman, total o parcialmente, las pretensiones de los recurrentes.

3. TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid[47] emitió 224 resoluciones que responden a 227 recursos presenta-

46. Datos extraídos de la Memoria de actividades 2015, disponible en: *http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Documentos/MEMORIA%20TACRC%202015.pdf*.

47. Datos extraídos de la Memoria 2015, disponible en: *http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Publicaciones_FA&cid=1354561196865&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1142625383087&idPagina=1343068184421&lan-*

dos, lo que supone una pequeña disminución respecto del año anterior (9 %). De esas resoluciones, 211 se refieren a recursos especiales en materia de contratación pública, y 16 a reclamaciones interpuestas en el ámbito de la Ley 31/2007.

En cuanto al resultado de las resoluciones, de ellas 72 estiman totalmente el recurso y 13 lo hacen parcialmente; 48 inadmiten, por diversos motivos, los recursos presentados; y 9 son resoluciones que concluyen por desistimiento del recurso, archivando el expediente, etc.

El plazo medio que el Tribunal empleó para la tramitación completa de los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones que se han sustanciado ante el mismo, es de 14 días naturales.

4. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Según los datos de su Memoria[48], el Tribunal recibió 295 recursos, un 22 % menos que en el año anterior. Esta importante disminución se acumula fundamentalmente en los meses de marzo, abril y mayo por lo que puede deberse a la celebración de las elecciones autonómicas y municipales que tuvieron lugar. Sin embargo, emitió 435 resoluciones, lo que supone un 62 % más respecto al año 2014. De esas resoluciones, 57 estiman totalmente el recurso y 33 lo hacen parcialmente; 113 inadmiten, por diversos motivos, los recursos presentados; y 10 se refieren a supuestos de desistimiento y otras circunstancias.

5. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Según consta en la Memoria 2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Navarra[49], fueron 57 las reclamaciones resueltas (frente a las 32 de 2014). De esas resoluciones, 19 son Acuerdos que estiman totalmente el recurso y 2 Acuerdos de estimación

guage=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pid=1109265444699&site=ComunidadMadrid&sm=1343068184432.

48. Disponible en: *http://www.juntadeandalucia.es/economiayhacienda/contratacion/tribunal_adm/Memoria%20Tribunal%202015.pdf*.

49. Disponible en: *https://logs177.xiti.com/go.click?xts=446456&s2=1&p=http%3A%2F%2Fwww.navarra.es%2FNR%2F...%2FMemoria2015TACPNA1.pdf&click=T&type=click&url=http%3A%2F%2Fwww.navarra.es%2FNR%2Frdonlyres%2F2B7E1AB1-9A91-45E8-B108-939EFFC080C1%2F339239%2FMemoria2015TACPNA1.pdf*.

parcial; 6 inadmiten las reclamaciones; y 30 son Acuerdos que concluyen desestimando el recurso (27) o archivando el expediente (3).

El plazo medio de resolución está en 18 días hábiles.

6. LITIGIOSIDAD RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES EN MATERIA DE RECURSOS CONTRACTUALES

Un aspecto relacionado con la actividad de los órganos competentes para resolver los recursos contractuales que resulta de interés, es el grado de litigiosidad frente a sus resoluciones. De los datos reseñados por los propios órganos en sus memorias, se desprende que la tasa de litigiosidad es muy baja y que, además, son pocas las sentencias que revisan el criterio sentado en las resoluciones de los recursos contractuales.

El TACRC recoge en su Memoria de 2015 los datos relativos a la impugnación de sus resoluciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Hasta el 1 de febrero de 2016, se han recurrido 77 de las resoluciones dictadas por el TACRC en 2015, es decir, apenas el 7 % de las que han agotado el plazo de recurso. La incidencia es inferior a la del período 2010-14.

Desde la creación del TACRC en octubre de 2010, se han recurrido 302 resoluciones, un 9 % del total. Es decir, que más del 90 % han sido aceptadas por las partes. De los 170 recursos contenciosos finalizados hasta el momento, 70 han caducado o se ha desistido del recurso, en 66 se ha confirmado la resolución del TACRC y solo en 34 se han estimado total o parcialmente las pretensiones del recurrente.

El Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ofrece por primera vez en su Memoria un resumen del resultado de los recursos contencioso administrativos interpuestos contra sus Resoluciones. Incluye únicamente los datos del contenido de las sentencias recaídas en el año 2015. De las 17 sentencias emitidas solo dos dejan sin efecto la resolución recurrida, al estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto contra ella.

También Navarra publica los datos de la litigiosidad contra sus acuerdos. Durante 2015, se han impugnado 4 acuerdos del Tribunal ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que haya recaído sentencia hasta la fecha de presentación de la Memoria 2015. En 2015 se ha notificado la primera sentencia referida a los asuntos de años anteriores impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, confirmando el criterio del Tribunal y desestimando el recurso del interesado.

En cuanto al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de las 986 resoluciones que ha dictado en los cuatro años de funcionamiento, solo han sido recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 59, lo que supone un porcentaje de impugnación judicial de un 6 %. De los 59 recursos contencioso-administrativos interpuestos, la Sala solo se ha pronunciado por el momento en 18 de ellos: en 9 procedimientos contencioso-administrativos se dictaron autos de archivo de las actuaciones judiciales y en 9 procedimientos se ha desestimado el recurso, declarando ajustada a Derecho la resolución del Tribunal.

IV. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS PROCESALES O DE FORMA DEL RECURSO

A continuación, examinaremos los pronunciamientos más importantes dictados por los órganos que conocen de los recursos contractuales respecto de los aspectos procesales del recurso. Los tribunales han analizado la figura del concierto y la posibilidad de recurrir los contratos administrativos especiales, cuestión en la que hay posturas divergentes. Son numerosas las resoluciones que tratan la recurribilidad de los actos de trámite, y también las que analizan cuestiones sobre legitimación para recurrir, destacan entre estas últimas las que se refieren a la legitimación de los licitadores excluidos, de los concejales y de las integrantes de una UTE. Especial interés tiene la doctrina sobre la posibilidad de invocar una irregularidad de los pliegos una vez que los mismos no han sido impugnados en plazo, por ejemplo, en un recurso contra la adjudicación. Siguen planteándose problemas sobre el plazo para recurrir determinados actos como los anuncios y los pliegos, a los que la nueva regulación de los procedimientos de recurso ha intentado dar solución, aunque no en todos los casos –recurso contra pliegos que se ponen a disposición de los licitadores electrónicamente– parece que lo haya conseguido. Se han pronunciado sobre la naturaleza subsanable del anuncio previo a la interposición y finalmente se ha planteado cual será el efecto de las resoluciones que anulan una adjudicación cuando el contrato ha llegado a formalizarse y está ya en ejecución.

1. CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE RECURSO

El artículo 40.1 TRLCSP[50] determina como contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación: a) los contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración

50. Hay que advertir que llegado el plazo final de transposición de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, sin que la misma se haya hecho efectiva, el efecto di-

entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada; b) los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros[51]; c) los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años; y d) los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, siempre que se trate de contratos concertados por entidades que ostenten la condición de poder adjudicador[52].

Los órganos encargados de resolver el recurso especial deben asegurarse de que el contrato es susceptible de recurso conforme al art. 40.1 TRLCSP, y es doctrina consolidada de los órganos de recurso especial que la previa calificación de un contrato, en el pliego o incluso por una norma legal, no excluye que el tribunal administrativo compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido en el TRLCSP. Así se han pronunciado a modo de ejemplo el TACRC en las Resoluciones 154, 203 y 220/2011, y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en los Acuerdos 52 y 55/2013. Las principales controversias se producen en torno al contrato de servicios y a las figuras especificas del TRLCSP, contrato de gestión de servicio público y contrato administrativo especial.

1.1. Contratos de gestión de servicios públicos modalidad concierto

La calificación de un contrato como de gestión de servicio público en la modalidad de concierto, es una cuestión que se ha suscitado en numerosas ocasiones. El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en la Resolución 2/2015, sentó un criterio que posteriormente han seguido otros tribunales. Después de calificar el servicio de ambulancias como contrato de servicios para el derecho europeo, si bien de la categoría 25 y por tanto servicio no prioritario, entiende que:

«(...) el hecho de que la legislación interna califique como conciertos contratos que la normativa europea considera contratos de servicios es irrelevante, pues lo

recto que les reconoce la jurisprudencia del TJUE, implica que el ámbito objetivo del recurso especial haya cambiado a partir del 18 de abril de 2016.

51. Orden HAP/2846/2015, de 29 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2016.

52. La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, ha ampliado el ámbito del recurso especial por debajo de esos umbrales.

verdaderamente fundamental es que se incorporen los contenidos exigidos por la Directiva 2004/18. Salvada esa exigencia, y la de que los contratos considerados de servicios en el ámbito europeo tengan acceso al recurso especial sea cual sea su naturaleza o denominación nacional, el legislador de cada Estado miembro es libre para configurar la preparación, adjudicación y ejecución de los servicios no prioritarios como le parezca más oportuno, siempre que se respeten los principios generales de los Tratados de la UE (igualdad de trato, no discriminación por razón de nacionalidad, transparencia, etc.).

(...). La cuestión debe resolverse en el ámbito del derecho interno, pues, en este caso, referido a servicios no prioritarios, los requisitos del derecho europeo se cumplen tanto en la normativa nacional del concierto como en la del contrato de servicios, siempre que no se limite el acceso al recurso especial de todos los contratos que, como el analizado, para la Directiva 2004/18 son de servicios. Consecuentemente, se puede afirmar que, en principio, en el marco del TRLCSP, el servicio de ambulancias puede ser objeto tanto de un contrato de servicios como de un contrato de gestión de servicio público (ver, por ejemplo, la Resolución 267/2013 del TACRC), si bien, en ambos casos, con sujeción al marco legal elegido».

El Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución 185/2015, mantiene el mismo criterio y puntualiza que la regulación como contrato de servicios de la categoría 25 o como gestión de servicios modalidad concierto, no tiene consecuencias en cuanto a publicidad o plazo de presentación de proposiciones, pues al no tratarse de una de las categorías sujetas a regulación armonizada, no se aplica la Directiva 2004/18/CE, pero sí tiene consecuencias bien diferentes en cuanto a los actos preparatorios del expediente de contratación, la exigencia de solvencia o clasificación, la duración del contrato, la regulación de las prórrogas, régimen jurídico de su preparación, efectos y extinción.

1.2. Contratos administrativos especiales

Una de las cuestiones en las que no existe unanimidad en la doctrina, es si los contratos administrativos especiales son susceptibles de recurso contractual.

Para el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la calificación de un contrato como administrativo especial no tendrá ningún efecto sobre aplicación del recurso especial en materia de contratación puesto que, al ser una categoría inexistente en Derecho europeo, habrá que acudir directamente a este. Así señala en el Acuerdo 59/2013:

«... la consideración como contrato administrativo especial no impide, por si –en tanto «especialidad» de normativa nacional– que pueda existir recurso espe-

cial o cuestión de nulidad, pues a estos efectos debe primar la tipificación de la prestación conforme al Derecho de la Unión europea. Y la prestación recurrida, por su objeto, sí se encontraría sometida a la competencia de este Tribunal administrativo, pues otra interpretación sería contraria al efecto útil de los recursos especiales en materia de contratación habilitando una puerta de escape al control, contraria al propio fundamento del sistema».

En el mismo sentido, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en la Resolución 059/2015, considera que un contrato de concesión urbanística que el órgano de contratación califica como contrato administrativo especial, debe considerarse como un contrato de obra a la luz de la Directiva 2004/18, y por tanto puede ser objeto de un recurso especial.

El TACRC, sin embargo, acude a la aplicación literal del artículo 44 TRLCSP y mantiene el criterio de que no procede el recurso especial. Entre otras, cabe traer a colación su Resolución 239/2015: «... *tales contratos no se encuentran entre los contemplados en el artículo 40.1 del TRLCSP, que enumera todos los tipos de contratos en los que se puede plantear el recurso especial en materia de contratación. Por tanto, no procede admitir el recurso, puesto que se refiere a un contrato administrativo especial, de los contemplados en el artículo 19.1.b) del TRLCSP, cuya resolución no corresponde a este Tribunal*».

A esta polémica se intentaba poner fin en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público incluyendo expresamente dentro del ámbito del recurso especial a los contratos administrativos especiales.

2. ACTOS SUSCEPTIBLES DE RECURSO

2.1. Actos de trámite recurribles

Los órganos de recurso especial en materia de contratación pública, en la Segunda reunión de coordinación, que tuvo lugar el 7 de noviembre de 2013, adoptaron el criterio de que no era posible la extensión del recurso especial a los actos previos a la aprobación de los pliegos. Y ello porque el recurso especial procede contra actos producidos en el seno del procedimiento de adjudicación, que comienza con la convocatoria de la licitación y finaliza con la adjudicación del contrato. En consecuencia, los actos previos al procedimiento de adjudicación no son susceptibles de recurso especial salvo que tengan conexión con alguna cláusula de los pliegos, al

ser estos impugnables conforme a lo estipulado en el artículo 40.1 a) del TRLCSP[53].

No ha existido unanimidad sobre qué actos de trámite, dentro del procedimiento de adjudicación, son susceptibles de recurso especial. A tenor del artículo 40.2. b. TRLCSP lo serán si merecen la consideración de acto cualificado, porque «*decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*». En cualquier caso, son recurribles los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores[54].

Los actos de admisión de licitadores y de ofertas se vienen considerando como actos de tramite no cualificados, con el argumento de que la admisión de un licitador no decide directa ni indirectamente la adjudicación del contrato, que tiene lugar en un momento procedimental posterior, ni impide la continuación del procedimiento, pues la oferta de la reclamante no resulta afectada pudiendo incluso resultar adjudicatario, y no produce indefensión ni perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos pues el licitador podrá impugnar la adjudicación cuando esta tenga lugar. Esta doctrina mantenida desde los inicios de su actividad la reitera el TACRC entre otras en la Resolución 125/2015[55].

La clasificación de las ofertas efectuada por el órgano de contratación no se considera un acto de trámite cualificado. En este sentido se habían pronunciado el TACRC en la Resolución 3/2014, y el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 64/2014. El Tribunal Adminis-

53. Doctrina mantenida por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma Euskadi en sus Resoluciones 167/2013, 168/2013 y 169/2013.

54. Siempre que exista legitimación. El Tribunal de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en la Resolución 39/2015, inadmite el recurso contra la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación de contrato de servicios por falta de legitimación activa del recurrente al haber solicitado al órgano de contratación la devolución de toda la documentación presentada, lo que determina la imposibilidad de retroacción del procedimiento (Ver apartado IV.3.2 de este trabajo).

55. Este criterio debería ser matizado en aquellos casos en que el recurso a la admisión del licitador se base en el artículo 56 TRLCSP, porque el candidato o licitador cuya admisión se recurre haya participado en la preparación de un procedimiento de licitación. La participación en la elaboración de las especificaciones técnicas u otra documentación no puede dar lugar a una exclusión automática del operador económico en el procedimiento de licitación posterior, pero exige adoptar medidas para que no se falsee la competencia. Y en este sentido otro licitador que entienda que su concurrencia en el procedimiento provoca restricciones a la libre concurrencia o supone un trato privilegiado debe poder interponer un recurso especial. La misma situación se podría producir en el caso de que el poder adjudicador hubiera realizado una Consulta al mercado, al amparo de la Directiva 2014/24/UE.

trativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía adopta esa postura, variando su anterior doctrina en la Resolución 367/2015:

«(...) *la adjudicación es el acto culminante de la licitación y el único cuya impugnación produce el efecto legal de suspensión automática de aquella. Quiere decirse que tanto el legislador europeo como el español han querido expresamente dotar a aquel acto final de especial importancia y sustantividad a los efectos de utilización de la vía especial de recurso. En cambio, esta sustantividad puede ser más discutible en el acto de clasificación de las ofertas, el cual conduce directamente a la adjudicación del contrato al primer empresario clasificado que cumpla en plazo con el requerimiento de documentación a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP.*

Es más, en muchos casos, los órganos de contratación no configuran la clasificación de las ofertas prevista en el artículo 151.1 del TRLCSP como acto autónomo susceptible de recurso independiente, figurando tan solo como el resultado –documentado en el expediente por orden decreciente– de la suma de puntuaciones en la valoración de las ofertas. Es por ello que, al igual que ocurre con otros actos de trámite dictados en el procedimiento, las irregularidades que afecten a la clasificación de las ofertas podrán siempre ser alegadas al recurrir el acto de adjudicación, tal y como prevé el artículo 40.3 del TRLCSP.

En consecuencia, a fin de evitar la duplicidad de recursos contra actos formalmente distintos pero cuyos resultados raramente se van a ver alterados en orden a la adjudicación del contrato y sobre la base de que ninguna indefensión ni perjuicio se produce al recurrente por la inadmisión del recurso contra la clasificación en la medida que siempre es posible el recurso contra la adjudicación –como de hecho así ha sido–, es por lo que este Tribunal se aparta de su anterior criterio para entender, como lo hace el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que no es admisible el recurso contra la clasificación de las ofertas.

Así, en un supuesto similar al aquí enjuiciado en que se impugnaban la clasificación y la adjudicación del contrato, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 2/2014, de 10 de enero de 2014, señaló que «(...) el trámite impugnado en el presente recurso, es decir, la clasificación de las ofertas, no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, ya que esta se acordará posteriormente; no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, pues la oferta de la recurrente no han sido descartada y nada impide que resulte adjudicataria cuando se resuelva la adjudicación; y no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos porque la recurrente podría recurrir la adjudicación, como así ha sido. No se trata, por tanto, de un acto de trámite cualificado, y por tanto no es susceptible de recurso conforme al artículo 40, 2.b) y 3 del TRLCSP. En consecuencia, debe inadmitirse el recurso interpuesto contra la clasificación de las ofertas»

Tampoco se considera recurrible el acto por el que se requiere al licitador cuya propuesta ha sido considerada como la económicamente más ventajosa[56]. En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 11/2014, argumentando que «*tal requerimiento es un acto de trámite dirigido exclusivamente al licitador que ha realizado la oferta económicamente más ventajosa en determinados lotes del contrato, a fin de que presente determinada documentación con carácter previo a la adjudicación. Por ello, aquel acto, en atención a su estricto contenido, debe considerarse un acto favorable para el licitador afectado. Prueba de ello es que el recurrente no cuestiona en modo alguno el contenido expreso del requerimiento efectuado*».

No se consideran recurribles la convocatoria de licitación[57], la resolución de consultas planteadas por los licitadores sobre los pliegos[58], el informe de valoración técnica de las ofertas[59], las actas de la Mesa sobre valoración[60] o de apertura de ofertas[61], los actos de la Mesa requiriendo la subsanación de defectos en la documentación[62] o solicitando aclaraciones[63], y la aceptación de la oferta, inicialmente inclusa en presunción de baja anormal o desproporcionada[64].

Ahora bien, mientras el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón considera que en estos casos procede inadmitir el recurso especial y, siguiendo la doctrina del TS, no pronunciarse sobre el fondo (Acuerdo 50/2014), el TACRC, sin embargo, aunque sostiene que la propuesta de adjudicación (Resolución 81/2013) la valoración de las ofertas por la mesa (Resolución 607/2015) y el informe de valoración (Resolución 773/2015), no son recurribles entra en el fondo por economía procesal.

56. Caso distinto es el acto por el que se da por no cumplimentado adecuadamente el requerimiento de documentación y se procede a recabar la documentación al licitador siguiente en el contrato, que se considera recurrible (por todas la Resolución TACRC 281/2011).
57. Resolución del TACRC 990/2015.
58. Resolución del TACRC 89/2016.
59. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 27/2011.
60. Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 50/2014.
61. Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 280/2015 y 366/2015.
62. Resolución del TACRC 875/2014.
63. Resolución del TACRC 1046/2015.
64. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 329/2015.

2.2. El recurso contra los pliegos que rigen la licitación

Los órganos de recurso han adoptado como criterio no entrar a conocer de hipotéticos vicios de los pliegos o la documentación que rige la adjudicación del contrato, cuando se alegan con posterioridad a la presentación de las proposiciones por los licitadores, salvo que se trate de una causa de nulidad radical.

Procede recordar la doctrina reiterada del TACRC recogida, entre otras, en la resolución 255/2015:

«(...) no cabe la posibilidad de utilizar el recurso especial en materia de contratación dirigido contra cualquier acuerdo adoptado en el procedimiento de adjudicación para reprochar vicios del pliego. Dice la Resolución que «De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum propium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras), con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto (por todas, Resoluciones 502/2013, de 14 de noviembre, ó 931/2014, de 18 de diciembre). Siguiendo en este punto al Consejo de Estado (Dictamen 6/97, de 17 de abril), «los vicios de nulidad radical recogidos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (o de cualquier otra norma de rango legal) deben ser objeto de una interpretación estricta, por su reconocido carácter excepcional. Podría decirse que dentro de la teoría de la invalidez de los actos la nulidad radical es la excepción y la anulabilidad la regla general». Y, ciertamente, y como el Tribunal declaró, entre otras, en la Resolución 645/2013, de 19 de diciembre, la irregularidad que se considera no es constitutiva de nulidad radical, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del TRLCSP y en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, todo lo cual conduce al Tribunal al examen de la correcta o incorrecta aplicación de los referidos criterios de adjudicación en la oferta de la recurrente».

Incluso aunque exista vicio de nulidad, si el mismo era claramente apreciable en el PCAP, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 232/2015, ha entendido que no procede alegarlo en recurso a la adjudicación. Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 94/2015 considera que, para la admisibilidad del recurso contra la adjudicación basado en irregularidades del pliego, hay que ponderar que no siempre es sencillo para los licitadores detectar posibles infracciones antes de la presentación de las ofertas.

3. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

El artículo 42 TRLCSP reconoce legitimación a «toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso». Una consolidada doctrina de los órganos que conocen del recurso especial, considera que se trata de un concepto de legitimación amplio, pero no universal. Los tribunales han mantenido reiteradamente que en materia de contratación del sector público no existe, como ocurre en otros ámbitos, una acción pública, y que el mero interés por la legalidad no constituye motivo suficiente para reconocer legitimación.

No obstante, sí cabe hablar de un concepto amplio de legitimación, en la medida en que la misma existirá por la mera concurrencia de un interés legítimo, y no necesariamente de un derecho subjetivo. Así la Resolución del TACRC 269/2013, entiende que concurrirá dicho interés legítimo cuando «la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite».

El Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, regula algunos supuestos específicos de legitimación recogiendo en parte los reconocidos por la doctrina de los tribunales de recursos contractuales. A continuación, examinaremos los pronunciamientos relevantes que se han producido en esta materia durante 2015, sin desconocer la incidencia del mencionado Reglamento.

3.1. Operador económico que no puede participar en la licitación

La legitimación para recurrir se ha considerado muy ligada a la posibilidad de participar en la licitación. El Tribunal de Contratos Públicos de Navarra, en el Acuerdo 13/2015, lo expresa así: «*la existencia o no de un interés en el reclamante –y en consecuencia la legitimación activa o la falta de ella para interponer la reclamación– están en íntima y necesaria relación con la posibilidad de participar en una determinada licitación*». Y por ello inadmite el recurso de una asociación de vecinos contra un contrato de obra municipal, argumentando que la misma no pretendía participar en la licitación ni representaba el interés directo de ningún interesado en concurrir a ella,

por lo que solo cabe reconocerle un mero interés por el cumplimiento de la legalidad[65].

Sin embargo, dos resoluciones del TACRC han reconocido legitimación a empresas que no podían participar en la licitación. Resulta especialmente relevante la Resolución 78/2015 que admitió la legitimación de una empresa que no podía ser licitadora porque el objeto del contrato no estaba en su esfera de actividad pero que sin embargo pretendía la revisión de la ponderación de alguno de los criterios de adjudicación que le afectaban, en concreto los que se referían a inserciones publicitarias en diarios de su titularidad. El TACRC concluye que:

«(...) *no puede dudarse de su legitimación, no obstante carecer de la condición de licitadora. En efecto, es evidente que dicha pretensión sobrepasa con mucho el mero interés en la legalidad, como también que su estimación comportaría un inmediato y efectivo beneficio material para la actora, en tanto propiciaría el incremento de las inversiones o inserciones publicitarias en su diario que los licitadores y, por ende, el adjudicatario del contrato, habrían de incluir en su Propuesta de Plan de Medios*».

En la Resolución 085/2015 se plantea la legitimación de una empresa en situación concursal en el momento de interponer recurso contra los pliegos. El órgano de contratación consideraba que carecía de legitimación, al hallarse incursa en la prohibición de contratar. Pero el TACRC admitió la legitimación de la recurrente, que presentó el convenio alcanzado con los acreedores, de fecha posterior a la del recurso, por lo que se entendió que «*existe un beneficio cierto para la (...) recurrente, viéndose así afectada su esfera de intereses, pues de estimarse sus pretensiones... ello determinaría la nulidad del procedimiento de licitación y en consecuencia una nueva fecha de presentación de ofertas... lo que le permitiría, en principio, licitar y ser un potencial adjudicatario del contrato*».

3.2. Licitador que pretende recurrir su exclusión pero que ha solicitado la devolución de la documentación presentada

El Tribunal de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en la Resolución 39/2015, inadmite el recurso contra la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación de contrato de servicios por falta de legitimación activa del recurrente, al haber solicitado al órgano de

65. Dice el Tribunal: «*La única razón que este Tribunal estima que se contiene en el recurso para atacar la actuación del órgano de contratación es la presunta incorrección del proceder del mismo, lo cual se puede perfectamente asimilar con el interés por la legalidad de la contratación pública y el respeto a los principios que la informan que, como hemos señalado, no es suficiente según nuestra jurisprudencia, para otorgar legitimación al recurrente*».

contratación la devolución de toda la documentación presentada, lo que determina la imposibilidad de retroacción del procedimiento.

El Tribunal considera que la solicitud de devolución de la documentación condiciona la suerte que pueda seguir el recurso y por ende la legitimación de la recurrente, entendiendo la legitimación como una cuestión de fondo:

«*En el caso concreto que nos ocupa, lo cierto es que aun de prosperar la pretensión de la recurrente de que se retrotrajera el procedimiento para proceder a la valoración de la oferta, tal pretensión deviene en imposible ante la devolución de la documentación presentada que no permite tener en cuenta dicha documentación, ya que al no estar custodiada por el órgano de contratación no existe garantía alguna del mantenimiento de la misma, de forma que resulte factible la salvaguarda de los principios de igualdad y concurrencia. Debe señalarse de conformidad con lo establecido en el artículo 87.4. Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, «Las proposiciones presentadas, tanto las declaradas admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, serán archivadas en su expediente. Adjudicado el contrato y transcurridos los plazos para la interposición de recursos sin que se hayan interpuesto, la documentación que acompaña a las proposiciones quedará a disposición de los interesados». Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior y de una aconsejable prudencia por parte del órgano de contratación, en este caso la devolución se produce como consecuencia de una solicitud por parte de la recurrente, que si bien no manifiesta de forma expresa su voluntad de retirar la oferta, pudo ser considerada como tal por parte del órgano de contratación, tanto más cuanto nada hacía pensar que fuera a recurrir el Acuerdo por el que se la excluye del procedimiento de licitación, al no haber presentado el anuncio preceptivo, ni indicar nada al respecto cuando el recurso se interpuso tal solo 6 días después de la retirada de la documentación, constando en el expediente varios contactos de la recurrente con el órgano de contratación.*

Por lo tanto, al ser imposible la pretensión de retroacción por motivos imputables a la propia recurrente, la misma carece de legitimación activa respecto de tal pretensión».

3.3. Legitimación para recurrir la adjudicación del licitador excluido o que no puede resultar adjudicatario

La doctrina mayoritaria niega legitimación al licitador excluido con carácter firme con anterioridad a la resolución de adjudicación[66], o a aquel cuya oferta no quedaría posicionada en mejor lugar aun cuando se esti-

66. Como más reciente Resolución TACRC 37/2015.

masen sus pretensiones[67] por entender que en tales casos no concurre el interés legítimo que se materializaría en una adjudicación a su favor.[68] Respecto de los licitadores excluidos, se ha considerado que la declaración de un procedimiento de adjudicación como desierto no obliga, conforme a la legislación de contratos, a que se convoque un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos y que, por ello, con carácter general, la invocación por un licitador excluido de la posibilidad de participar en un nuevo procedimiento de adjudicación, como justificación de legitimación, no es más que una mera suposición que no puede identificarse con un interés real, cierto, efectivo y actual[69].

Sin embargo, la regla que niega al licitador excluido legitimación para recurrir la adjudicación no es absoluta. La Resolución del TACRC 908/2015 recopila la doctrina sentada al, y señala:

«(...) como se afirma en la Resolución 434/2015, de 8 de mayo, «el criterio general es el que el licitador cuya oferta ha sido excluida carece de legitimación para impugnar la adjudicación del contrato porque ninguna ventaja a su esfera jurídica puede reportarle su eventual estimación. No obstante, esta doctrina general ha sido matizada cuando concurren circunstancias especiales que justifican la legitimación del recurrente». Efectivamente, debiendo apreciarse, como regla general, la falta de legitimación del licitador excluido para recurrir el acto de adjudicación, el Tribunal ha admitido excepciones a dicha regla cuando se acredita por el licitador excluido un interés ad causam real, efectivo, cierto y actual, y no meramente hipotético, potencial o futuro. Así por ejemplo, con carácter excepcional, y en aplicación del principio pro actione, el Tribunal ha admitido la legitimación del licitador excluido cuando este invoca la nulidad de pleno derecho del pliego y, por extensión, la de la adjudicación (Resoluciones 357/2015, de 8 de mayo o 708/2015, de 24 de julio); o cuando el recurrente argumenta que las mismas razones que llevaron al Tribunal a acordar su exclusión son aplicables a la proposición del licitador que ha resultado adjudicatario, por lo que se habría producido una lesión al principio de igualdad (Resoluciones 239/2012, de 31 de octubre, 2/2015, de 9 de enero, o 434/2015, de 8 de mayo); o, en fin, cuando, invocándose la nulidad del pliego, dadas las peculiaridades del contrato objeto de licitación cabe presumir fundada y razonablemente, y más allá de la mera suposición, que de quedar desierta la licitación el órgano de contratación tendría que convocar

67. Como más reciente Resolución TACRC 442/2015.
68. *Vid.*: Manchado J. y Guerrero, M., «Reflexiones sobre la legitimación activa del licitador no adjudicatario para interponer recurso especial en materia de contratación frente a la resolución de adjudicación», en: *http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.215/relcategoria.121/relmenu.3/chk.791ff5c0cf1d39d7fbc53fe4d2c74e93*.
69. Como más reciente Resolución TACRC 248/2015 que cita 459/2014.

inmediatamente otra de iguales características a la que pudiera concurrir el licitador excluido (Resolución 525/2015, de 5 de junio)».

3.4. Legitimación de una empresa que ha concurrido en UTE a la licitación

También se ha reconocido legitimación a cualquiera de las empresas que concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas[70]. Esta doctrina se completa con el pronunciamiento del Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía en su Resolución 149/2015, que aborda el supuesto en que, presentado el recurso por los dos componentes de una UTE, con posterioridad una de ellas desiste, mientras la otra confirma su intención de proseguir:

«Así pues, el desistimiento del recurso no muestra una oposición a la continuación del recurso por parte de la otra empresa, ni del mismo se evidencia una voluntad inequívoca de romper con el compromiso de constitución de la UTE en caso de que una eventual estimación del recurso diere lugar, finalmente, a la adjudicación del contrato a su favor.

Por las razones expuestas, este Tribunal considera que el principio pro actione demanda en el supuesto analizado que, previa aceptación del desistimiento formulado por la entidad (SSG) *se admita la legitimación de la otra empresa integrante de la UTE en orden a la continuación del procedimiento exclusivamente con la misma, hasta la resolución del recurso, y ello con base en el artículo 42 del TRLCSP».*

Como hemos visto, el artículo 24 del Reglamento reconoce legitimación a cualquiera de las integrantes de la UTE y contempla expresamente la posibilidad de que una de las empresas no desee interponer el recurso, en ese caso podrá ponerlo de manifiesto al Tribunal en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. Como consecuencia no se le tendrá por comparecida y no le afectará que el Tribunal acuerde la imposición de multa por temeridad o mala fe.

3.5. Alcance de la legitimación de un sindicato

En aplicación de esta doctrina amplia sobre la legitimación de la que venimos hablando, se ha reconocido legitimación en los supuestos de interesados que representan intereses colectivos[71] –colegios profesionales, sindicatos, asociaciones de empresarios–, cuando el recurso se fundamen-

70. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid 13/2011.

71. Acuerdos del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón 45/2013, 34/2014 y 52/2014.

ta en la defensa de los intereses de las personas que forman su ámbito de actuación. El Reglamento aprobado por Real Decreto 814/2015, recoge esa doctrina en el artículo 24 que reconoce legitimación a las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna, pero exclusivamente para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.

Sobre la legitimación de los sindicatos, es doctrina compartida por los órganos de recursos contractuales que el hecho de ser un sindicato no otorga, en modo alguno, una especie de acción pública para impugnar cualquier licitación, sino que se exige que se justifique la existencia *ad causam* del concreto interés que aportaría la estimación del recurso. Como dice el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 67/2015:

«Este Tribunal administrativo conoce y comparte los parámetros interpretativos sobre la legitimación de los sindicatos que viene utilizando tanto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras en sus Resoluciones 83/2014, de 5 de febrero; 707/2014, de 23 de septiembre; 881/2014, de 28 de noviembre; 943/2014,, de 18 de diciembre; y 86/2015, de 30 de enero), como los homólogos autonómicos; que se concretan en el hecho de que ser un sindicato no otorga, en modo alguno, una especie de acción pública para impugnar cualquier licitación. Se exige, en definitiva, como a cualquier interesado, que se justifique la existencia «ad causam» del concreto interés que aportaría la estimación del recurso, y que, por la lógica de la naturaleza del sindicato, se debe limitar, en todo caso, a aspectos de protección de derechos colectivos o laborales en sentido estricto».

En base a este criterio, no se reconoce legitimación a un sindicato para recurrir el presupuesto de contrata por considerarlo insuficiente para garantizar la aplicación a los trabajadores del derecho a subrogación, según el convenio colectivo que les corresponde[72]; ni la tipificación del contrato, el valor estimado[73], las condiciones de ejecución[74], o los criterios de adjudicación[75].

Pero en algunos aspectos, la doctrina no es unánime sobre el alcance de la legitimación de los sindicatos. Existen posturas divergentes en cuanto

72. Resolución 136/2015, de 7 de diciembre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
73. Acuerdo 29/2015, de 3 de marzo de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 181 y 183/2015.
74. Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 181 y 183/2015.
75. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 219/2015.

si esa legitimación abarca aquellos supuestos en que se impugnan la información sobre las obligaciones de subrogación de personal.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en la Resolución 95/2013 estima que:

«Por tanto, el sindicato como representante de los intereses colectivos de los trabajadores del sector afectado por el contrato, ostenta un interés por que se facilite la información de los trabajadores que debe subrogar la nueva empresa contratista, en caso de ser procedente dicha sucesión conforme a las normas de derecho laboral por lo que cabe reconocerle legitimación activa para la impugnación en relación con este aspecto. También ostenta legitimación respecto del contenido de la cláusula 3.3.3 del PPT cuando establece que la empresa se compromete a no establecer ningún tipo de acuerdo referido a los trabajadores comprendidos en el ámbito del contrato, sin el visto bueno del órgano de contratación, puesto que ello afecta a su esfera de intereses legítimos, al afectar a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal».

Sin embargo, el TACRC en la Resolución 1117/2015 dice:

«De acuerdo con lo indicado, y aun cuando excepcionalmente el Tribunal haya admitido la legitimación de los Sindicatos si «existe un planteamiento razonable de defensa de los intereses colectivos de ese personal por parte de las organizaciones sindicales recurrentes, suficiente para acreditar la exigida legitimación «ad causam" de cara a examinar el fondo de la reclamación" (Resolución 172/2013, de 14 de mayo), como regla general se ha negado dicha legitimación cuando los intereses afectados corresponden a la esfera de las relaciones laborales entre la nueva empresa contratista y sus trabajadores, quienes pueden hacer valer sus derechos ante la Jurisdicción Social (por todas Resolución 144/2013, de 10 de abril).

Pues bien, en supuestos similares al que ahora se examina (recursos especiales fundados en un presunto incumplimiento de las cláusulas de subrogación empresarial), el Tribunal ha apreciado la falta de legitimación de los Sindicatos recurrentes. Así, en la Resolución 18/2013, de 18 de enero, se afirma lo siguiente:

«Con base en dicha jurisprudencia, se concluyó en la citada Resolución de 23 de marzo de 2011 la ausencia de legitimación del Sindicato recurrente para impugnar los pliegos objeto de recurso. A la misma conclusión llegó este Tribunal en la Resolución 277/2011, de 16 de noviembre de 2011 que, en un supuesto muy similar al que ahora se examina (impugnación de Pliegos por un Sindicato que consideraba que los mismos no garantizaban adecuadamente los supuestos de subrogación empresarial impuestos por la normativa laboral), entendió que tal circunstancia «no es suficiente para fundamentar la posible legitimación activa en el recurso, pues, tal y como ha quedado expuesto anteriormente, el interés legítimo no puede ser equiparado al interés en la legalidad". La subrogación empresarial,

sin perjuicio de que pueda ser incluida en los Pliegos como condición especial de ejecución del contrato, afecta a la esfera de las relaciones entre la nueva empresa contratista y los trabajadores de la anterior, que en todo caso pueden hacer valer sus derechos, si lo estiman procedente, ante la Jurisdicción Social"». En definitiva, la abstracta invocación de los derechos laborales de los trabajadores no permite apreciar un interés cierto, real y efectivo que permita reconocer, conforme a la jurisprudencia citada, la legitimación de los sindicatos para impugnar unos pliegos en los que no se ha recogido una cláusula de subrogación empresarial, legitimación que, sin embargo, en aplicación de la doctrina transcrita sí ha apreciado el Tribunal en el caso de recurso interpuesto por «el Delegado de personal de la empresa que actualmente está prestando el servicio, respecto al cual es evidente que, de no producirse la subrogación o hacerlo en condiciones diferentes a las que ahora tiene los trabajadores, se verán afectados en su esfera de intereses» (Resolución 126/2015, de 6 de febrero), y también, como no podía ser de otra forma, cuando el recurso lo interponen los propios trabajadores afectados (Resoluciones 292/2012, de 5 de diciembre, 80/2013, de 20 de febrero, y 83/2014, de 5 de febrero).

Cabe señalar que la misma línea doctrinal se ha mantenido por este Tribunal en sus posteriores pronunciamientos, pudiendo citarse, sin ánimo de exhaustividad, las Resoluciones 381/2015, de 23 de abril, 608/2015, de 28 de junio, 697/2015, de 28 de junio, 642/2015, de 10 de julio, 811/2015, de 11 de septiembre, 1010/2015, de 30 de octubre...

Los argumentos expuestos resultan plenamente aplicables al supuesto que se examina, en el que los sindicatos recurrentes impugnan los pliegos con base en consideraciones de índole estrictamente laboral que afectan al ámbito de la nueva empresa contratista y de los trabajadores de la anterior, y que podrán hacer valer a los trabajadores afectados, si lo estiman conveniente, ante la jurisdicción social.

Por los motivos expuestos, procede apreciar la falta de legitimación de los recurrentes para interponer el presente recurso especial».

3.6. Legitimación de los concejales

A los concejales se les ha considerado legitimados por tal condición, pero no ha sido una cuestión pacífica.

El Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recoge la legitimación de los miembros de las corporaciones locales como uno de los supuestos específicos de legitimación del artículo 24, en los siguientes términos:

«Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases

del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados».

Sin embargo, este precepto no da amparo a la doctrina que han seguido algunos tribunales. En concreto el Acuerdo del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón 44/2012, reconoce legitimación a un concejal para impugnar el acuerdo de un órgano del que no forma parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares:

«El recurrente, en su condición de concejal, tiene legitimación para impugnar mediante recurso especial ex artículo 42 TRLCSP y 63 LBRL los Pliegos que rigen esta licitación, aprobados por un órgano del que no forma parte y, por ello, sobre los que no pudo expresar su voto contrario, en defensa de los intereses que representa, y desde la propia singularidad de un contrato complejo, en el que la configuración del Pliego –fundamentalmente en lo que se refiere al objeto del contrato, sus posibles modificaciones y los criterios de adjudicación–, puede condicionar la posibilidad de que se satisfagan los intereses generales de la ciudad y de los ciudadanos a obtener unos servicios públicos de calidad prestados de forma eficiente».

Y lo hace en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 173/2004, de 18 de octubre, 108/2006, de 3 de abril, y 210/2009, de 26 de noviembre), que reconoce a los concejales una legitimación amplia para el ejercicio adecuado del *ius officium* del que son titulares ante los órganos judiciales, cuando su actuación está dirigida a la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal a la que representan, como es la de procurar que el ente local adecue su funcionamiento al ordenamiento jurídico:

«Asimismo, al lado de la legitimación general basada en un «interés legítimo», el TC desde la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales, «existe una legitimación ex lege, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de estas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto –inclusive puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento, 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 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local.

Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del derivado del régimen general –y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquel una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio– (...) encaja claramente en una interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL».

Por lo que concluye el TC «que el concejal, por su condición de miembro –no de órgano– del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido «mediante sufragio universal, libre, directo y secreto» de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación».

Esta doctrina del Alto Tribunal, consolidada por las sentencias 108/2006, de 3 de abril y 210/2009, de 26 de noviembre, reconoce, pues, una cobertura constitucional a los miembros de las corporaciones locales para el ejercicio adecuado del «ius officium» del que son titulares, de manera que dicha potestad se pueda ejercer sin trabas ante los órganos judiciales cuando su actuación está dirigida a la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal a la que representan, como es la de procurar que el ente local adecue su funcionamiento al ordenamiento jurídico».

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 500/2015, dictada en el recurso contencioso administrativo presentado contra dicho Acuerdo, ha confirmado el criterio del Tribunal recordado que la doctrina del Tribunal Constitucional 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 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».*

3.7. Legitimación de los partidos políticos

El TACRC no reconoce legitimación a los partidos políticos. En la Resolución 539/2015, confirma el criterio de la Resolución 190/2013, en la que tomando como base el Auto de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 2012 (dictado en recurso contencioso-administrativo 400/2012) considera que reconocer la legitimación de los partidos políticos para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa todas las actuaciones de la Administración contrarias a los planteamientos ideológicos reflejados en su ideario político, sería tanto como reconocer a dichos partidos una acción pública en defensa de la legalidad. Señala expresamente:

«*Los partidos políticos constituyen instrumentos de participación política de los ciudadanos en el Estado democrático. Según el artículo 6 de la Constitución expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Esta naturaleza les atribuye una función política de carácter general que no es suficiente para conferirles legitimación para la impugnación de cualquier acto administrativo que pueda tener efectos políticos, si no se aprecia una conexión específica con su actuación o funcionamiento. No es suficiente que exista una relación entre la disposición que pretende impugnarse y los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política. Sostener la existencia a favor de los partidos políticos de legitimación para impugnar cualquier acto administrativo por la relación existente entre los fines que aquellos pueden perseguir según su ideología o programa de actuación y el sector político, social o* económico sobre el que produce efectos aquel acto equivaldría a reconocerles una *acción popular*».

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 28/2015, argumenta para negar la legitimación que «*(...) es a todas luces evidente, que el recurso especial, no está concebido para garantizar la participación en los debates parlamentarios, en las Cortes de Aragón, a los que los grupos y diputados tengan derecho. Cuestionar la calificación jurídica de un contrato, con el objeto y fin de que sea objeto de debate parlamentario en las Cortes de Aragón, no solo acredita la falta de legitimación, por inexistencia de interés directo; sino que está fuera del alcance de la competencia objetiva del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Y, además, no alcanza a ver este Tribunal, de qué manera, en el supuesto de que asistiera razón al recurrente en la calificación del contrato, una resolución de este Tribunal, garantizaría su intervención en el contrato, tal y como se afirma*»[76].

76. Existe voto particular de J. M. Gimeno Feliu, que entiende que si existe legitimación: «*en los casos en que exista una motivación jurídico-política vinculada con el objeto del contrato existirá causa suficiente para determinar la existencia de legitimación*».

4. PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO

La interposición del recurso transcurrido el plazo previsto para ello es causa determinante de la inadmisión del recurso, como prevé ahora expresamente el artículo 22 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y han mantenido unánimemente los tribunales[77].

El art. 44.2 TRLCSP regula el plazo de presentación de recurso, pero sus términos poco claros han dado lugar a interpretaciones contrarias que el Reglamento viene a completar en el artículo 19.

4.1. El «dies a quo» para recurrir los anuncios de licitación

El Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, especifica en el artículo 19 que el plazo para la interposición de recurso contra el anuncio de licitación comienza a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el DOUE, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio, en cuyo caso, comenzara a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante, y si esta no estuviera acreditada fehacientemente, desde el día siguiente a la fecha de publicación en el BOE o, en su caso, en los boletines oficiales autonómicos o provinciales.

Con ello se resuelve la controversia que existía sobre este punto ya que, aunque los tribunales, entre ellos el TACRC, mantenía que la publicación que marcaba el inicio del plazo era la del DOUE, la Audiencia Nacional en su Sentencia de fecha 11 de marzo de 2015, consideró que se debía tener en cuenta como fecha de referencia la de la última publicación. La Sentencia argumenta que debe considerarse la fecha de la última publicación (en el supuesto juzgado, la del BOE) porque la solución contraria «*privaría de cualquier efecto y validez a la publicación de la referida licitación en el BOE, circunstancia que entraría en colisión con la obligatoriedad de la misma, a la que acabamos de hacer mención, permitiendo, que fuese suficiente con la publicación del anuncio en el DOUE*».

A raíz de esa sentencia, algunas resoluciones del TACRC (entre otras, la Resolución 418/2015) siguieron el criterio fijado por la Audiencia Nacional. Aprobado el Reglamento y aun sin haber entrado en vigor, el TACRC desde la Resolución 972/2015, aplica el criterio del Reglamento.

77. La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, en su artículo 21 establece la misma regla.

4.2. El «dies a quo» para recurrir los pliegos cuando los mismos se han puesto a disposición de los licitadores por medios electrónicos

Una de las cuestiones procesales controvertidas, es la que se refiere al cómputo de plazo para interponer el recurso especial cuando el acto recurrido son los pliegos y estos han sido puestos a disposición de los licitadores por medios electrónicos. Durante 2015, los tribunales han mantenido criterios divergentes y la confusa redacción del artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no parece que vaya a resolver la cuestión. A continuación, se exponen las distintas posturas.

Los tribunales entendían mayoritariamente que, en estos casos, el plazo de 15 días comenzaba a computarse a partir de la fecha en que concluye el plazo de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores.

Esta era la doctrina aplicada por el TACRC (Resoluciones 27/2011, 228/2011 329/2011, 231/201, etc.), el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdos 19/2011, 25/2011, 30/2011, etc.), y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid (Resoluciones 1/2011, 4/2011, 38/2011, etc.).

El Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 19/2011, citando la Resolución del TACRC 21/2011 argumenta:

«(...) el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a) [artículo 44 TRLCSP] se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la LCSP[artículo 158 TRLCSP], el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al supuesto contrario».

Y prosigue:

«(...) ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a estos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos».

Se separaba de este criterio el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que entendía, entre otras en su

Resolución 109/2012, que el cómputo del plazo se iniciaba *«a partir del día siguiente a aquel en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP, es decir, a aquel en que se ha producido la publicidad en los diarios oficiales correspondientes y en el perfil de contratante».*

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, dictada en el recurso 264/2011 del TACRC obligo a replantear la posición mayoritaria. La Sentencia afirma que:

«(...) no puede sostenerse jurídicamente el criterio que el TACRC mantiene de que cuando el acto recurrido sean los pliegos y su puesta a disposición haya tenido lugar por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o bien no se pueda determinar fehacientemente la fecha de puesta a disposición de los pliegos, debe computarse dicho plazo por razones de seguridad jurídica a partir de la fecha límite de presentación de las proposiciones».

El criterio de la Audiencia Nacional fue adoptado por el TACRC (Resolución 534/2013 y Memoria del ejercicio 2013), el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (que adaptó en este sentido su «Guía informativa sobre regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y procedimientos seguidos ante el mismo» por Resolución 2/2013), y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (entre otras, Resolución 30/2014).

Sin embargo, el Acuerdo del TACPA 66/2014, de 10 de noviembre, (con voto particular) que se confirma en el Acuerdo 67/2014, de 10 de noviembre, justifica el mantenimiento del criterio de que el plazo para la impugnación de pliegos se inicia acabado el plazo de presentación de ofertas. El argumento es el siguiente:

«Sin embargo, la tesis expuesta en dicha Sentencia, aunque bien argumentada desde una perspectiva formal, no es compartida por este Tribunal administrativo, que mantiene el criterio de sus Acuerdos anteriores. Y ello por los siguientes motivos:

a) *En primer lugar, porque, siendo el recurso especial un recurso potestativo, el sistema de cómputo de plazos debe interpretarse en el contexto de la eficacia útil del recurso que exige la Directiva 89/665. Este carácter no preclusivo del recurso especial aconseja una interpretación de las causas de inadmisión, que facilite el control de las posibles ilegalidades, de manera que el plazo para interponer el recurso inicie su cómputo en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJCE de 28 de enero de 2010, Uniplex, C-406/08, aparta-*

dos 30 a 32). Desde esta doctrina del TJUE, entender como dies a quo la publicación en el perfil puede suponer una limitación a la efectividad del recurso, que no se puede explicar por la necesaria celeridad del procedimiento de recurso especial, pues, al no tener carácter preclusivo, siempre quedará expedita la vía contencioso-administrativa, con lo que la finalidad de la causa de inadmisión por extemporaneidad queda desnaturalizada. Por ello, una interpretación «amplia» del día de inicio del plazo, en nada perjudica al interés público, más bien al contrario.

b) *En segundo lugar, porque los plazos de impugnación deben ser claros y ciertos. La certeza del plazo de impugnación –que es clara y evidente en cuanto a la impugnación de los actos de trámite o de adjudicación de la licitación–, no solo no existe en el supuesto de la impugnación de los pliegos, sino que se complica al hacer depender la misma de la interpretación de un concepto jurídico indeterminado (el concepto de «puesta a disposición») que admite diferentes lecturas o apreciaciones.*

c) *En tercer lugar, y en cuanto atañe a este recurso, porque el propio pliego, como podría haber hecho, no aclara la cuestión, al reproducir la cita literal de la Ley –con error en cuantías del recurso y denominación del órgano de control–, y sin mencionar la propia Ley 3/2011 de Aragón. La oscuridad del plazo de impugnación no ha sido resuelta por el pliego y, por ello, puede considerase que hay una información defectuosa sobre los plazos de impugnación.*

   Y, dado que la doctrina del Tribunal de Aragón es de directa aplicación y no ha sido ni siquiera cuestionada, debe ser esta la que sirva de parámetro interpretativo.

   Criterio interpretativo que también, con matices, adopta el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (aceptado, lógicamente, por el órgano de recursos contractuales del País Vasco), en su Sentencia número 553/2013, de 28 de octubre, que sostiene –sin que exista tampoco jurisprudencia consolidada– por su parte que: «El plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación no comienza a correr, como interpreta la recurrente, en la fecha en que el interesado pudo conocer el contenido del pliego o documento objeto de esa impugnación porque tal solución ad casum no se compadece con las previsiones del artículo 314-2 en relación al artículo 142 de la Ley 30/1997 que no fijan el dies ad quem con referencia a tal eventualidad sino a la fecha en que ciertamente el pliego y los otros documentos contractuales son recibidos por el licitador o puestos a su disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, de oficio o a solicitud del interesado presentada antes de que finalice el plazo de presentación de las ofertas, y como en el presente caso no hay constancia

de la comunicación de que aquellos documentos hubiesen sido recibidos o puestos a disposición del recurrente por alguno de los medios señalados el plazo de interposición no comenzó a correr sino desde el día siguiente hábil al de vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, según ha interpretado el Órgano competente.

En conclusión, no es la posibilidad de conocimiento del pliego recurrido sino la recepción o acceso del licitador a dicho documento por alguno de los medios previstos por la norma la que determina por elementales razones de seguridad jurídica el inicio del plazo de interposición del mencionado recurso.

La interpretación de la recurrente por lógica que se considere, entiéndase desde la perspectiva de la actio nata consustancial a los plazos –sobre todo civiles– de la prescripción (artículo 1.969 del Código civil) no puede ser aceptada respecto a normas administrativas asentadas en otros criterios de cómputo que atienden como decimos no a la fecha en que interesado pudo conocer motu propio el documento sino a la fecha en que ciertamente lo recibió o pudo disponer de él por alguno de los medios ad usum –informáticos– señalados por la norma».

d) *En cuarto lugar, y como argumento adicional para explicar la doctrina «amplia» de este Tribunal, hay que poner de relieve la especialidad y particularidad que supone el plazo de impugnación de pliegos. En la impugnación de pliegos la legitimación activa es más amplia –como se ha justificado en el fundamento de derecho primero de este Acuerdo– y donde una declaración de caducidad del recurso conlleva la imposibilidad de cuestionar en otro momento procedimental –salvo vicio de nulidad– cualquier motivo de invalidez por aplicación del principio según el cual el pliego, por consentido, es firme y lex contractus.*

En definitiva, una interpretación restrictiva laminaría de hecho los casos de legitimación activa de interesados que representan intereses colectivos –Asociaciones empresariales, Colegios profesionales, sindicatos, etc.– lo que condicionaría una de las propias esencias del recurso especial, que descansa en la idea de garantizar de forma efectiva el derecho a una buena administración.

En conclusión, este Tribunal administrativo, a expensas de la reforma o modificación del TRLCSP, o de una jurisprudencia que consolide una u otra interpretación de la Ley, considera conveniente mantener la doctrina relativa a que el plazo de quince días de impugnación de pliegos debe ser interpretado de conformidad a la doctrina del TJUE, lo que implica que el mismo se iniciará cuando efectivamente tenga acceso a los mismo el interesado y, en su defecto, en ausencia de otra previsión legal, desde la fina-

lización del plazo de presentación de proposiciones. Esta interpretación es compatible con la regla de que cualquier interesado, con una diligencia normal, se encuentra en condiciones efectivas de interponer un recurso contra las eventuales infracciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, y con la doctrina de la STJUE 11 de octubre de 2007, Lämmerzahl, en la que se indica que «... los plazos de caducidad nacionales y sus condiciones de aplicación no deben, por naturaleza, imposibilitar ni dificultar excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que el Derecho europeo confiere, en su caso, al interesado» (apartado 52). En definitiva, que los plazos y su cómputo para interponer recursos en materia de contratación, no deben dificultar la posibilidad de los interesados de recurrir las decisiones y actos impugnables, debiendo realizarse una interpretación de los preceptos aplicables acordes con el principio de seguridad jurídica, de modo que no se reste de eficiencia y transparencia a la actividad de contratación administrativa».

4.3. Recurso contra el acto de exclusión del licitador

La exclusión de los licitadores, en tanto que acto de trámite cualificado que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento, resulta un acto susceptible de ser recurrido por la vía del recurso especial. El *dies a quo* para recurrir comienza a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, según dispone el art. 44.2.b TRLCSP, lo que puede ocurrir bien en el momento de la adjudicación o bien en un momento anterior cuando se adoptó el acto de exclusión, sin que ambas posibilidades sean acumulativas. Este es el criterio que han adoptado los tribunales, que también recomiendan la comunicación independiente de los actos de exclusión por razones de seguridad jurídica, eficiencia y eficacia en la tramitación de los procedimientos de adjudicación.

Como explica el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 89/2015:

«En la práctica existen dos posibilidades de recurso; frente al acto de exclusión, como acto de trámite cualificado, y frente al acto de adjudicación. Pero ambas posibilidades, con carácter general, no son acumulativas, sino de carácter subsidiario, a fin de impedir una «doble acción». Es esta la postura unánime de los Tribunales administrativos de recursos contractuales al respecto (entre otras, Resoluciones 50 y 107/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y Resoluciones 77 y 100/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid). En este punto, este Tribunal administrativo estima necesario realizar unas consideraciones previas sobre

los aspectos formales referidos a la notificación de la exclusión y de la posterior adjudicación, para seguidamente entrar en las cuestiones de fondo planteadas en el recurso.

Tal y como este Tribunal ha recordado en los Acuerdos 3 y 4 de 2015, de 9 de enero, dos son las opciones que, en abstracto, se le presentan al órgano de contratación en un supuesto como el que se analiza. Bien notificar a todos los licitadores de manera simultánea (tanto al adjudicatario, como al resto de licitadores, admitidos y excluidos) la adjudicación; bien notificar con carácter previo la exclusión a aquellos para los que la misma pone fin al procedimiento de contratación. Esta última es la recomendada reiteradamente por este Tribunal administrativo.

En el procedimiento, el órgano de contratación comunicó a la recurrente su exclusión en el momento de notificarle la adjudicación del contrato, mediante la notificación de la Orden de 5 de agosto de 2015 –remitida el 7 de agosto de 2015–. También se publicó la Orden de adjudicación en el Perfil de contratante el 7 de agosto de 2015.

Este Tribunal administrativo ha mantenido ya en ocasiones anteriores, como en sus Acuerdos 37/2013, de 10 de julio, y 23/2014, de 8 de abril, que si bien la comunicación de los acuerdos de exclusión no resulta obligada por el TRLCSP, son actos de trámite que impiden la continuación en el procedimiento, motivo por el que la Ley permite su impugnación separada, por lo que resulta necesario notificar y explicitar los motivos de la exclusión para evitar indefensión y que la posibilidad de recurso sea real, y no meramente formal.

Por razones de seguridad jurídica, eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos de contratación –y para evitar incidencias como la presentación de un recurso frente a la adjudicación cuyo objeto sea una exclusión anterior que, de prosperar, implicaría la inclusión del licitador afectado y, con ello, la necesidad de retrotraer las actuaciones al momento de la exclusión–, es aconsejable la notificación de la exclusión en el momento en que se produzca, sin necesidad de esperar al momento de la adjudicación del contrato. Pero se debe recalcar aquí que es aconsejable, pero no exigible legalmente, pues no existe un precepto que exija esta notificación independiente, y únicamente el artículo 151.4 TRLCSP exige que la notificación de la adjudicación se practique a los licitadores afectados, debiendo contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, comunicando a los licitadores excluidos de forma resumida, cuales son las razones por las que no se ha admitido su oferta; y porque siempre se podrá interponer recurso contra la adjudicación.

No puede olvidarse, que la motivación de la decisión de exclusión del procedimiento de licitación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite al interesado conocer los argumentos

utilizados por la Mesa de contratación que permitan, en su caso, impugnar la misma.

Pues bien, aunque como se ha señalado, las posibilidades de recurso, frente al acto de exclusión y frente al acto de adjudicación, con carácter general, son alternativas, en este caso –en consideración a la falta de notificación en el momento procesal oportuno del acto de exclusión, y a que la misma se produce por un motivo (inviabilidad de la oferta) que nada tiene que ver con la oferta) que nada tiene que ver con la valoración técnica de las propuestas, verificada previamente– procede admitir y analizar todos los motivos del recurso. Y ello porque, como se ha señalado, la regla de subsidiariedad tiene como fin último evitar los efectos propios de la «doble acción», lo que no concurre en este caso».

El Reglamento acoge esta postura y el artículo 19.3 dispone:

«Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión».

Obviamente, como establece el apartado 5 del Reglamento y como también ha señalado la doctrina, es necesario que la comunicación del acto de exclusión cumpla los requisitos establecidos para las notificaciones en el artículo 58.2 LRJPAC. En este sentido el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en su Resolución 70/2011 considero que no resulta suficiente con comunicar la exclusión para que comience el cómputo del plazo para interponer recurso, sino que es preciso también que se comuniquen los motivos que justifican la exclusión, y hasta que el licitador no los conozca no puede iniciarse el cómputo del plazo.

5. ANUNCIO PREVIO DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

En el art. 44.1 TRLCSP se recoge, como requisito previo a la interposición del recurso especial en materia de contratación, el anuncio del mismo, por escrito, al órgano de contratación cuya actuación se recurra. La finalidad de dicho anuncio es que el órgano de contratación sepa que, contra su resolución, sea cual fuere esta, se va a interponer el pertinente recurso.

Como ya se ha expuesto anteriormente la postura unánime de los tribunales administrativos ha sido considerar que la falta de presentación del anuncio previo se entiende subsanada por la presentación del recurso

en el registro del órgano de contratación, y esta doctrina se ha recogido como norma positiva en el artículo 17 del Reglamento.

Sin embargo, no se da esa misma unanimidad cuando el recurso especial se presenta finalmente en el registro del tribunal administrativo competente para su resolución, no habiendo sido anunciado previamente ante el órgano de contratación.

Existe así el criterio de quienes consideran que se trata de un defecto subsanable y, en consecuencia, habrá de requerirse al recurrente con el fin de que lo corrija, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.4.e) y 44.5 TRLCSP (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 40/2011; Resolución del Tribunal de Contratos Públicos de la Junta de Andalucía 112/2012; y en las Guías de Procedimiento de ambos Tribunales disponibles en sus páginas web).

Otros órganos de recursos contractuales mantienen posiciones distintas. El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en sus Resoluciones 17/2013 y 24/2013, considera que la falta de anuncio previo se entiende subsanada cuando conste que con anterioridad a la presentación del recurso especial, el órgano de contratación haya tenido de otro modo noticia de la intención de presentar el recurso, o cuando simplemente no se ha realizado. En ambos casos se entiende subsanada tal irregularidad con la reclamación del expediente realizado por el tribunal, momento en el que el poder adjudicador necesariamente conocerá del recurso.

El TACRC también considera que no es necesario subsanar la falta de anuncio previo. En la Resolución 211/2013, argumenta:

«... el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que la entidad contratante conozca que contra su resolución se va a interponer la pertinente reclamación, lo cual se consigue, igualmente, cuando por el Tribunal se reclama, con remisión del escrito de interposición de la reclamación, el expediente de contratación, junto con el cual la entidad contratante habrá de remitir en el plazo de 2 días hábiles el correspondiente informe. El principio de economía procesal impone esta conclusión, ya que carecería de eficacia práctica que el Tribunal acordara la subsanación de la falta de anuncio previo para, inmediatamente después de acreditada la corrección de la falta de este requisito, solicitar la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad de dicho anuncio se cumple con la reclamación del expediente, sin que esto suponga indefensión material para la entidad contratante».

Y este criterio lo ha seguido manteniendo después de la entrada en vigor del Reglamento, así la Resolución 1120/2015, de 4 de diciembre.

6. LUGAR DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO

Como ya se ha reseñado anteriormente, el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece en el artículo 18 el lugar de presentación del recurso. Este precepto incorpora el criterio de los tribunales de contratos que no han considerado aplicable de forma subsidiaria el artículo 38.4 de la LRJPA, aunque admiten el recurso presentado en un lugar distinto a los indicados por el art. 44.3 TRLCSP, si tiene entrada en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso, aunque sea en formato electrónico, antes de que finalice el plazo para su interposición.

7. LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Los procedimientos de recurso especial en materia de contratación suelen terminar por medio de una resolución. Normalmente una que entra en el fondo del asunto controvertido. Sin embargo, existen supuestos en los que los órganos de recurso no tienen que abordar en las resoluciones de los recursos las cuestiones materiales planteadas, como en los casos de desistimiento de los recurrentes, allanamiento del órgano de contratación, o por desaparición del objeto del recurso en el momento de la resolución. Sobre la resolución final se han planteado la posibilidad de hacer aclaraciones, y sus efectos en algunos supuestos.

7.1. La solicitud de aclaración de la resolución

El Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, prevé expresamente en su artículo 32 que el órgano de contratación y los interesados en el procedimiento de recurso que hubiera comparecido en él, puedan solicitar la aclaración o rectificación de aquellas resoluciones que en su opinión contienen algún concepto oscuro o algún error material. Para ello deben presentar la solicitud en el registro del Tribunal dentro del plazo de tres días hábiles a contar desde la recepción de la notificación de la resolución y el Tribunal deberá pronunciarse dentro del día hábil siguiente.

Los tribunales ya venían aceptando las solicitudes de aclaración, en aplicación de lo dispuesto en la LRJPA en cuanto a los principios generales que deben presidir la actuación de las Administraciones Públicas y su relación con los ciudadanos, en su artículo 3; así como a los principios de

cooperación y asistencia que, entre otros, rigen las relaciones entre las Administraciones Públicas como indica el artículo 4 del mismo texto legal. Ello siempre respetando, como no podía ser de otro modo, el principio de invariabilidad de las Resoluciones.

Así, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid admitió la solicitud de aclaración respecto de su Resolución 51/2015. Se trata de un supuesto en que consideró que no concurría el presupuesto para adjudicar el contrato en la modalidad de negociado sin publicidad, por exclusividad, del artículo 170. d) del TRLCSP, y el órgano de contratación plantea la imposibilidad de cumplir la Resolución adoptada, al haberse ejecutado y liquidado el contrato.

7.2. Efectos de la resolución cuando el contrato ha sido ya adjudicado o incluso está en ejecución

Existen supuestos en que la resolución estima que la adjudicación ha sido contraria al ordenamiento jurídico, y, sin embargo, el contrato ha sido formalizado e incluso está en ejecución, sin que haya existido actuación irregular del órgano de contratación. Son aquellos casos en que, por ejemplo, a consecuencia de una recalificación de la naturaleza jurídica del contrato de la que resulta la sujeción al recurso especial, se conoce del recurso habiéndose formalizado ya el contrato, o el supuesto que aborda el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución 51/2015 en el que el Tribunal consideró que no concurría el presupuesto para adjudicar el contrato en la modalidad de negociado sin publicidad, por exclusividad, del artículo 170. d) del TRLCSP.

El órgano de contratación planteó al Tribunal una solicitud de aclaración de la Resolución, ante la imposibilidad de cumplir el Acuerdo adoptado, al haberse ejecutado y liquidado el contrato. En esta aclaración, se concluye que la Resolución objeto de aclaración, declaraba la nulidad del contrato y la procedencia de que el mismo entrara en fase de liquidación, con los efectos que previene el artículo 35.1 TRLCSP: «*La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*».

Se recordaba que esta regulación es fruto de la transposición de las directivas de recursos, –Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamen-

tarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras, modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre–, en cuyos considerandos 13 y 14 se expone que:

«(13) Con el fin de luchar contra la adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del Derecho europeo en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. Por consiguiente, todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal debe considerarse en principio sin efectos. Esta falta de efectos no debe ser automática, sino que debe quedar sometida a la comprobación de un órgano de recurso independiente o derivar del resultado de una decisión de dicho órgano.

(14) La falta de efectos es la manera más eficaz de restaurar la competencia y de crear nuevas oportunidades empresariales para aquellos operadores económicos a los que se haya privado ilegalmente de sus oportunidades de competir. Las adjudicaciones directas, en el sentido de la presente Directiva, deben incluir todas las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea en el sentido de la Directiva 2004/18/CE. Esto corresponde a un procedimiento sin convocatoria de licitación previa en el sentido de la Directiva 2004/17/CE».

Termina la resolución explicando detalladamente los efectos del artículo 35. Un efecto principal, cual es la restitución recíproca de las prestaciones, y otro subsidiario o supletorio, cuando no sea posible la restitución in natura, consistente en la devolución del valor de las cosas que se hubiesen recibido. Junto a estos se prevé también un efecto eventual que es la indemnización de daños y perjuicios.

V. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS MATERIALES O DE FONDO DEL RECURSO

En este apartado abordamos el análisis de algunas resoluciones que, a lo largo de 2015, dictaron los órganos de recurso especial en relación con cuestiones «de fondo» o sustantivas. Para una mejor comprensión, las resoluciones han sido sistematizadas en tres grandes bloques. El primer grupo se refiere a cuestiones que traen causa de recursos presentados contra el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas; un segundo grupo se refiere a la doctrina sentada en recursos presentados contra la adjudicación de contratos públicos; y, por último, el tercer bloque, reúne las cuestiones relacionadas con

el desistimiento del contrato, el procedimiento negociado, o la defensa de la competencia, entre otras.

1. LOS PLIEGOS QUE HAN DE REGIR LA ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Analizaremos la doctrina sentada en relación con el contenido de los pliegos que rigen la adjudicación y posterior ejecución del contrato sobre la aptitud para contratar, los requisitos de solvencia y las fórmulas de valoración de las ofertas, así como los pronunciamientos respecto de cláusulas que incluyen condiciones de territorialidad, condiciones resolutorias o tramites en el procedimiento que van más allá de lo legalmente previsto.

1.1. Aptitud para contratar

De conformidad con lo dispuesto en el art. 54 TRLCSP, para contratar con el sector público resulta necesario acreditar la plena capacidad de obrar, la ausencia de prohibiciones de contratar, la solvencia económica y financiera, y técnica o profesional o, en su caso la clasificación, y contar con la habilitación empresarial o profesional que sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato. Si se trata de personas jurídicas deberán justificar, además, porque así lo exige el art. 57 TRLCSP, que las prestaciones objeto del contrato están comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

1.1.1. Incompatibilidades para contratar

La aptitud general para contratar se ve limitada para dos supuestos concretos en virtud de las incompatibilidades para contratar que establece el art. 56 TRLCSP.

El apartado segundo se refiere a la imposibilidad de adjudicar un contrato que tenga por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras, ni a las empresas a estas vinculadas. El TACRC en la Resolución 804/2015 entendió aplicable este precepto al caso analizado, en el que el licitador de un contrato de dirección de obra incluye en su oferta dentro del equipo técnico, a personal que la empresa adjudicataria de la obra había presentado como compromiso de adscripción de medios.

1.1.2. Habilitación empresarial o profesional

La habilitación empresarial o profesional ha sido definida por la Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado en el Informe 1/2009, como la aptitud legal o título habilitante para el ejercicio de una profesión.

Sobre este requisito de aptitud han sido dos los pronunciamientos relevantes de los órganos competentes para conocer del recurso especial. El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 419/2015, se pronunció sobre la posibilidad de suplir la falta de habilitación empresarial del licitador mediante la subcontratación:

«No se podrá suplir la falta de habilitación amparándose en lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP, puesto que –como se ha venido argumentando– no nos encontramos ante un requisito de solvencia estrictamente, sin perjuicio, eso sí, de la posibilidad de que disponen los licitadores de complementar la habilitación profesional –entendiendo que se complementa algo de lo que previamente se dispone– por los medios que permite el TRLCSP, como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 6/2010, de 21 de diciembre, que concluye «El empresario podrá complementar la acreditación de la habilitación empresarial o profesional que precisa para ejecutar el contrato, basándose en la habilitación y medios de una sociedad de su grupo de empresas, por disponer efectivamente de sus medios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 [actual 63 TRLCSP], 54 [actual 65 TRLCSP] y 56 [actual 67 TRLCSP] de la LCSP para la integración de habilitación y solvencia con medios externos».

Este mismo criterio favorable a que se pueda complementar la habilitación empresarial ha sido sostenido por el TACRC, que a su vez ha visto refrendada su postura en recientes pronunciamientos judiciales como la sentencia de 16 de marzo de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que confirma la Resolución del TACRC 114/2013, sobre la prestación dentro de un contrato de vigilancia privada del servicio de central de alarmas.

La Resolución 1172/2015 del TACRC se pronuncia sobre la exigencia de que, en un contrato de mantenimiento de componentes de una determinada marca, el adjudicatario tenga que ser *partner* autorizado de la empresa fabricante. Entiende que este requisito no atenta contra el principio de libre competencia, pero que en ningún caso se puede exigir como habilitación empresarial o solvencia técnica.

1.2. Requisitos de solvencia

1.2.1. Incompatibilidad del requisito de la clasificación con la exigencia adicional de requisitos de solvencia

El artículo 62 TRLCSP determina una incompatibilidad entre el requisito de la clasificación empresarial y la exigencia de requisitos adicionales de solvencia. Así lo han determinado en varias ocasiones los órganos de recurso especial, por ejemplo, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid[78] o el TACRC. Sin embargo, este último ha considerado que no es incompatible la exigencia de clasificación con que el PCAP pueda imponer la necesidad de acreditar el cumplimiento de las normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental. En este sentido, la Resolución 989/2015, con cita a la Resolución 782/2014, señala: «*(...) no es incompatible con que los Pliegos puedan imponer la necesidad de acreditar el cumplimiento de estas normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental incluso cuando es preceptiva la oportuna clasificación*».

1.2.2. Exigencia como solvencia técnica de una cualificación profesional específica

El TACRC se ha pronunciado durante 2015 en varias resoluciones sobre la exigencia como solvencia técnica de una cualificación profesional específica, entendiendo con base a la jurisprudencia sobre la materia, que esta posibilidad debe de ser objeto de interpretación restrictiva. Así en la Resolución 820/2015 dice:

«*En efecto, si acudimos a la doctrina jurisprudencial dictada en esta materia, de su examen cabe destacar una idea fundamental: frente al principio de exclusividad y monopolio competencial ha de prevalecer el principio de «libertad con idoneidad» (por todas, STS de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987, 8685), de 27 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4196), o de 20 de febrero de 2012 (JUR 2012, 81268), principio este último coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988 y de 16 de septiembre de 1999), debiendo dejarse abierta la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar (STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007, 6693)).*

En este sentido, en la STS de 22 de abril de 2009 (RJ 2009, 2982) se afirma lo siguiente: «[...] Con carácter general la jurisprudencia de esta Sala vienen

78. En la Resolución n.º 23/2011 declaró que «*... la exigencia de forma acumulativa de requisitos de solvencia y clasificación a los licitadores en el PCAP, es contraria a lo establecido en la LCSP*».

manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues [...] la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, estas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido».

Es importante destacar que no se trata del reconocimiento de un derecho a la igualdad de todos los profesionales, sino de aquellos que tienen la «capacidad técnica real para el desempeño de las respectivas funciones». En definitiva, la jurisprudencia rechaza el monopolio de competencias a favor de una profesión técnica determinada al mantener la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un determinado nivel de conocimientos técnicos».

1.2.3. Integración de la solvencia con medios externos

El TACRC admite en la Resolución 1157/2015, la integración con medios ajenos de la solvencia técnica referida a la experiencia de la empresa licitadora, modificando el criterio sostenido en anteriores resoluciones. Así, en la Resolución 254/2011, sostuvo que la integración de la solvencia con medios externos debería limitarse a aquellos requisitos de solvencia basados en disponibilidad de medios personales o materiales, pero no a aquellos ligados a cualidades del propio licitador tales como la experiencia o la buena ejecución de contratos anteriores.

Sin embargo, la Resolución 1157/2015 dice: «*Pues bien, partiendo de lo expuesto, en nuestro caso observamos que la licitadora presenta la experiencia de una empresa participada íntegramente por ella, lo que, por una parte, permite «levantar el velo» de sus diversas personalidades jurídicas. Pero, además, se observa que no se trata de que la empresa a cuya capacidad se acude vaya a prestar el servicio, sino que pone sus medios a disposición de la licitadora, mediante un compromiso al efecto (como permite el art. 63 transcrito), y de modo que, según resulta del expediente, el personal técnico que ofrece la licitadora acredita su experiencia precisamente en trabajos realizados para tal empresa a cuya solvencia se acude. Lo que entendemos*

cumplimenta la finalidad perseguida por la norma aplicable (la Directiva de 2004, menos explícitamente restrictiva que la de 2014, y nuestro art. 63 TRLCSP) de garantizar que la capacidad acreditada por la experiencia se va a poner al servicio de la ejecución del concreto contrato al que se licita.

Por lo que entendemos que, en el caso que nos ocupa, y por las circunstancias reseñadas, la solvencia de la adjudicataria está debidamente integrada con medios ajenos».

1.3. Los criterios de adjudicación: fórmulas de valoración de las ofertas

El TACRC en la Resolución 326/2015, hace referencia al establecimiento de umbrales de saciedad en la valoración de mejoras económicas que no considera justificado «*ya que limita las mejoras de las posibles ofertas a una cantidad máxima, sin que a partir de dicha cantidad se puedan valorar las ofertas superiores que pudieran hacerse, lo que constituye un umbral de saciedad carente de justificación, pues no hay razón alguna para que no puedan proponerse ofertas superiores sobre el canon mínimo con el consiguiente incremento de puntos para tales ofertas y el consiguiente beneficio económico para la Administración. Lo que impone la estimación del recurso en cuanto a esta alegación».*

En la Resolución 4/2016 se anula también una cláusula que, de hecho, penaliza a las ofertas más económicas dado que se establece un criterio de valoración que priva de relevancia práctica a las ofertas cuya baja vaya más allá del límite de referencia fijado en los pliegos*:*

«(...) en correspondencia con el objetivo confesado de la fórmula que consiste en disuadir bajas que el órgano de contratación considera incompatibles con el objeto del contrato. Su efecto es pues semejante al de los umbrales de saturación tratados por el Tribunal, de modo que puede afirmarse que se está penalizando a las ofertas más baratas de tal modo que, por debajo de ese determinado límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado a la Administración, no obtienen una puntuación relevante, de modo que se disuade una posible mayor baja o economía en el contrato, al tiempo que no se permite la formulación de alegación alguna por parte de los contratistas en justificación de su oferta de modo que la baja obtenga una puntuación relevante».

También incluye un interesante análisis sobre la fórmula para valorar el criterio precio el Acuerdo 94/2015 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

1.4. Cláusulas de territorialidad: disponer de sede o instalaciones en un ámbito territorial, como condición de ejecución

La inclusión en los pliegos de cláusulas que exijan disponer de una delegación, sede, o de determinadas instalaciones en el lugar de ejecución

del contrato o en sus alrededores no se puede considerar como un medio de acreditación de la solvencia de las empresas, y su posible establecimiento como criterio de adjudicación, en casos muy concretos, o como condición de ejecución de los contratos, se tiene que analizar caso por caso, Así lo afirman el TACRC en su Resolución 967/2015, y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución 187/2015, que dice:

«*De esta forma a priori no puede afirmarse con carácter general que la exigencia de tener un establecimiento físico a determinada distancia del término municipal constituya una restricción a la libre competencia, sino que habrá que examinarla al caso concreto.*

Descendiendo un paso más en el análisis de la exigencia, cabe señalar que el parámetro de legalidad de la medida, es la justificación de su necesidad en relación con el objeto del contrato. En este Sentido puede traerse a colación la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2015, Grupo Hospitalario Quirón SA contra Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco e Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad, Asunto C-552/13. "Pues bien, la exigencia de que un centro de ese tipo deba estar situado imperativamente en un término municipal concreto que debe ser el lugar de prestación exclusivo de los servicios médicos de que se trata, prevista en las cláusulas administrativas particulares y las especificaciones técnicas de los contratos n.º 21/2011 y 50/2011, constituye, habida cuenta de la situación geográfica del asunto principal, una obligación de ejecución territorial que no sirve para alcanzar el objetivo enunciado en el apartado anterior de la presente sentencia, a saber, garantizar la proximidad y la accesibilidad del centro hospitalario privado de apoyo, en interés de los pacientes, de sus allegados y del personal médico que ha de desplazarse hacia dicho centro, garantizando al mismo tiempo un acceso igual y no discriminatorio a esos contratos de todos los licitadores"».

1.5. Cláusulas que incluyen una condición resolutoria del contrato

Varias son las resoluciones que se han ocupado de la posibilidad de incluir en los pliegos cláusulas que contengan una condición resolutoria del contrato. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en el Acuerdo 35/2015, considera inadmisible que la adjudicación se someta a una condición resolutoria que liga la eficacia del contrato al resultado de la impugnación contencioso-administrativa de una licitación anterior sobre el mismo servicio, de este tenor:

Cláusula 29 PCAP: «*La adjudicación que se derive de este pliego de condiciones estará vigente mientras el Tribunal Contencioso administrativo de Navarra resuelva el recurso interpuesto contra la adjudicación de la gestión de este*

servicio y siempre que dicha resolución falle en contra de este Ayuntamiento de Huarte. En caso contrario, si la sentencia dictada falla a favor del Ayuntamiento de Huarte, tendrá validez el pliego de condiciones y la adjudicación del expediente administrativo CONTR/ABIERTO/2014/1».

El Tribunal considera que no existen razones de interés público que motiven la inserción de la cláusula en los PACP, y que la misma tampoco puede ser admitida legalmente bajo el paraguas de la libertad de pactos que la legislación contractual otorga a las entidades contratantes, pues resulta además de ilegal porque haría depender el cumplimiento del contrato de la propia voluntad de la entidad contratante, abusiva.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por su parte, admite en la Resolución 164/2015, el establecimiento de una condición resolutoria que consiste en: «*este contrato se somete a condición resolutoria de manera que, si se adjudicara un Acuerdo Marco o Contrato Centralizado para la adquisición centralizada de los mismos productos objeto de este contrato, en cuyo ámbito de aplicación se encontrasen los centros que lo promueven, este contrato individual, en relación con el lote o lotes afectados, quedaría resuelto desde la entrada en vigor del procedimiento referenciado, siempre que las condiciones de adjudicación de Acuerdo Marco o Contrato Centralizado sean más favorables para estos centros*».

El Tribunal entiende que la misma se adecúa al artículo 223 TRLCSP pues el PCAP no está obviando, el régimen de resolución de los contratos, sino que establece un supuesto concreto de resolución del mismo que se inserta en el apartado h) o g) del artículo 223 del TRLCSP.

1.6. Cláusulas que incluyen un trámite que consiste en verificar que el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, cumple las prescripciones técnicas

El TACRC ha dedicado varias resoluciones a analizar si resulta admisible incluir en los pliegos que rigen la contratación un trámite que consista en verificar que el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, cumple las prescripciones técnicas exigidas, y ha concluido que no es legalmente posible[79]. En la Resolución 589/2015, argumenta detalladamente su posición:

«(...) *este Tribunal ha considerado que las cláusulas 3.6 y 3.7 del PCP deRed. esestablecen un trámite que implica la instauración de una fase en el procedimiento de licitación que no parece encontrarse contemplada en la normativa legal de*

79. La Memoria del TACRC reseña sobre esta cuestión la Resolución 411/2015.

aplicación (fase de requerimiento de información y verificación del cumplimiento de las condiciones exigidas en el PPT con carácter previo a la adjudicación), teniendo dicha fase la trascendencia esencial de permitir o impedir la continuación de un licitador en el procedimiento selectivo, y dar lugar, o no, a la adjudicación en su favor del contrato.

Y, a la vista de ello, puntualizábamos que más allá del requerimiento contemplado en el artículo 151.2 del TRLCSP (y, en su caso, el que se pueda formular al licitador para la acreditación del cumplimiento de las condiciones de solvencia y, en general, de todas aquellas legalmente exigidas para contratar con la Administración, al amparo de lo dispuesto en el artículo 146.4 del TRLCSP, en aquellos casos en que en los pliegos se contemple la sustitución de la aportación de dicha documentación por una declaración responsable del licitador), no se prevé en la Ley la exigencia de aportación de ninguna otra documentación o información por parte de la empresa cuya oferta sea la más ventajosa económicamente, y, en particular, la acreditación del cumplimiento de las condiciones técnicas de ejecución del contrato previstas en el PPT, como condición necesaria para continuar en el procedimiento de licitación, y poder ser declarado adjudicatario del mismo.

Considerábamos igualmente en la citada Resolución que, aun cuando el trámite del requerimiento se encuentre expresamente previsto en el PCAP, ello no es impedimento para cuestionar la procedencia del mismo, en la medida en que la exigencia de información en cuestión pueda suponer una limitación a la libertad de acceso y a la libre competencia, ambos principios esenciales que deben regir la contratación del sector público, de suerte que debe concluirse que si una cláusula de un pliego recoge tal limitación, esta debe ser considerada nula de pleno derecho.

En esta línea de razonamiento, indicábamos que en este trámite no resulta procedente la exigencia de acreditación de disposición de los medios materiales necesarios para la ejecución el contrato, con lo que la información a requerir no puede venir referida a las condiciones de ejecución y características de los medios materiales previstos con carácter general en el PPT. La conclusión alcanzada sería distinta, sin embargo, en el caso de que de la información aportada por los propios licitadores en sus proposiciones pudiera derivarse una contradicción entre dicha proposición y las exigencias del PPT. En ese caso, según doctrina reiterada de este Tribunal, sí nos encontraríamos ante una causa válida de exclusión de la licitación.

En relación asimismo con este tipo de trámite, nos pronunciábamos en la Resolución n.º 478/2015, de 22 de mayo. Señalábamos en esta resolución que en estos casos se produce una exclusión con posterioridad a la valoración de las ofertas, es decir, cuando ya se conoce el contenido de las ofertas presentadas por las licitadoras concurrentes y, por lo tanto, es posible deducir quién será en su caso el adjudicatario.

En suma, en las resoluciones más recientes del Tribunal se hubo de conciliar esta doctrina recientemente establecida acerca del trámite que se establece en la cláusula 3.6 del PCP con la circunstancia de que en una previa resolución se vino a confirmar la validez de un acuerdo de exclusión sustentado en sus previsiones. Y, para enjuiciar la adecuación a Derecho de un acuerdo de exclusión basado en las cláusulas 3.6 y 3.7 del PCP se ha partido en las resoluciones más recientes de la premisa de que el único objeto que puede válidamente predicarse de un trámite como el que se considera, que debe considerarse como excepcional, es el de comprobar si, a partir de la información aportada por los propios licitadores en sus proposiciones, pudiera existir una contradicción entre una proposición y las exigencias del PPT. Y, asimismo, solo cabrá la exclusión de un licitador como consecuencia del resultado de tal comprobación cuando, a la vista de la oferta presentada, esta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca, sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos».

2. LAS RESOLUCIONES DE ADJUDICACIÓN

2.1. La aplicación de los criterios de adjudicación, la discrecionalidad técnica

Los órganos competentes para conocer del recurso especial han elaborado una completa doctrina sobre la discrecionalidad técnica como límite al control del recurso especial, fundamentalmente respecto de la valoración de las ofertas.

Destaca el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 98/2015, de 15 de noviembre que incorpora la doctrina más reciente del Tribunal Supremo en relación con el alcance de la discrecionalidad técnica [Sentencias de 24 de septiembre de 2014 (Recurso Casación 1375/2013), y de 16 de diciembre de 2014 (Recurso de casación 3157/2013], en la que se ha llegado a afirmar que en procesos selectivos de personal –prototipo de la discrecionalidad técnica– la valoración de los méritos y capacidad de un opositor ya no es campo vedado a los Tribunales de Justicia, ni la opinión del órgano calificador goza de la presunción de infalibilidad.

Dice el Acuerdo 98/2015:

«*Esta Sentencia (cuya doctrina ya se ha aplicado, por ejemplo, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 187/2015, de 11 de marzo) establece nuevas reglas para abordar el control de la denominada discrecionalidad*

técnica, que no puede ser confundida con los aspectos de carácter técnico o de valoración técnica. Se debe recordar que la discrecionalidad técnica y su presunción de certeza y de razonabilidad se justifica en la especialización e imparcialidad de los órganos seleccionadores (como advierte la STC 34/1995, de 6 de febrero), sin que se pueda extender sus efectos más allá de estos límites. Como ha recordado el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate. No existe, por ello, en el informe técnico, discrecionalidad técnica, sino conocimiento técnico propio de la pericia profesional. Y ese conocimiento técnico, aun cuando fuera cualificado, no implica la existencia de presunción de acierto iuris tantum».

La discrecionalidad no es aplicable a la valoración de los criterios de valoración automática, en la que no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración. La Resolución 796/2015 del TACRC puntualiza como una vez abiertos los sobres que contienen los criterios de valoración automáticos, no puede el órgano de contratación valorar técnicamente la adecuación o coherencia de las ofertas, salvo que dicha valoración se refiera a criterios también objetivos y que consten claramente en el pliego.

2.2. Condiciones en las que el órgano de contratación puede separarse del criterio de la mesa para adjudicar un contrato

La Resolución 91/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, analiza el artículo 160 del TRLCSP, que permite al órgano de contratación separarse de la propuesta efectuada por la Mesa de contratación, mediante la adecuada motivación de la decisión, concluyendo que el órgano de contratación deberá tener en cuenta el resto de los principios y requisitos que la Ley exige para la adjudicación de los contratos del sector público y muy especialmente el de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Después de citar las Sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, C31/87 y EVN y Wienstrom de 4 de diciembre de 2003, C-448/01, dice:

«(...) de manera que el órgano de contratación siempre debe, aplicando los criterios de valoración establecidos en los pliegos, adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, pudiendo eso sí separarse del criterio de la Mesa apreciando y motivando que la oferta propuesta no es la económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios establecidos en los pliegos.

Al no haberse establecido criterios de calidad en el PCAP y haberse producido un empate, que no ha sido posible desempatar con los criterios de la cláusula 15 de PCAP, y procediendo el sorteo, solo cabe adjudicar el contrato a la empresa que ha resultado favorecida por el mismo o bien separarse del criterio de la Mesa, pero eso sí fundamentando la separación en elementos atinentes a los criterios de adjudicación previstos en el pliego, que no olvidemos constituye la ley del contrato, tanto para los licitadores, como para el órgano de contratación y que en este caso no es la calidad, sino el precio».

3. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

3.1. El desistimiento del procedimiento de contratación: requisitos

El desistimiento del procedimiento de contratación es un acto recurrible al igual que la renuncia a celebrar el contrato, en cuanto que se trata de actos de trámite que impiden la continuación del procedimiento. La Resolución 351/2015 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía sintetiza la doctrina fijada hasta la fecha sobre los requisitos del acto de desistimiento del procedimiento de contratación:

«Sin embargo, el desistimiento, como potestad discrecional de la Administración, está limitado, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual dicha potestad debe cumplir los fines que le son propios al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones (Sentencias de 16 abril 1999 [RJ 1999, 4362] de 23 de junio de 2003 [RJ 2003, 4413], o Sentencia de 21 septiembre 2006 [RJ 2006, 6437], entre otras muchas).

El artículo 155 del TRLCSP regula, junto a la renuncia, el desistimiento como una forma de terminación de un procedimiento de contratación pública sin selección de ningún licitador (...).

A la vista de lo dispuesto en dicha disposición, como señaló el Tribunal Administrativo de de Contratos Públicos de Navarra en su Acuerdo 19/2013, de 31 de julio, que en síntesis señala que el desistimiento del procedimiento de contratación constituye una facultad de la Administración sujeta a una serie de requisitos que son los siguientes:

- *Debe acordarse por el órgano de contratación.*
- *Debe acordarse antes de la adjudicación del contrato.*
- *Debe justificarse en razones de interés público.*

– *Debe motivarse la causa y notificarse a los interesados.*

Por tanto, una vez verificado que el órgano adopta la decisión de poner fin a un procedimiento de contratación sin proceder a la selección de licitador y en el momento procedimental en que se adopta, lo que se impone de modo principal es analizar si la misma está suficientemente motivada».

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 13/2015, estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la decisión de retrotraer el procedimiento de licitación con apertura de nuevo plazo para presentación de ofertas en un contrato de servicios de alumbrado con un solo licitador, por falta de publicación del anuncio en el BOCM, considerando que el acto recurrido constituye un supuesto de desistimiento. Entiende que no concurre el requisito previsto en el artículo 155 del TRLCSP de que el desistimiento esté fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, al no ser obligatoria dicha publicación.

3.2. Procedencia de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes

La Resolución 918/2015 del TACRC se ocupa de los criterios para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes:

«(...) es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia (»eficiente utilización de los fondos públicos», en palabras de dicho precepto legal), principio que, en relación con la opción que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes.

Ahora bien, el artículo 1 del TRLCSP sanciona también, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las

licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia.

Por lo tanto, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios (eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte) lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes».

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se pronuncia en el Acuerdo 111/2015 sobre la aplicabilidad del criterio *pro* división en la nueva Directiva:

«*Como ya recordó este Tribunal administrativo en su Acuerdo 60/2015, de 15 de mayo, la Directiva 2014/24/UE, ya en vigor (aunque no transpuesta), establece la regla general de licitar por lotes (considerandos 78 y 79 y artículo 46). Y no puede alegarse la no existencia de obligación legal nacional, pues como es conocido, la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 18 de diciembre de 1997, Inter Environnment Wallonie, de 4 de julio de 2006, Adeneler y 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító) declara que deben aplicarse las Directivas en vigor no transpuestas en tanto no suponga interpretación contra legem. Por ello, la regla clara de la Directiva de 2014, aconseja en este caso –salvo motivación en el expediente de las razones que expliquen la no división en lotes– establecer lotes concretos, fijando en cada uno de ellos la solvencia adecuada*».

3.3. Discrepancia entre el contenido de los anuncios de licitación y los pliegos, y de los anuncios entre sí

Los anuncios de licitación son un acto recurrible de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.2 a) TRLCSP. Los supuestos en los que ha existido conflictividad sobre su contenido se refieren a casos en que existe discrepancia entre la información del anuncio y el contenido de los pliegos. El criterio es distinto según la cuestión de fondo planteada. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 107/2015, señala:

«*A estos efectos, los anuncios de licitación forman parte de los Pliegos, como ha dejado claro la Directiva 2014/24/UE en su artículo 2. 13) "Definiciones" –para evitar las posibles discrepancias entre Pliegos y anuncios– cuando dispone:*

13) "Pliego de contratación": todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la

presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional».

«Precepto que si bien todavía no tiene efecto directo –en tanto no ha vencido el plazo de transposición–, tiene un indudable valor interpretativo de alcance inmediato, pues respeta el límite de no hacer una interpretación contra legem (como ya admitió este Tribunal administrativo en su Acuerdo 60/215, en relación al sistema de lotes). Valor interpretativo de las Directivas en vigor –que no efecto directo de las mismas– que ha sido reconocido también, con fundamento en jurisprudencia anterior, por el TJUE en Sentencia de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13).

En consecuencia, los errores e incongruencias en la publicación de los anuncios, imputables al poder adjudicador, obligan a interpretar que el plazo de presentación de las proposiciones es el más amplio de los previstos; en base a los principios de publicidad, seguridad jurídica, confianza legítima, transparencia y concurrencia pública, como concluye el TACRC en su Resolución n.º 160/2012, o la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en Sentencia de 22 de abril de 2005».

Por su parte el TACRC en la Resolución 143/2015, plantea:

«Por lo demás, y en cuanto al resto de los vicios invocados de contrario, han de ser considerados, ciertamente, como señala el órgano de contratación, meros errores materiales o aritméticos fácilmente subsanables por lo que no procede invalidar el procedimiento de contratación como consecuencia de los mismos máxime cuando la recurrente no fundamenta el modo en que le ha causado la imposibilidad de formular su oferta en igual de condiciones con el resto de licitadores. Ello motiva que no pueda ser anulado, en primer término, el anuncio de la licitación pues el mismo se limitó a señalar como el presupuesto base de licitación es 159.800 euros ya que, si bien ciertamente, conforme a esta redacción, no es posible saber si en este precio ha sido incluido el importe del impuesto a aplicar, tal omisión puede ser suplida con una simple consulta a los pliegos rectores de la contratación».

Mientras en la Resolución 169/2015 el TACRC concluye:

«(...) En consecuencia, procede también por este motivo declarar la nulidad del anuncio de licitación –y de todo el proceso de licitación desde el momento de la publicación de la convocatoria licitación–, debiendo fijarse el plazo de ejecución de los contratos en el anuncio en idénticos términos a como se hace en el PCAP».

En los casos en que la discrepancia se plantea entre los anuncios de licitación de un mismo contrato, el criterio del TACRC es dar prevalencia al anuncio que resulte preceptivo, como señala la citada Resolución 169/2015.

3.4. Pronunciamientos sobre algunos trámites del procedimiento de adjudicación

Los órganos competentes para conocer del recurso especial se han pronunciado sobre algunas cuestiones problemáticas que surgen respecto de los tramites que forman parte del procedimiento de adjudicación.

En primer lugar, cabe destacar que el TACRC ha considerado aplicable a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Solo el párrafo segundo del artículo art. 150.2 TRLCSP, y los preceptos que, en desarrollo del mismo, se refieran en el Capítulo IV del Real Decreto 817/2009 al comité de expertos, han de considerarse no aplicables a los poderes adjudicadores. Acoge así el TACRC el criterio de la Abogacía General del Estado de 31 de julio de 2009 (A. G. Entes Públicos 105/09) que cita en la Resolución 1085/2015.

En la misma Resolución 1085/2015, el TACRC analiza las consecuencias que tiene haber omitido el acto público de apertura del sobre correspondiente a criterios sujetos a un juicio de valor que exige el art. 27 del Real Decreto 817/2009 y concluye que estamos ante un vicio a radice e insubsanable que determina la nulidad radical. Sin embargo, cuando se haya llevado a cabo, aunque defectuosamente porque no se ha citado a un licitador, estaremos ante una irregularidad no invalidante.

La Resolución 1046/2015 del TACRC se pronuncia sobre el contenido del acto público de apertura de ofertas y ratifica la práctica habitual de las mesas de contratación cuando las ofertas son muy voluminosas, en el sentido de que no es necesario realizar la lectura completa, siempre que se garantice el acceso a la documentación una vez celebrado el acto.

En la Resolución 909/2015 el TACRC se pronuncia acerca de la validez de las comunicaciones realizadas a través de publicación en el perfil del contratante y en especial las que se refieren a la subsanación de defectos en la documentación administrativa:

«En términos generales, en la Resolución n.º 171/2015, de 20 de febrero, indicábamos que «el TRLCSP no considera al perfil de contratante como un medio alternativo de efectuar las notificaciones.

(...) *Sin perjuicio de ello, en la Resolución n.º 361/2014, de 9 de mayo, con referencia a la n.º 301/2013, de 17 de julio, poníamos de manifiesto la aceptación de las comunicaciones efectuadas a través del Perfil del Contratante o de la Plataforma de Contratación, siempre que dicha forma de comunicación figure en los*

pliegos y en el anuncio de licitación publicado en el diario o diarios oficiales que corresponda.

(...) *En una posterior resolución, la n.º 44/2013, de 23 de enero, se perfilaba este criterio, admitiéndose la comunicación efectuada por la vía que examinamos en atención a las circunstancias entonces concurrentes, muy especialmente al hecho de que el propio anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial señalaba el lugar, fecha y hora de apertura de la documentación administrativa (sobre 1), añadiendo además la indicación de que a su finalización se procedería a exponer en el tablón de anuncios y en el Perfil de contratante el resultado de la misma, concediéndose a los licitadores, en su caso, un plazo de tres días hábiles para subsanación.*

(...) *Hasta aquí, la doctrina emanada de las resoluciones de este Tribunal acerca de la validez de la publicidad en el perfil del contratante como medio de comunicación a los licitadores. Nos corresponde ahora su aplicación a las circunstancias de nuestro caso, atendiendo de manera muy especial a las claves que ya han quedado establecidas en nuestras previas resoluciones para que pueda tenerse por suficiente la referida publicación: previsión en el pliego e indicación de la fecha del acto de apertura de proposiciones en el anuncio publicado en el Boletín oficial de que se trate en cada caso, así como valoración de las posibles incidencias en el funcionamiento de la página web de que se trate.*

Bajo tal planteamiento, nos encontramos aquí con que, existiendo en el pliego previsión al respecto, en el anuncio de licitación publicado en la Plataforma de contratación del Sector Público se indicaba fecha y hora del acto de apertura por parte de la Mesa de contratación de la documentación administrativa. No constaba dicho dato, por el contrario, en la publicación efectuada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias. Además, y como ya se ha recogido en los antecedentes de hecho, a la postre la reunión de la Mesa para la apertura de los sobres A tuvo lugar en fecha distinta a la indicada en el anuncio publicado en la Plataforma.

Ante tal situación, no habiéndose publicado debidamente en el anuncio realizado en el Boletín Oficial la fecha de la sesión de apertura de la documentación administrativa (lo que hubiese posibilitado a los licitadores interesados acudir a recibir información verbalmente, o conocer el momento en el que se publicaría el resultado de la misma) no puede admitirse la validez del medio de comunicación empleado. Refuerza tal consideración el hecho de que el recurrente afirme además que le fue imposible acceder al contenido del anuncio a través de la página web del Ayuntamiento, sin que tal circunstancia quede desmentida en el informe del órgano de contratación, siendo además el Ayuntamiento quien podría aportar datos y pruebas acerca del funcionamiento en aquellas fechas de la página web en que se publica su perfil de contratante».

También ha completado el TACRC su doctrina sobre la solicitud de aclaraciones de las ofertas-entre otras en sus Resoluciones 614/2013, 876/2014 –entendiendo en la Resolución 744/2015 que cuando se produce una total omisión en la documentación aportada en la oferta, sobre un determinado extremo, la omisión se convierte en esencial y su aclaración podría suponer una modificación de la oferta–.

Un aspecto procedimental sobre el que no hay un pronunciamiento unánime es la naturaleza del plazo de diez días del artículo 151.2 TRLCSP. El TACRC en sus Resoluciones 61/2013 y 225/2013, sostiene que el plazo de diez días del artículo 151.2 TRLCSP no puede ser rebasado. Sin embargo, otras resoluciones no aplican un criterio tan rígido. En la Resolución 51/2014, en un procedimiento donde a la empresa propuesta como adjudicataria el órgano de contratación le dio en primer lugar una ampliación del plazo establecido en el artículo 151.2 TRLCSP, y posteriormente un requerimiento de subsanación, entendió correcta dicha actuación, y solo una vez transcurridos los plazos establecidos –plazo de diez días hábiles más ampliación de plazo y posterior subsanación– consideró que al no presentarse la documentación, el licitador había retirado su oferta. Y en la Resolución 799/2015 deja abierta esa posibilidad:

«*Considera la recurrente que el órgano de contratación ha infringido los artículos 49, 71 y 76 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto no ha ampliado el plazo de justificación del artículo 151.2, ni ha concedido plazo subsanatorio.*

Pues bien, con independencia de que no puede presuponerse que exista en el TRLCSP una laguna por lo que respecta a la posibilidad de ampliación del plazo de justificación del artículo 151.2, que permita, ex Disposición Final Tercera de dicho texto normativo, la aplicación subsidiaria del artículo 49 de la Ley 30/1992, lo cierto es que incluso en el régimen establecido por este precepto, la ampliación de plazos es, en principio, estrictamente potestativa. Así lo sugiere también la propia exigencia legal de que la ampliación se acuerde antes de la expiración del plazo inicial, que permite descartar que mediante escrito presentado el mismo día final por quien no tiene la representación del adjudicatario y respecto a un plazo que concluye a las 13 horas de dicho día, la Administración esté obligada a acordar la ampliación en tiempo oportuno, es decir, antes de la inminente expiración del plazo.

Pero además y sobre todo sería preciso para la ampliación potestativa del plazo que las circunstancias lo aconsejaran y que no se perjudicaran derechos de terceros. A este respecto este Tribunal, en resolución 625/2015, de 5 de julio de 2015, dictada en el recurso n.º 591/2015 recuerda que, como ya tuvo ocasión de indicar

en la Resolución 225/2013, de 12 de junio, «El plazo de diez días hábiles que establece el artículo 151.2 del TRLCSP para aportar la documentación exigida en el mismo no puede ser rebasado, pues como ya señalamos en nuestra resolución 153/2011 de 1 de junio, para un supuesto análogo referido a la acreditación de los medios comprometidos a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, «de no ser así, ello supondría un punto de máxima inseguridad jurídica para el resto de los licitadores y sería contrario a los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público (actuales arts. 1 y 139 TRLCSP)». Habría pues un perjuicio a terceros que excluiría la posibilidad de ampliación del plazo de justificación.

En todo caso, la justificación aportada por la recurrente con el anuncio de recurso especial el 13 de julio de 2015 se refiere a 3 de julio de 2015 –fecha de la firma electrónica de la certificación–, fecha en la que ya habría concluido el plazo de justificación, aunque hubiera sido ampliado por el período máximo de 5 días hábiles. La ampliación no habría tenido por ello efecto alguno».

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sin embargo ha sido claro admitiendo la prorrogabilidad de dicho plazo. En su Acuerdo 43/2015, de 8 de abril de 2015:

«Sentado lo anterior, este Tribunal administrativo debe resolver, en primer lugar, si se entiende que el plazo de presentación de la documentación justificativa de los requisitos previos por parte del adjudicatario es prorrogable, una vez expirado el plazo preclusivo establecido en el 151.2 del TRLCSP; y, en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, si la decisión adoptada por Turismo de Aragón por la que se concluye retirada la oferta de la recurrente es ajustada a Derecho.

(...) A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 18/2011, de 6 de julio, sobre el plazo del requerimiento al que se refiere el artículo 135.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (ahora artículo 151.2 TRLCSP), sostiene, en una argumentación que ya fue compartida por este Tribunal en su Acuerdo 24/2014, de 15 de abril, que:

«Desde el punto de vista procedimental, y de acuerdo con la Disposición final octava LCSP –actual Disposición final tercera TRLCSP– la regulación del artículo 135.2 –actual art. 151.2 TRLCSP–, debe completarse con las normas de desarrollo de la LCSP y en lo no previsto en las mismas y de forma subsidiaria, con los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Sobre la aplicación supletoria de la LRJPAC a los procedimientos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de

Economía y Hacienda, se pronunció en el informe 16/2000, que aunque referido a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sienta un criterio perfectamente aplicable a la normativa actual, toda vez que el contenido de la Disposición adicional séptima de dicha ley y la de la Disposición final octava LCSP son básicamente coincidentes en este punto. El informe dice respecto de la aplicación supletoria de la LRJPAC que «únicamente puede entrar en juego, no solo cuando la normativa a aplicar en primer lugar guarde silencio sobre un determinado extremo, sino, sobre todo, cuando la normativa supletoria no sea contraria al contenido general y principios generales que inspiran aquella, pues en estos casos debe entenderse que la materia aparece regulada por la primera», y continua diciendo que la aplicación supletoria «debe quedar subordinada al cumplimiento de los trámites y al despliegue de efectos que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas consagra y si tales trámites y efectos son incompatibles con los plazos y efectos que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala, esta última debe quedar descartada en su aplicación puramente supletoria».

De acuerdo con lo anterior, la regla de la excepcionalidad de la preclusión de los plazos en el procedimiento administrativo y el antiformalismo que presiden la LRJPAC, deben aplicarse en el procedimiento de adjudicación de los contratos de forma que se respeten los principios de igualdad de trato y de eficiencia que proclama la LCSP. El principio de igualdad de trato supone que los licitadores deben poder conocer con claridad los trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de un licitador, aquellos plazos establecidos para la realización de una actividad simultánea por todos los licitadores. Por su parte la eficiencia y la eficacia que deben presidir la actuación administrativa exigen que se respeten los plazos que la LCSP regula, con objeto de dar celeridad al procedimiento de adjudicación.

La primera cuestión procesal que debemos plantearnos es si el plazo de diez días hábiles es un plazo improrrogable o admite ampliación. La regla general en el procedimiento administrativo es que los plazos son prorrogables.

La LCSP no excluye expresamente la posibilidad de prórroga del plazo de diez días hábiles que establece el artículo 135.2, por lo que el mismo podrá ser ampliado si el licitador lo solicita y el órgano de contratación lo valora necesario y así lo justifica en resolución motivada que deberá ser notificada a todos los licitadores. Solo podrá concederse una única prórroga que no exceda de cinco días hábiles y tanto la solicitud de ampliación como la decisión sobre la misma se tendrán que producir antes de que finalice el plazo».

En la teoría general del Derecho, la distinción entre «perentoriedad» e «improrrogabilidad» de los plazos –categorías que pertenecen al Derecho procesal–

se refieren a la potestad procesal de ampliarlos o no. Un plazo es prorrogable si está dentro de la potestad del juez su ampliación; y es perentorio, si por su mero transcurso, la parte pierde el ejercicio de su derecho, pues se trata de una sanción a la inactividad procesal de un litigante. Sin embargo, esta distinción propia del Derecho procesal, es inaplicable, en sentido estricto, tanto en el procedimiento administrativo, como en el procedimiento contractual, porque en ambos la Administración, o el poder adjudicador, actuarían en tal caso en el doble carácter de juez y parte. De ahí que pueda afirmarse que, en términos generales, en el procedimiento administrativo todos los plazos son prorrogables, salvo previsión legal en contra.

De manera que este Tribunal reitera, que el plazo de diez días establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP, puede ser objeto de ampliación conforme a lo dispuesto en el artículo 49 LRJPAC, regla aplicable a todo poder adjudicador, sea o no Administración pública, ya que la normativa supletoria no resulta, en este caso, contraria al contenido general y principios generales que inspiran la normativa aplicable en primer lugar.

En este supuesto existió una solicitud de ampliación del plazo, para la acreditación del aval, presentada antes de la finalización del plazo inicial; que no fue atendida por Turismo de Aragón, que no trasladó a Manzana Plus las causas que hacían improrrogable el plazo de acreditación. De manera que la decisión adoptada por Turismo de Aragón, por la que se declara retirada la oferta de la recurrente, resulta desproporcionada, y contraria a Derecho. Pues, cuando un licitador se dirige al órgano de contratación solicitando, de forma fundada, la actuación del mismo en un sentido concreto, los principios de buena fe y de confianza legítima exigen que, motivadamente, se conceda, o se deniegue. Pero siempre se debe resolver.

Del análisis del expediente, resulta probado que la voluntad del licitador propuesto como adjudicatario no fue en ningún momento la de retirar su proposición, sino todo lo contrario, al presentar dentro del plazo inicial de diez días parte de la documentación requerida, y una solicitud de prórroga para la constitución del aval.

Y este Tribunal ya ha mantenido en sus Acuerdos 8/2011, 53/2012 y 24/2014, que dicho trámite administrativo debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de exclusión; y el de confianza legítima, no pudiendo realizarse una interpretación restrictiva de los plazos que quebraría los principios de igualdad de trato y de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Así se pronuncia también el Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 25/2012».

3.5. El procedimiento negociado

3.5.1. Uso del procedimiento negociado al amparo del artículo 170.d) del TRLCSP

En la Resolución 326/2015, de 15 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, se analiza la posibilidad de utilización del procedimiento negociado por razones de exclusividad prevista en el artículo 170.d) del TRLCSP. El Tribunal señala que para la aplicación de este procedimiento se exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella exclusividad, y ello, porque no solo se restringe la libre concurrencia respecto de los procedimientos ordinarios abierto y restringido, sino que se prescinde también de la publicidad, que es un principio que rige, igualmente, en determinados supuestos del procedimiento negociado.

3.5.2. Confidencialidad de la oferta en el procedimiento negociado

En el Acuerdo 33/2015, de 9 junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra se estudiaba una reclamación en que se denunciaba el modo de negociar la mejor oferta económica por el órgano de contratación. Después de haber recibido las ofertas de los licitadores –solo dos–, la unidad gestora del contrato, mediante correo electrónico, procedió a comunicarles cuál había sido el menor precio sin ocultar quienes eran los destinatarios, invitándoles en el mismo acto a presentar una mejora de su oferta inicial. El Tribunal concluyó que el hecho de que se revelen todas las ofertas y quiénes son los licitadores vicia el procedimiento.

«(...) la inaplicación a las ofertas de un procedimiento negociado la exigencia de secreto impuesta a las proposiciones debe serlo a los solos efectos de entender que no resulta preceptivo que las ofertas se presenten en sobre cerrado y separadas de la documentación administrativa, ni que todas las ofertas recibidas sean abiertas en acto único y simultáneo, ya que nada impide que se vayan examinando a medida que se van recibiendo para, con base en dicho examen, el órgano de contratación proceda a iniciar la negociación prescrita.

Es más, las ofertas en el procedimiento negociado también deben considerarse afectadas por el carácter reservado o secreto que se impone a los datos que los interesados presentan ante las Administraciones Públicas, con lo que si bien las ofertas pueden ser utilizadas por el órgano de contratación, no pueden ser públicas frente al resto de los licitadores, carácter reservado que debe ser mantenido durante toda la fase de negociación como garantía de que todos los licitadores que participen en la negociación reciban igual trato y ninguno de ellos se encuentre en posición ventajosa respecto del resto».

3.5.3. El requisito de no introducir modificaciones esenciales en la licitación para adjudicar el contrato mediante procedimiento negociado sin publicidad en el caso de haber quedado desierta una primera licitación

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid examina en la Resolución 201/2015, la concurrencia del requisito de no introducir modificaciones esenciales en la licitación para adjudicar el contrato mediante procedimiento negociado sin publicidad en el caso de haber quedado desierta una primera licitación. Entiende que dado el carácter excepcional del procedimiento negociado, la interpretación del concepto jurídico indeterminado «modificación no sustancial», debe determinarse al caso concreto, haciéndolo además de forma estricta, tal y como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, cuando señala que «*las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996,* Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados *miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento*».

Y que puede acudirse a los preceptos que regulan la modificación contractual y en concreto al artículo 107.3.e) del TRLCSP que «*(...) se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos (...) e) En cualesquiera casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que forma parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas*», siendo preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual.

3.6. Cuestiones relativas a la defensa de la competencia

Algunas resoluciones de los órganos de recurso especial han tratado cuestiones en las que estaba directamente implicado el principio de defensa de la competencia. El TACRC en la Resolución 838/2015 se pronunció sobre un supuesto en que la presentación de ofertas casi idénticas sobre la proposición técnica relativa a los criterios no evaluables mediante

fórmulas hacía pensar en la existencia de indicios de prácticas anticompetitivas, aunque concluyo que, en este momento, no era razón suficiente para excluir a las empresas implicadas.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en las Resoluciones 21 a 34/2015, analiza el billriging, y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 91/2015 concluye que no altera las reglas de la competencia, requerir que los consumibles sean originales o compatibles, excluyendo de manera expresa los productos remanufacturados, reciclados o rellenados.

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución 83/2015, trata la deslocalización de los trabajos objeto del contrato:

«(...) la deslocalización consiste en el traslado de una actividad productiva a otros países de menor nivel de desarrollo, para beneficiarse de los menores costes fiscales y de la mano de obra en ellos y supone la sustitución de empleo nacional por extranjero que amenaza el tejido productivo y el trabajo en los países más avanzados donde se producen pérdidas de capital y empleo que entra en competición con el de las economías menos desarrolladas. El efecto más importante es la pérdida de puestos de trabajo en origen, en el país al que van dirigidos los suministros o servicios, donde aumenta el gasto social para atender ese desempleo y la recalificación profesional de los trabajadores».

Y traía a colación el Informe 1/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón *que dice:*

«Y es que en modo alguno puede justificarse que la propia recesión económica, en una aplicación absoluta del principio del valor económico de la oferta como elemento de decisión en la compra pública, se traduzca en un proceso de destrucción del tejido productivo empresarial español y europeo, en tanto con tal opción se incrementarán los efectos de la crisis creando una fractura social de difícil recomposición. Es momento de exigir la "calidad" empresarial como parámetro previo para la participación de un proceso de licitación pública, exigiendo como requisito ciertos estándares sociales y ambientales (lo que se traducirá en un ajuste del mercado público a empresas "responsables" aunque el precio final que se obtenga por la prestación sea mayor)».

Partiendo de la base de que los principios de eficiencia y competitividad que inspiran la contratación del sector público no pueden estar reñidos con el cumplimiento de la normativa laboral, y la libre competencia y no puede suponer que algunos licitadores se vean favorecidos ganando posiciones competitivas a través de la reducción de costes laborales por la merma o inaplicación de los derechos legal y convencionalmente reco-

nocidos, se añade que la deslocalización, cuando se realiza parcialmente y con el único fin de ganar ventajas competitivas en la ejecución de un contrato concreto, puede ser contraria a principios cardinales de la contratación pública como son los de igualdad y libre competencia, aplicables a los licitadores, pues la ventaja comparativa de las empresas que deslocalizan interesadamente esa actividad supone que no todas las ofertas de las empresas licitadoras tienen los mismos costes y no se pueden comparar en igualdad de condiciones. La reducción de costes en un mismo entorno normativo desencadena una competencia leal y en términos de igualdad, pero cuando las condiciones de comparación son diferentes desencadena una competencia desleal para aumentar la cuota de mercado, eliminando la competencia y es perniciosa para los países que aceptan la competición de algunas empresas con las reglas de conveniencia de otros.

Concluye la Resolución en torno a esta cuestión que «*El recurso a técnicas de gestión de personal que mediante la deslocalización pueda redundar en una diferente aplicación de la normativa laboral y en consecuencia de la aplicación de diferentes costes sociales es una práctica restrictiva de la competencia en igualdad de condiciones, pues supone prevalerse de una ventaja competitiva adquirida mediante técnicas que pudieran calificarse como fraude de ley si se realiza exclusivamente con fines concurrenciales*».

PARTE II

COMUNICACIONES CONGRESO INTERNACIONAL DE CUENCA (2016)

Capítulo 1

Los principios generales de la contratación en la modificación de los contratos públicos. Su configuración en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

Contratada interina e investigadora
Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. MODIFICACIONES SUSTANCIALES Y NO SUSTANCIALES: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN. III. MODIFICACIONES PREVISTAS Y NO PREVISTAS: ALCANCE Y CONSECUENCIAS. IV. REFLEXIONES FINALES ACERCA DEL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.

RESUMEN:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentó las líneas maestras que consolidaron una auténtica doctrina en materia de modificación tomando los principios de la contratación pública como punto de partida, matizando el significado de los principios de igualdad de trato de los licitadores, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia. A su vez, en aras a su correcta sistematización se ha distinguido entre modificaciones sustanciales y aquellas que no poseen ese carácter, y, por otro lado, entre las que han sido previstas y aquellas que no. En el presente texto se analiza la configuración de cada una de ellas partiendo de los pronunciamientos más representativos del TJUE.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Según apunta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) el objetivo fundamental de las normas comu-

nitarias sobre contratación pública es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros[1].

Para su consecución, el Derecho comunitario aplica los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad, igualdad de trato de los licitadores y transparencia[2].

El TJUE se ha esforzado en definir y clarificar el sentido y alcance de los principios de la contratación a través de una extensa jurisprudencia en la que detalla minuciosamente el modo en que deben ser interpretados en aras a su correcta comprensión[3].

De esta forma, ha puesto énfasis en señalar que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para que se garantice su respeto[4]. Continúa su argumentación afirmando que el principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores[5]. A su vez, los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad suponen, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que son respetados y observados escrupulosamente.

Asimismo, se ha indicado que las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquel[6]. Esta obligación de transpa-

1. *Vid.* Sentencia de 19 de junio de 2008, *«Pressetext»*, C-454/06, apartado 31; sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44.
2. *Vid.* Sentencia de 19 de junio de 2008, *«Pressetext»*, C-454/06, apartado 32; sentencias de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 108 y 109.
3. *Vid.* «Contratación pública. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», Consejería de Hacienda y Administración Pública, Dirección General de Patrimonio, Comisión Consultiva de Contratación Pública, Junta de Andalucía.
4. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45; y C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91.
5. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34.
6. *Vid.* Sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, C-231/03, Rec. p. I-7287,

rencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación[7].

Por lo que se refiere al principio de transparencia, este tiene por objeto asegurar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Por ello supone necesariamente que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones[8].

Además, se ha señalado reiteradamente en la jurisprudencia que el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de modo que, por un lado, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otro lado, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata[9].

La transparencia, cuyo papel para evitar los conflictos de intereses y la corrupción en la contratación pública ha sido analizado por la jurisprudencia comunitaria, se erige como un principio de la contratación pública en su doble vertiente de publicidad y de transparencia de los procesos de licitación, constituye una concreción del principio de igualdad y guarda una íntima conexión con el principio de competencia[10].

El TJUE también insiste en la exigencia relativa a que los poderes adjudicadores que deseen recurrir a la concesión de obras públicas den a

---

apartados 16 y 17; sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48.

7. *Vid.* Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 61 y 62; sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21; sentencia de 13 de abril de 2010, caso «*Wall*», asunto C-91/08, apartado 36.
8. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111.
9. *Ibidem*, apartado 111.
10. *Vid.* Cerrillo i Martínez, A., *El Principio de Integridad en la Contratación Pública. Mecanismos para la prevención de los Conflictos de Intereses y la Lucha contra la Corrupción*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2014, pág. 104-105.

conocer su intención a través de un anuncio que debe contener el objeto principal y los adicionales, la descripción y el lugar de las obras de la concesión y la cantidad o extensión global de las mismas[11].

Esta obligación de publicidad asegura un nivel de concurrencia que el legislador de la Unión Europea considera satisfactorio en el ámbito de las concesiones de obras públicas, ya que implica la posibilidad de comparar las ofertas y es acorde con los principios de igualdad de trato y transparencia, ya que «mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular consecuentemente su oferta»[12].

Se remarca que «aun cuando se admitiera que todos los licitadores entendieran de la misma forma su libertad de iniciativa, no es respetuoso con la Directiva 93/37 adjudicar sin transparencia alguna un contrato de concesión de obras públicas que incluye trabajos denominados «complementarios» que por sí solos constituyen «contratos públicos de obras» en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor supere el umbral que allí se establece», ya que de no ser así dichas obras se sustraerían a la obligación de publicidad y a toda forma de competencia y no sería posible comparar las ofertas[13].

Por lo que respecta a la modificación de los contratos durante su vigencia podemos observar la extraordinaria relevancia de la jurisprudencia del TJUE en este punto, ya que en el Considerando 107 de la Directiva 2014/24/UE[14] se explicita su influencia al reconocer expresamente que

11. *Vid*. Sentencia de 22 de abril de 2010, «Comisión Europea contra Reino de España», C-423/07, apartados 54 y 55.
12. *Ibidem,* apartado 58.
13. *Ibidem,* apartados 70 y 71.
14. El tenor literal del mismo recoge lo siguiente:
«Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial. En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales *de minimis*,

«es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

Para proceder a su estudio, distinguiremos, por un lado, entre modificaciones sustanciales y aquellas que no poseen dicho carácter, y, por otro, entre las que han sido previstas y las que no.

II. MODIFICACIONES SUSTANCIALES Y NO SUSTANCIALES: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN

Para definir esta tipología debe recalcarse que, para garantizar la transparencia y la igualdad, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público realizadas durante su validez constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y ponen de manifiesto la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato[15].

El TJUE insiste en que[16] «al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato (véanse, por analogía con los contratos públicos, las sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46, y de 19 de junio de 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34)».

Por lo que respecta al alcance de la modificación de un contrato en vigor, esta puede reputarse sustancial[17]:

---

por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva».

15. *Vid*. Sentencia de 19 de junio de 2008, «*Pressetext*», C-454/06, apartado 34; sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46.
16. *Vid*. Sentencia de 13 de abril de 2010, caso «*Wall*», asunto C-91/08, apartado 37.
17. *Vid*. Sentencia de 19 de junio de 2008, «*Pressetext*», C-454/06, apartados 35 a 37.

a) cuando introduce condiciones que de haber figurado en el procedimiento de adjudicación inicial habrían permitido la participación de otros licitadores además de los admitidos inicialmente o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicial.

b) cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios no previstos inicialmente.

c) cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario de un modo que no estaba previsto en el contrato inicial.

Asimismo, el TJUE recalca que la modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede reputarse sustancial cuando introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada[18].

De esta forma, «cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que esta sea adjudicada»[19].

En esta misma línea, el TJUE afirma que «si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente»[20].

18. *Vid*. Sentencia de 13 de abril de 2010, caso «*Wall*», asunto C-91/08, apartado 38; sentencia de 19 de junio de 2008, «*Pressetext*», C-454/06, apartado 35.
19. *Vid*. Sentencia de 13 de abril de 2010, caso «*Wall*», asunto C-91/08, apartado 43.
20. *Vid*. Sentencia de 29 de abril de 2004, «*Succhi di Frutta*», C-496/99 P, apartado 116.

La jurisprudencia del TJUE ha efectuado una labor de clarificación con objeto de discernir qué tipo de modificaciones tienen carácter sustancial y cuáles no revisten dicho carácter.

En cuanto a las modificaciones subjetivas, en el caso «*Pressetext*»[21] ha aclarado:«que el término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales».

Dicho acuerdo representa una reorganización interna de la otra parte contratante que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial[22].

Por lo que respecta a la modificación del precio, debemos recordar que se trata de una condición relevante en un contrato público[23]. Así, por lo que se refiere a los cambios introducidos con motivo del euro, la jurisprudencia[24] afirma:«que, cuando, a consecuencia del paso al euro, un contrato existente se modifique en el sentido de que los precios inicialmente expresados en moneda nacional se conviertan en euros, no se trata de una modificación sustancial del contrato, sino únicamente de una adaptación de este a circunstancias externas modificadas, siempre y cuando los importes en euros se redondeen conforme a las disposiciones vigentes y, en particular, las del Reglamento (CE) n.º 1103/97 del Consejo, de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro (DO L 162, p. 1)».

Cuando dicho redondeo sobrepasa el importe autorizado por las dis-

21. *Vid.* Sentencia de 19 de junio de 2008, C-454/06, apartado 54.
22. *Ibidem*, apartado 45.
23. *Vid.* Sentencia Comisión/CAS Succhi di Fruta, apartado 117; sentencia de 19 de junio de 2008, «*Pressetext*», C-454/06, apartado 59.
    De igual modo, las modalidades de pago constituyen una condición esencial. Así lo expresa la sentencia de 29 de abril de 2004, «*Succhi di Frutta*», C-496/99 P, cuyo apartado 7 se remite al 77 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia:
    «Por consiguiente, la sustitución de manzanas o de naranjas por melocotones en pago de los suministros de que se trata y la fijación de los coeficientes de equivalencia entre estas frutas constituye una modificación importante de una condición esencial del anuncio de licitación, en concreto, las modalidades de pago de los productos que deben suministrarse».
24. *Vid.* Sentencia de 19 de junio de 2008, «*Pressetext*», C-454/06, apartado 57.

posiciones pertinentes, nos encontramos ante una modificación del importe intrínseco de los precios previstos por el contrato inicial y es preciso analizar si constituye una nueva adjudicación de contrato[25].

El hecho de modificar esta condición durante la vigencia del contrato a falta de una habilitación expresa que la contemple en los términos del contrato inicial supondría el riesgo de vulnerar los principios de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores[26].

En este punto el TJUE ha indicado que «la conversión en euros de los precios de un contrato vigente puede acompañarse de un ajuste de su importe intrínseco sin que de ello resulte una nueva adjudicación de contrato, a condición de que tal ajuste sea mínimo y se justifique de manera objetiva, como ocurre en el caso de que pretenda facilitar la ejecución del contrato, por ejemplo, al simplificar las operaciones de facturación»[27].

En esta misma línea «no debe considerarse que el hecho de fijar, en un acuerdo adicional, descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular constituya una modificación sustancial del contrato y, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50»[28]. A su vez, sostiene que «el aumento del descuento, cuyo efecto es reducir la remuneración percibida por el adjudicatario respecto a la inicialmente prevista, no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario»[29] y que «el mero hecho de que la entidad adjudicadora obtenga un descuento más elevado sobre una parte de las prestaciones que son objeto del contrato no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales»[30].

Tampoco nos encontramos con una modificación de las condiciones esenciales cuando se efectúa una referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial[31].

Por lo que respecta a la modificación del plazo, la jurisprudencia del

25. *Ibidem*, apartado 58.
26. *Vid.* Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, apartado 121; sentencia de 19 de junio de 2008, *«Pressetext»*, C-454/06, apartado 60.
27. *Vid.* Sentencia de 19 de junio de 2008, *«Pressetext»*, C-454/06, apartado 61.
28. *Ibidem*, apartado 87.
29. *Ibidem*, apartado 85.
30. *Ibidem*, apartado 86.
31. *Ibidem*, apartados 69 y 70.

TJUE analiza si la introducción de una cláusula por la que las partes se comprometen a no resolver durante un período determinado un contrato celebrado por tiempo indefinido es una nueva adjudicación de contrato. Lo procedente en este caso es discernir si dicha cláusula debe considerarse una modificación sustancial del contrato inicial[32]. En el asunto «*Pressetext*»[33] llega a la conclusión de que no posee dicho carácter argumentando lo siguiente:

«De los autos no se desprende que, durante el período comprendido entre el año 2005 y el año 2008, a que se refiere la cláusula de renuncia a la resolución, la entidad adjudicadora hubiera tenido, en ausencia de tal cláusula, una perspectiva concreta de poner fin al contrato en curso y proceder a una nueva licitación. Aun suponiendo que hubiera pretendido hacerlo, la duración a la que se refería esta cláusula, es decir, tres años, no era de tal envergadura como para habérselo impedido durante un tiempo excesivo en relación con el tiempo necesario para la organización de tal operación. En estas circunstancias, no está acreditado que tal cláusula de renuncia a la resolución, siempre y cuando no se reintroduzca sistemáticamente en el contrato, suponga un riesgo de falsear la competencia, en detrimento de nuevos licitadores potenciales. Por consiguiente, no puede calificarse de modificación sustancial del contrato inicial».

Por tanto, no se produce en este supuesto una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50[34].

Por su parte, la doctrina ha remarcado que «algunas figuras creadas con buenas intenciones, como la subcontratación, el *ius variandi,* las prórrogas del plazo o la revisión de precios, son utilizadas fraudulentamente para que un contrato público pueda ser ejecutado con un contratista, objeto, plazo y precio diferentes a los pactados con la Administración»[35].

Finalmente, cabe aludir a que en España la Junta Consultiva de contratación administrativa en su Informe 28 de 1971 «ha señalado la existencia de tres límites al *ius variandi*: no es conforme a Derecho, ni cabe dentro del *ius variandi,* una modificación sustancial del primitivo negocio; el ejercicio del *ius variandi* debe respetar el equilibrio de intereses que sirvió de soporte al tiempo de la adjudicación del contrato y el *ius variandi* debe estar justificado en necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo

32. *Vid.* Sentencia Comisión/Francia, apartados 44 y 46; sentencia de 19 de junio de 2008, «*Pressetext*», C-454/06, apartados 34 y 76.

33. *Vid.* Sentencia de 19 de junio de 2008, «*Pressetext*», C-454/06, apartado 79.

34. *Ibidem*, apartado 80.

35. *Vid.* Castro Cuenca, C. G., *La corrupción en la contratación pública en Europa, Grupo de estudio contra la corrupción*, Universidad de Salamanca, Ratio Legis, 2009, pág. 21-22.

de elaborarse el proyecto, por lo cual no debe ocultar defectos de previsión o errores del proyecto que con un estudio más cuidadoso se hubieran evitado»[36].

III. MODIFICACIONES PREVISTAS Y NO PREVISTAS: ALCANCE Y CONSECUENCIAS

Se ha señalado que el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores requiere que todas las ofertas sean conformes a las prescripciones contempladas en el pliego de cláusulas administrativas para garantizar una comparación objetiva que tiene que respetar en todas sus fases dicho principio y el de transparencia con la finalidad de que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas[37].

Cabe recordar al respecto que la entidad adjudicadora debe definir en el anuncio de licitación tanto el objeto como las condiciones del procedimiento. De este modo, la entidad adjudicadora ha de atenerse escrupulosamente a las condiciones que ha fijado y que indujeron a los licitadores a participar en el procedimiento y a presentar su oferta en función de las condiciones aplicables a la licitación[38].

Esta obligación persiste durante la fase de ejecución del contrato, ya que únicamente podrá desvincularse de las condiciones y modalidades previstas en los supuestos mencionados en el anuncio de licitación de forma expresa. Así lo afirma el TJUE[39] cuando indica que:

«Esta obligación persiste durante todo el procedimiento, incluso durante la fase de ejecución del contrato celebrado por la entidad adjudicadora con el licitador seleccionado. Dicha entidad tan solo podrá desvincularse de las condiciones y modalidades previstas en aquellos supuestos expresamente mencionados en el anuncio de licitación. Por tanto, no está facultada para ejecutar de la forma que considere más apropiada el contrato celebrado con la empresa o empresas seleccionadas».

En caso de que la entidad adjudicadora desee que puedan modificar-

36. *Ibidem,* pág. 87.
37. *Vid.* Sentencia de 29 de abril de 2004, *«Succhi di Frutta»*, C-496/99 P, cuyo apartado 7 se remite al 72 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia; sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, Rec. p. I-3353, apartado 37, y de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartados 54 y 70.
38. *Vid.* Sentencia de 29 de abril de 2004, *«Succhi di Frutta»*, C-496/99 P, apartado 37.
39. *Ibidem,* apartado 38.

se ciertas condiciones de la licitación después de haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever esta posibilidad de adaptación de forma explícita, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación, de modo que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren en condiciones de igualdad al formular su oferta[40].

Ahondando en el sentido y alcance del principio de igualdad de trato entre los licitadores, como ya se ha señalado anteriormente, el mismo pretende favorecer una competencia sana y efectiva e impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas, lo que conlleva que estén sometidas a las mismas condiciones[41].

A su vez, el principio de transparencia pretende garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Requiere que las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y que la entidad adjudicadora pueda corroborar que las ofertas presentadas responden a los criterios aplicables al contrato[42].

Como se ha expuesto anteriormente, la entidad adjudicadora debe definir en el anuncio de licitación el objeto y las condiciones del procedimiento, teniendo en cuenta que solamente podrá separarse de las condiciones y modalidades previstas en los supuestos contemplados en el anuncio de licitación de forma expresa.

El TJUE reitera esta idea cuando expone: «Esta jurisprudencia es aplicable al presente asunto. De ella se deduce que la Comisión estaba obligada a precisar claramente en el anuncio de licitación el objeto y las condiciones de la licitación, y a atenerse rigurosamente a las condiciones enunciadas, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas. En concreto, la Comisión no podía modificar posteriormente los requisitos de licitación, especialmente los referidos a la oferta que debía presentarse, de una forma no prevista por el propio anuncio de licitación, sin violar el principio de transparencia»[43].

40. *Ibidem*, apartado 118.
41. *Vid*. Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34.
42. *Ibidem*, apartado 111.
43. *Vid*. Sentencia de 29 de abril de 2004, *«Succhi di Frutta»*, C-496/99 P, que en su apartado 7 se remite al 73 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

No obstante, «en caso de circunstancias excepcionales acaecidas con posterioridad a la adjudicación del contrato y que hagan necesaria una adaptación de las condiciones de licitación y a falta de una cláusula en el anuncio de licitación que permita otra solución, corresponde a la entidad adjudicadora anular el procedimiento y proceder a un nuevo anuncio de licitación en el que todos los licitadores anteriores puedan participar en condiciones de igualdad»[44].

Incluso cuando la decisión de adjudicación haya sido ya plenamente ejecutada en beneficio de otros competidores, un licitador conserva un interés en que se anule esa decisión para conseguir una revisión adecuada para su situación o para que se obligue a la introducción, para lo sucesivo, de las modificaciones apropiadas en el régimen de las licitaciones si se declara que es contrario a determinadas exigencias jurídicas[45].

IV. REFLEXIONES FINALES ACERCA DEL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

La doctrina ha resaltado el papel primordial que desempeñan hoy los principios generales de la contratación pública en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos, tanto nacional como comunitario europeo e incluso internacional, ya que estos principios (basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional) son hoy en día el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias[46].

También ha destacado que entre ellos sobresale el de igualdad y la prohibición de toda discriminación. Moreno Molina añade que, jun-

44. *Ibidem*, apartado 39.
Así lo expone cuando en su apartado 7 se remite al 81 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia afirmando que:
«Aun suponiendo que en la Comunidad existiera tal indisponibilidad de manzanas que pudieran ser retiradas, correspondía a la Comisión fijar en el anuncio de licitación las condiciones precisas de una sustitución de las frutas previstas para el pago de los suministros de que se trata por otras, para respetar los principios de transparencia y de igualdad de trato. De no ser así, la Comisión estaba obligada a iniciar otro procedimiento de licitación».

45. *Vid.* Sentencia de 29 de abril de 2004, *«Succhi di Frutta»*, C-496/99 P, en su apartado 63; sentencia de 6 de marzo de 1979, Simmenthal/Comisión, 92/78, Rec. pág. 777, apartado 32.

46. Moreno Molina, J. A., «Disposiciones generales de la Ley de Contratos. Ámbito subjetivo y objetivo», en Moreno Molina, J. A. y Pleite Guadamillas, F., *Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático.* 1.° Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2012, pág. 144.

to al principio de igualdad y en íntima conexión con él se aplican en este ámbito los de publicidad, transparencia y concurrencia, notablemente reforzados con la reciente introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación. Además de estos, en el TRLCSP se recogen, por influencia comunitaria, los principios de confidencialidad, motivación de las decisiones, economía, eficiencia y eficacia, la consecución de objetivos sociales y la protección del medio ambiente[47].

Gimeno Feliu, por su parte, insiste en que «si bien es cierto que la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, también lo está, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales y medioambientales (...)[48].

Así, las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (derogadas por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la Directiva 2014/25/UE DEL Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales), no solo refunden y actualizan las normas de las Directivas anteriores, sino que, como señala Sánchez Morón, «incluyen nuevas formas de adjudicación de los contratos y modalidades de comercio electrónico y permiten incorporar a la contratación administrativa objetivos adicionales de carácter ambiental y social, que pueden traducirse en la exigencia a los contratistas de condiciones para contratar o de criterios de adjudicación de los contratos que respondan a esos objetivos».[49]

Este fenómeno responde, según Pernas García, al hecho de que, además de los objetivos clásicos de la contratación pública, se ha sumado la utilización de los contratos públicos como instrumento de apoyo a las políticas públicas tanto sociales como ambientales o de fomento de la investigación. Según sus palabras «estamos atendiendo a una relectura o modulación del principio de libre competencia en el mercado público por las exigencias del principio de integración ambiental, que exige que todas las políticas (en este caso la de mercado interior) y acciones de la

47. *Ibidem,* pág. 145.

48. Gimeno Feliu, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española,* Civitas, Madrid, 2006, pág. 47.

49. Sánchez Morón, M. *Derecho Administrativo. Parte General*. 9.º edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 585.

Unión Europea tomen en consideración el medio ambiente en su diseño y aplicación, con la finalidad de contribuir a la consecución del desarrollo sostenible (art. 11, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)»[50].

50. Pernas García, J. J., «Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública», en Sanz Larruga, J., García Pérez, M., Pernas García, J. J., *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas.* Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, pág. 359-360.

Capítulo 2

Los criterios éticos y sociales en la contratación pública: referencias al tratamiento de la discapacidad en el vigente Texto Refundido y en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público

Jorge López-Veiga Brea

Doctorando del Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano. Investigador del Observatorio de políticas públicas en materia de discapacidad, atención a la diversidad e igualdad de oportunidades. Secretario académico de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (www.redicop.com)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS RESPECTO A LOS CRITERIOS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. EL TRATAMIENTO ACTUAL EN ESPAÑA DEL CRITERIO DE LA DISCAPACIDAD EN EL TODAVÍA VIGENTE TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 1. *Prohibiciones de contratar*. 2. *Condiciones especiales de ejecución del contrato*. 3. *Contratos reservados*. 4. *Establecimiento de prescripciones técnicas*. III. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 1. *Antecedentes*. 2. *Novedades sobre corrupción y criterios sociales*. 3. *Dictamen del consejo económico y social de españa sobre el anteproyecto*. IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS RESPECTO A LOS CRITERIOS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Antes de comenzar es conveniente recordar que la Constitución Española, establece que la Administración Pública debe estar y actuar al servicio objetivo de los intereses generales. A su vez, el gasto público debe

realizarse de una manera que suponga la asignación equitativa de los recursos públicos, y, para ello, el Gobierno-Administración actuarán bajo los principios de eficacia y desconcentración, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho[1].

Estos citados preceptos de la Carta Magna española vienen a sustentar de base y argumentación a la reciente concepción de que la contratación pública no constituye exclusivamente un medio para la obtención de prestaciones, obras o servicios en las condiciones económicamente más provechosas para la administración sino que es, sobre todo, una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines y valores fundamentales tales como la redistribución de la riqueza, la igualdad y la justicia. Con ello se contradice a una parte de la doctrina clásica administrativista, para esta, la contratación pública debe servir a criterios meramente económicos, esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, a una neutralidad en la que se deje de contemplar a la contratación pública como un instrumento más de política económica.

La Administración cuando contrata con empresas la realización de obras o servicios de naturaleza pública dispone de una posición jurídica especial que le permite disponer de una serie de poderes que solo se justifican en la medida en que previamente estén argumentados en razones de interés común. Por tanto, a través de la contratación del sector público es posible, y deseable, que los ahora llamados poderes adjudicadores garanticen que esa forma de prestar los servicios de interés general o de construir obras públicas se realice desde los postulados del servicio objetivo al interés de la ciudadanía. En efecto, de esta manera la Administración puede diseñar en la realidad de los pliegos de los contratos, compromisos éticos o sociales, que son de alguna manera el reflejo de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que reconoce nuestra Constitución[2].

En el caso de la contratación pública, se demuestra a diario como una política pública puede ofrecer servicios que en verdad pueden mejorar sustancialmente las condiciones de vida de las personas, haciendo real la aspiración de humanización de la realidad. Por lo tanto, cuando los órganos administrativos, que pueden regular la política pública a través de la contratación, evitan conscientemente el interés general y la consecuente evolución de las condiciones de vida de la población se puede colegir que

1. *Vid.* artículos 103.1 y 31.2 de la Constitución Española de 1978.
2. Aymerich Cano, Carlos I., «Condicións sociais e contratación pública», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, págs. 53-66.

están practicando directa o indirectamente actos contrarios al mandato constitucional genérico del artículo 128.1. Así, destinar enormes cantidades de dinero público a través de la contratación pública, bajo la prevalencia de un criterio economicista, para no conseguir ni el bienestar ni mitigar las necesidades sociales acuciantes que existen en la actualidad, es digno de reprochar debido a que en ocasiones se antepone la estabilidad financiera a la dignidad humana[3].

II. EL TRATAMIENTO ACTUAL EN ESPAÑA DEL CRITERIO DE LA DISCAPACIDAD EN EL TODAVÍA VIGENTE TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público[4], habilita legalmente la introducción de criterios sociales y éticos en los pliegos de contrataciones. Distinguiremos como medidas que regulan los criterios que atienden a las personas con discapacidad las que señalamos a continuación.

1. PROHIBICIONES DE CONTRATAR

Estas prohibiciones en la esfera de la contratación pública se configuran como limitaciones al derecho a participar libremente en los procedimientos de contratación pública, de tal manera que pueden definirse como medidas aplicadas por los órganos de contratación para inhabilitar de los procedimientos de adjudicación de un contrato público a quienes incurran en una serie de circunstancias. La jurisprudencia española del Supremo, ha calificado a las prohibiciones de contratar como medidas de garantía del interés público, como cualidades descalificantes que impiden la contratación, que carecen de naturaleza sancionadora aun cuando limitan derechos. Hay que reconocer la importancia que puede llegar a tener las prohibiciones de contratar al mismo tiempo como instrumentos de lucha contra la corrupción, aunque para que estas lleguen a desplegar

3. Cuestión que ha sido harto debatida con la reforma constitucional del artículo 135, de 27 de septiembre de 2011, en el que, entre otras cosas, se ordena que «los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta». Dicha prioridad puede llegar a conculcar principios y derechos que debieran ser inquebrantables.
4. En adelante, TRLCSP.

efectos resulte fundamental reforzar la exigencia de responsabilidad penal por tales conductas[5].

En el TRLCSP, son los artículos 60 y 61 los que tratan la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas a aquellas empresas que vulneren diversa normativa social, laboral o ambiental, conviene mencionar que ambos artículos han sido recientemente redactados de nuevo por el apartado uno y dos de la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dicha modificación está vigente desde el 22 octubre de 2015. Dentro de las circunstancias que imposibilitan los procedimientos de adjudicación se encuentra recogida la discriminación de las personas con discapacidad, así:

> *Artículo 60. Prohibiciones de contratar.*
>
> *«1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
>
> *b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad*[6]*, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; por infracción muy grave en materia medioambiental (...)»*[7].

5. Medina Arnáiz, T., en «La regeneración democrática ¿también a la contratación pública?» en *www.obcp.es*.

6. El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, por medio de su Disposición Adicional Séptima establece que las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, y en su artículo 15.3, ya se deja constancia que son infracciones graves: «El incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional» (Apartado 3.° modificado por el art. 4.1 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, en vigor a partir del 28 de diciembre de 2012).

7. La anterior redacción de este apartado del artículo 60.1 correspondía la letra c y decía así: «*c) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, (...) o por infracción muy grave en materia medioambiental (...)*».

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen. (...)».

Respecto a la novedosa, y a su vez elogiable, referencia del art. 60.1 d) hay que tener en cuenta a la Disposición Transitoria Décima del TRLCSP que entrará en vigor el 2 de octubre 2016[8] –introducida por el apartado trece de la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público–, en esta se contempla que tal prohibición de contratar no será efectiva en tanto no se desarrolle reglamentariamente y se establezca qué ha de entenderse por el cumplimiento de dicho requisito a efectos de la prohibición de contratar y cómo se acreditará el mismo, que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

Hasta el momento en que se produzca la aprobación del citado desarrollo reglamentario, los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en relación con la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP.

La citada Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP, surgió con la intención legislativa de facultar a las Administraciones Públicas para que exijan el efectivo cumplimiento de la cuota exigida de trabajadores con discapacidad –antes en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI) y ahora en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[9]– con la inclusión en los pliegos de contratación de un requisito de

8. Según determina el apartado 1 de la Disposición Final Decimoctava de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

9. No es comprensible que tras tantas modificaciones del TRLCSP no se haya modifica-

presentación documental excluyendo de la licitación a las empresas que no lo acrediten, y de preferencia en la adjudicación. Dicen así los apartados uno y dos de la Disposición:

> «*1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.*
>
> *A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas».*
>
> *«2. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación»*[10].

El contenido de la Disposición era loable, no obstante, poco pretencioso debido al hecho de que se incluye la posibilidad, y no la obligatoriedad, de incorporar en los pliegos de la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, el certificado de la empresa con el número de trabajadores con discapacidad para verificar el cumplimiento de la ley. De la misma manera se incluye el término «podrán» para dar preferencia a la adjudicación a las empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100. Hubiera sido preferible

---

do la referencia a la LISMI por la del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

10. Párrafo 2.º del aparatado 2 de la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP: «*Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla».*

no dejar la citada incorporación documental a la libre discrecionalidad de los correspondientes órganos de la Administración, ya que esta potestad puede permitir el establecimiento de otra grieta propicia para el incumplimiento normativo en esta materia tan sensible como la discapacidad en el mundo laboral, que podría evitarse por el legislador.

Es por esto que, continuando con el análisis del reciente art. 60. 1 d), es muy destacable esta nueva inclusión que se presenta con una *vacatio legis*, ya que puede suponer un paso decisivo en la protección del cumplimiento de la normativa que defiende los derechos e intereses de las personas con discapacidad, esto es porque viene a introducir por primera vez como prohibición de contratar con la Administración a las empresas que no cumplan con un imperativo que ya se reconocía en la extinta LISMI. Como hemos visto se pasa de una Disposición Adicional Cuarta poco exigente a un art. 60.1 d) con grandes pretensiones una vez se desarrolle reglamentariamente y se establezca qué ha de entenderse por el cumplimiento de dicho requisito a efectos de la prohibición de contratar. Además, hay que resaltar que esta redacción de la letra d) no se incluyó en el borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público[11] (que se analizará más adelante) lo que conllevará que su apartado correspondiente al art. 60.1 d), el art. 71, quedará anulado ante la redacción más ambiciosa y novedosa del vigente TRLCSP (al modificarse el TRLCSP en octubre de 2015 frente a la publicación en abril de 2015 del Anteproyecto de LCSP), o eso es de esperar, en buena lógica temporal, y también por el paso dado en favor de los trabajadores con discapacidad.

En relación a la apreciación o declaración de la concurrencia de la prohibición de contratar, con la nueva modificación del TRLCSP en su art. 61 (vigente desde 22 de octubre de 2015), la prohibición de haber sido sancionada la persona con carácter firme por infracción grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad –art. 60.1 b)– pasa de «requerir la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto» a que dicha prohibición «se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas». Respecto a la novedosa introducción del supuesto de empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan con el requisito de que al menos el 2 por 100 de sus empleados sean trabajadores con discapacidad la prohibición, se apreciarán directamente por los órganos de contratación,

11. En adelante, Anteproyecto.

subsistiendo mientras concurran las circunstancias que en cada caso las determinan.

Como consecuencia del nuevo art. 61 del TRLCSP, se sostiene que se están produciendo avances significativos para terminar con lo que en la práctica las prohibiciones de contratar resultaban inoperantes, debido a que no se podía aplicar la prohibición de forma automática, junto con el hecho de que órgano de contratación no estaba dotado de competencias para excluir de la licitación a una empresa que incurra en un supuesto que le prohíba celebrar contratos que hayan vulnerado criterios del ámbito de la discapacidad[12].

2. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

A diferencia de las prohibiciones de contratar estas medidas o condiciones especiales no son de obligado cumplimiento para todos los órganos de contratación, tienen carácter potestativo. Esta posibilidad que se ofrece desde el legislador europeo a los órganos de contratación de establecer condiciones especiales de ejecución de un contrato público la encontramos en la Directiva 2004/18/CE, en su considerando 33 y en su artículo 26[13]. En la actualidad con la nueva Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, esta posibilidad se encuentra regulada en sus considerandos 97 a 99 y en su artículo 70.

Se encuentran reguladas en el artículo 118 del TRLCSP, en él se dice «estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral». Las condiciones especiales de ejecución se han de indicar en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato.

12. *Vid*. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su (RTACRC) 238/2014, Fundamento de Derecho Sexto.

13. Mediante dicha Directiva, además de proceder a refundirse la normativa anterior sobre la materia en un único texto, se incorporaba la doctrina contenida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al efecto. Fue precisamente a raíz de dicha jurisprudencia y de sentencias clásicas tales como la famosa de 20 de septiembre de 1988, recaída en el asunto Gebroeders Beentjes BV contra los Países Bajos, As. 31/87, pionera en estos asuntos; la de 26 de septiembre de 2000 en el asunto C-225/98 Nord-pas de Calais; o la de 17 de septiembre de 2002 en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB contra Helsingin kaupunki, entre algunas otras, donde se fue evidenciando que podían introducirse ciertos aspectos sociales en la contratación pública, tales como la posibilidad de incluir condiciones sociales de ejecución de los contratos.

Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales –a los efectos señalados en el artículo 223.f)–.

Cuando en los criterios de adjudicación se utiliza el baremo de mejor calidad-precio (y no el baremo del precio o del coste más bajo) y se incluyen cláusulas sociales se busca premiar a los empresarios que voluntariamente hayan elegido colaborar con un determinado objetivo social, pero, si el adjudicatario del contrato no fuese ese empresario colaborador, este objetivo social no se verá atendido. En cambio, con los criterios especiales de ejecución, deberán cumplirse en todo caso esos objetivos, sea quien sea el adjudicatario.

3. CONTRATOS RESERVADOS

Otra manifestación relativa a los criterios éticos o sociales, especialmente dedicada en las políticas activas de empleo respecto las personas con discapacidad, en la contratación pública española es la existencia de Contratos reservados.

Hay que indicar que ha sido la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social la que, a través de su artículo 4, ya ha modificado la Disposición Adicional Quinta del TRLCSP, que es donde se regula lo concerniente a los contratos reservados.

Por lo tanto, nos encontramos de nuevo ante una modificación del TRLCSP, vigente desde el 10 de octubre de 2015, posterior a la publicación del Anteproyecto, esta nueva literalidad establece la posibilidad de establecer contratos reservados sin límite económico alguno a Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción (ambas figuras con sus propias regulaciones y registros, dirigidos los primeros a personas con discapacidad y las segundas a personas en situación o riesgo de exclusión social) y programas de empleo protegido. Se establece, de esta manera, la obligatoriedad de que se fijen en cada administración contratante porcentajes mínimos de reserva para dichos contratos.

De esta manera el Estado Español ya ha transpuesto el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE. Pero para seguir fielmente el propósito a lograr por el Considerando 36 y el art. 20 de la Directiva, se recomienda que la hora de verificar las condiciones para la participación de un licitador en un procedimiento de contratación pública, los poderes adjudicadores deberán asegurarse que la integración de las personas con discapacidad

y de las personas desfavorecidas aparece como misión principal en los estatutos u otros documentos legales de la empresa licitadora. Las empresas de economía social entran en esta categoría. Los poderes adjudicadores, al redactar los términos de referencia, deberán incluir la calidad del proyecto de integración social como criterio esencial para la adjudicación del contrato. Esto evitaría que las empresas contratasen de forma oportunista a personas con discapacidad o desfavorecidas solo durante el período de ejecución de los contratos ganadores[14].

4. ESTABLECIMIENTO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

Para finalizar, cabe mencionar que tanto para el establecimiento de prescripciones técnicas (artículo 117.1) como para la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, se establecen garantías de accesibilidad para las personas con discapacidad en el ámbito de la contratación pública (Disposición Adicional decimoctava TRLCSP). Lo que implica que deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad[15].

III. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. ANTECEDENTES

El Consejo de Ministros del 17 de abril de 2015 ha aprobado los informes del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. Se trata de los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público y de Contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Los Anteproyectos pasarán ahora a trámite de información pública y posteriormente se someterán a informe del Consejo

14. Caimi, V. (Coord). «La Contratación Pública al servicio del progreso social. Una guía para la transposición de la Directiva europea sobre Contratación Pública». Social Platform. octubre 2015.
15. En relación a las prescripciones técnicas, de no ser posible cumplir con su definición *strictu sensu* por los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

de Estado antes de su remisión por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales.

El Anteproyecto de LCSP tiene como principal objetivo la transposición al Derecho español de las Directivas 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública[16] y 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El Estado español tiene la obligación de transponer las Directivas 2014/23, 24 y 25 hasta el 18 de abril de 2016, por lo que resulta imprescindible la aprobación de los anteproyectos para no incumplir el Derecho comunitario, como inapropiadamente ha sido tradición en España en materia de contratos públicos. Como es sabido, en estos momentos se está a la espera del inicio del trámite parlamentario que ha sido interrumpido por la celebración de elecciones generales el 20 de diciembre de 2015. Por ende, hasta que no se constituya el nuevo parlamento y gobierno el proceso estará paralizado.

2. NOVEDADES SOBRE CORRUPCIÓN Y CRITERIOS SOCIALES

Una de las novedades del Anteproyecto en la materia objeto de nuestro análisis, es la incorporación dentro de los objetivos en su artículo 1 del principio de integridad, que no debe considerarse solo como valor ético sino como un verdadero principio jurídico, esto conlleva, en la teoría, un intento de atajar y de dar más claridad al desiderátum de erradicar de la contratación cualquier práctica corrupta.

En el Pleno extraordinario del Congreso de los Diputados celebrado el 27 de noviembre de 2014, el Presidente del Gobierno presentó 70 medidas «de regeneración democrática», la medida número 69 era sobre la «Nueva regulación de prohibiciones e incompatibilidades para contratar con el sector público» que impondría el gobierno al hilo de la inminente y obligada transposición de la Directiva 2014/24 en el mencionado Anteproyecto, en dicha Directiva se establecen en los apartados 1 y 2 de su artículo 57 (prohibiciones de contratar) las exclusiones de carácter obligatorio para participar en la contratación pública en relación a un operador económico que ha sido condenado mediante sentencia firme por una serie de motivos como terrorismo, corrupción, blanqueo de capitales, fraude, etc. Ello tiene su reflejo en el art 71.1 letra *a)* del Anteproyecto. La gran novedad en el Anteproyecto es la inclusión de la prohibición para contratar

16. En adelante, Directiva 2014/24.

por conductas privadas de corrupción, algo que se echaba en falta en la letra a) del artículo 60.1 TRLCSP vigente a la fecha de publicación del Anteproyecto, donde no se recogía el delito de corrupción entre particulares –incorporado al Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (artículo 286 bis)– aun cuando la Directiva de 2004/18/CE remitía expresamente a la normativa relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Cuestión que se pretende atajar con el Anteproyecto, pero ya actualmente subsanada con la modificación hecha al TRLCSP por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (como ya se trató anteriormente), ya que va a incorporar lo incluido en el Anteproyecto además de añadir la prohibición de contratar a personas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de blanqueo de capitales, prevaricación, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y financiación ilegal de los partidos políticos. Siendo estas figuras delictivas una adenda coherente y muy a valorar por la situación política del Estado, debiendo el Anteproyecto haber ya agregado a su texto en el momento de su publicación[17].

En relación a los criterios sociales el artículo 57.4 letra a) de la Directiva 2014/24 dice que los poderes adjudicadores podrán (no se le otorga carácter obligatorio) excluir de la participación en la contratación pública, ya sea por sí mismo o a petición de otro Estado miembro, cuando el poder adjudicador pueda demostrar que se han incumplido obligaciones que emanan de los principios de contratación del artículo 18 apartado 2, y estas son las «obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X»[18]. Aquí de

17. Resultando así la versión vigente y modificada del art. 60.1 *a): «Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, prevaricación, fraudes, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.*
La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado».

18. Conviene al mismo tiempo mencionar al Considerando 101 de la Directiva 2014/24: *«Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo, debido a que han incumplido*

nuevo, y como ya hemos tratado, aparecen las prohibiciones para contratar en el art. 60.1 letras b) y d), y en el actual TRLCSP ya está transpuesta la pretensión de la Directiva dándole un carácter imperativo, suponiendo además un gran paso la aparición de la letra d respecto a la exigencia de cumplimiento de la normativa de discapacidad en el ámbito laboral.

Otra cuestión a destacar es la imposición al órgano de contratación la obligación de introducir las consideraciones de tipo social, pero se le deja en libertad para que pueda decidir si las incluye en cada contrato en concreto como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución.[19] En ambos casos, su introducción debe estar supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. No obstante, no se contemplan, posteriormente a lo largo del articulado del Anteproyecto de manera específica, mecanismos de verificación de la inclusión de dichas consideraciones sociales en los procedimientos, así como tampoco mecanismos de seguimiento sobre el grado de su cumplimiento en su desarrollo contractual. En relación a las condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118 TRLCSP y art. 200 del Anteproyecto), su redacción es casi idéntica, solo resaltar la acertada referencia a «*hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*» una norma ratificada por el estado español, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde mayo de 2008, y que, desafortunadamente, no aparece mencionada en el TRLCSP.

Respecto a los contratos reservados como ya se analizó, se produjo una modificación del TRLCSP posterior al Anteproyecto, por lo tanto, también se ha adaptado la Directiva 2014/24/UE al ordenamiento jurídico español.

Tanto para las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas (art. 117 TRLCSP, art 126 Anteproyecto) como en las garantías de accesibilidad para personas con discapacidad (Disposición Adicional decimoctava TRLCSP, Disposición Adicional decimonovena Anteproyecto) se corrige y se actualiza la norma a la que se debe tomar como referencia para tomar como definición respecto a los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos, que es el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

---

las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad (...)».

19. *Vid.* Exposición de motivos del Anteproyecto.

3. DICTAMEN DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA SOBRE EL ANTEPROYECTO

Con fecha de 24 de abril de 2015 tuvo entrada en el Consejo Económico y Social de España[20] el escrito del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.1.1 a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social, que el CES emitiera Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Dicha solicitud fue trasladada a la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad para la elaboración de una propuesta de Dictamen, el cual se hace público en Sesión ordinaria del Pleno el 25 de junio de 2015. Procedemos a resumir en dos bloques lo que refleja la literalidad de dicha proposición en lo que respecta al objeto de nuestro análisis:

A) Consideraciones respecto a la corrupción en la contratación pública:

El CES está firmemente convencido de que la corrupción socava las instituciones, provoca desafección ciudadana respecto a los poderes públicos, y pone en cuestión el Estado de Derecho. Además, desde una perspectiva económica, estas prácticas fraudulentas falsean la competencia y provocan un aumento injustificado del coste de provisión de los bienes y servicios públicos. Por todo ello, comparte la preocupación por garantizar que los procedimientos contractuales se desarrollen con las máximas garantías de transparencia e igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores para evitar el fraude y el favoritismo.

Sin embargo, a juicio de este Consejo, la reforma no aborda el grave problema de la corrupción en la contratación pública con la suficiente ambición y profundidad, desaprovechando la ocasión para introducir de manera transversal cuantas disposiciones, procedimientos y cautelas sean necesarios para prevenir eficazmente desde el Derecho administrativo la aparición de prácticas desviadas del interés general.

El CES entiende que, para evitar que quede reducido a una mera declaración de intenciones, sería necesario introducir mucha mayor concreción y regular expresamente el tipo de medidas que los órganos de contratación deben arbitrar para evitar estas situaciones.

En particular, la norma debiera establecer de manera reglada y expresa los supuestos de prohibiciones para formar parte de los órganos de contratación, de manera que se excluya de participar en el procedimiento, en todas sus fases, a los cargos políticos o empleados públicos que incurran

20. En adelante, CES.

en conflicto de intereses. Dicha consideración del CES ha sido en parte atendida reforzando las prohibiciones al introducir nuevas figuras delictivas relacionadas con corrupción y mala praxis del funcionariado que no se encontraban en el Anteproyecto y que desde octubre de 2015 ya se incorporaron al cuerpo del TRLCSP.

Por otro lado, debería establecer la obligación de dar publicidad a las deliberaciones y los informes de los órganos de contratación, omitiendo en todo caso la información de las empresas licitadoras que pueda ser comprometida desde el punto de vista comercial, lo que obligaría a objetivar los criterios de adjudicación y las baremaciones.

B) Consideraciones respecto a criterios sociales:

El CES menciona el, a su juicio, desacertado tratamiento dado en los textos legales a la manera de garantizar el cumplimiento de las normas sociales, laborales y medioambientales, a pesar de la declaración de intenciones expresada en los propios anteproyectos. Se detectan omisiones y deficiencias importantes a la hora de hacer referencia a la necesidad de respetar las normas sociales, laborales y medioambientales. En los casos en los se podría haber incluido un mayor compromiso con este tipo de normas, la redacción final de los preceptos no ha sido acertada, a juicio del CES.

Igualmente, el Consejo considera que en los procesos de contratación deberá tenerse en cuenta el posible impacto de este tipo de criterios sobre la capacidad de las pymes a la hora de participar en los procesos de contratación pública.

En definitiva, el CES quiere subrayar que la mejora de las condiciones medioambientales, sociales y laborales debe promoverse a través del sistema de contratación pública y quedar garantizada en todas sus fases y cumplirse por todos los licitadores.

IV. CONCLUSIONES

La contratación pública, es de naturaleza horizontal, es decir, no es un fin en sí misma, es instrumental; la compra pública no es una política pública neutra, tiene su carga ideológica y su impacto en el mercado, está al servicio de variables como el fomento de pymes, de la innovación, del carácter social, medioambiental, etc. Cuestiones (cláusulas sociales) que debiera tener en cuenta siempre el poder adjudicador –siempre que estén

vinculadas al objeto del contrato–, además del criterio clásico de selección de la oferta económicamente más ventajosa[21].

A pesar de que con las Directivas de cuarta generación se pretende fortalecer la presencia de los criterios sociales en la contratación, parte de la doctrina considera que se debe aprovechar la transposición en los diversos ordenamientos jurídicos estatales para instaurar un verdadero modelo de políticas sociales, cuestión que con el Anteproyecto no se ha hecho. No hay una política sistemática de acercamiento de la contratación pública al tercer sector, sería deseable la creación de un observatorio o un consejo social de la contratación pública española, en el que se dé cabida un debate con las asociaciones de colectivos de exclusión social, asociaciones empresariales, entidades locales, autonómicas y estatal para establecer unos criterios comunes y consensuados para adoptar una acción social potente. No basta con la pretensión de excluir de la contratación a quienes incumplen con la normativa sobre discapacidad, debería darse un paso más ya que en la práctica no se obliga al órgano contratante la inclusión en los pliegos de la documentación que certifique tal cumplimiento, como ya se ha expuesto.

La contratación pública debe estar liderada realmente por el principio de integridad, incluido de manera muy acertada en el Anteproyecto, cuya antítesis es la corrupción, y que simplemente supone la gestión con honestidad y transparencia de los recursos públicos encomendados por la sociedad.

Como ya se expuso con anterioridad, el TRLCSP ha tenido modificaciones de su contenido con posterioridad a la publicación en abril del borrador del Anteproyecto, y dichas modificaciones se realizaron con la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social. Con la primera ley se modifican los arts. 60 y 61, lo concerniente a las prohibiciones para contratar, lo que significó transponer lo expuesto en el artículo 57; y con la segunda ley se modifica lo relativo a los contratos reservados, lo que significó transponer lo expuesto en el artículo 20 y el Considerando 36.

Es, por lo tanto, loable y reseñable que se acometieran esas reformas y que tangencialmente abordasen criterios éticos y de la discapacidad sin

21. *Vid*. STJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes/Holanda,* y la STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Nord-Pas-de-Calais(Comisión/Francia).*

tener que esperar a la aprobación futura del Anteproyecto. Sobre todo, habiendo un final de 2015 con un proceso electoral a las Cortes Generales en el que era previsible una incertidumbre en el resultado de la configuración parlamentaria de principios de 2016. No obstante, y con el criterio del CES no se aborda el grave problema de la corrupción y de los conflictos de intereses con la suficiente ambición y profundidad y tampoco la plena implementación de una contratación pública socialmente responsable.

Al hilo de ese mencionado abordaje insuficiente, cabe mencionar, para concluir, al Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE, de febrero de 2014[22], en el que en su análisis conclusivo, respecto a lo que se refiere a la adopción de posibles nuevas medidas por los Estados miembros, se apuntan las siguientes recomendaciones generales que podríamos resumir para una contratación pública menos corrupta y, por ende, más ética y cumplidora con el interés general o social, y son las que siguen: Necesidad de un uso sistemático de las evaluaciones de riesgos de corrupción en la contratación pública; aplicación de altos estándares de transparencia para la totalidad del ciclo de contratación, así como durante la ejecución de los contratos; refuerzo de los mecanismos de control interno y externo de la totalidad del ciclo de contratación, así como durante la ejecución de los contratos; garantizar una visión de conjunto coherente y concienciar sobre la necesidad y el conocimiento de la prevención y detección de las prácticas corruptas en todos los niveles de la contratación pública; y, fortalecer los regímenes sancionadores.

22. *http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_es.pdf*.

Capítulo 3

La «asociación para la innovación» como contrato y como procedimiento de adjudicación

José Antonio Tardío Pato

Profesor Titular de Universidad. Área de Derecho Administrativo
Universidad Miguel Hernández de Elche

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DEL CONTRATO O CONTRATOS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE «ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN». III. LA «ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN» COMO PROCEDIMIENTO Y SUS FASES. IV. EPÍLOGO Y CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva de la Unión Europea 2014/24, dentro del capítulo dedicado a los procedimientos de licitación y adjudicación, bajo la rúbrica «asociación para la innovación», regula inicialmente un procedimiento de este tipo, pero, como al intentar precisar el tipo de contratos que han de adjudicarse por tal procedimiento, menciona prestaciones pertenecientes a diversos tipos de contratos sin coincidir total y absolutamente con uno de ellos en particular, puede deducirse que se está contemplando o bien un contrato mixto o bien una nueva modalidad contractual con peculiaridades propias. A decir verdad, su regulación se muestra un tanto difusa y ello genera ciertas incertidumbres y dudas interpretativas.

La finalidad del presente análisis es, en primer término, destacar cuáles son las notas que parecen no controvertidas y también las controvertidas, para intentar explicar, a partir de ahí, cómo puede entenderse la situación contractual contemplada.

Pero, asimismo, en segundo término, pretendemos resaltar cómo se configura el procedimiento de adjudicación y en qué fases se estructura.

Finalmente, realizaremos una valoración crítica de lo anterior, con aportación de las correspondientes conclusiones.

II. DELIMITACIÓN DEL CONTRATO O CONTRATOS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE «ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN»

A) Las notas que la Directiva 2014/24/UE establece con respecto a la situación contractual prevista como objeto del procedimiento de adjudicación denominado «asociación para la innovación» son las siguientes.

1. La razón de ser de la situación contractual prevista como objeto de la adjudicación mediante el citado procedimiento reside en la necesidad que tiene el Poder Adjudicador de obtener productos, servicios u obras que no estén disponibles en el mercado[1].

El objeto de la contratación contemplado viene dado: a) por actividades de investigación y desarrollo[2] previas para alcanzar esos productos, servicios u obras de los que se tiene necesidad y no existen en el mercado; y b) por la posible posterior fabricación del correspondiente producto, prestación del servicio o realización de la obra y su adquisición por el Poder Adjudicador, solamente para el caso de que se alcancen en la fase de investigación y desarrollo determinados niveles de rendimiento previamente previstos y no se superen los costes preestablecidos[3].

Y se precisa que *no se exigirá recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición de los nuevos productos, servicios u obras innovadores*[4], por lo que se indica claramente que el contrato que se adjudica engloba ambas partes (investigación y desarrollo, por un lado, y la adquisición del resultado servicio u obra derivados, por otro). Por ello, también se consigna, al establecer el valor de la contratación en estos casos, que será el valor máximo estimado, IVA excluido, de las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación prevista[5].

1. Art. 31.1, segundo párrafo, de la Directiva 2014/24/UE.
2. Art. 31.1, tercer párrafo.
3. Art. 31.2, primer párrafo.
4. Apartado 49, líneas 11 y 12 de la Exposición de Motivos de la Directiva.
5. Art. 5.6.

Además, se matiza en la Directiva que, *aparte de lo anterior, seguirán estando disponibles los contratos de servicios de I+D que no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva*, expuestos en la Comunicación de la Comisión de 14 de diciembre de 2007 titulada «La contratación precomercial [...]»[6]. Estos últimos contratos de la citada «contratación precomercial» se limitan a los servicios de I+D, a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización[7], y excluyen las «actividades de desarrollo comercial como la producción o el suministro a gran escala para determinar la viabilidad comercial o recuperar los gastos de I+D, la integración o la adaptación y los ajustes y las mejoras añadidos a productos o procesos existentes»[8]. Y quedan exentos de la aplicación de la Directiva 2014/24/UE, como apunta la Comunicación[9] y confirma la propia Directiva[10].

Pero también existe otra figura que ha venido operando en estos ámbi-

6. Apartado 47, párrafo segundo, de la Exposición de Motivos de la Directiva. Se trata de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles», SEC(2007) 1668 /* COM/2007/0799 final */, fechada el 14/12/2007.
7. Comunicación de la Comisión de 14/12/2007 citada, apartado 1, párrafo tercero, punto 1, línea primera.
   En tal apartado se precisa que «la I+D puede cubrir actividades como la *exploración y el diseño de soluciones, la creación de prototipos o la fabricación original de un volumen limitado de primeros productos o servicios a modo de serie de prueba*». Y se añade que «la fabricación original de un primer producto o servicio puede incluir su producción o suministro en cantidad limitada con objeto de tener en cuenta los resultados de las pruebas en la práctica y de demostrar que el producto o servicio se presta a la producción en gran escala o suministro satisfaciendo normas aceptables de calidad».
8. Mismo documento (Comunicación «La contratación precomercial [...]»), apartado 1, párrafo tercero, punto 1, líneas 10 a 12.
9. Mismo documento, apartado 1, párrafo tercero, punto 3, párrafo tercero.
10. Art. 14 de la Directiva, que, bajo la rúbrica «servicios de investigación y desarrollo», dice que la misma se aplicará únicamente a los *contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo* incluidos en los códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y b) que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.
    Y es que, precisamente, esas dos condiciones se dan en los contratos de «contratación precomercial, según el apartado 1, párrafo tercero, de la Comunicación de 2007 mencionada.
    Debemos destacar, en el mismo sentido, que el art. 4.1, letra r, del RDLeg. 3/2011 dispone que quedan excluidos de dicha Ley «los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que este comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidenciali-

tos con anterioridad a la Directiva 2014/24/UE, que, en las Guías oficiales españolas aparece denominada «*compra pública de tecnología innovadora*», que, en las mismas, se define como «la compra pública de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable» y «requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el comprador»[11].

Esta figura parece ser una interpretación de la que, en el Reglamento (UE) n.º 1290/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013 y en otros documentos europeos de contratación pública innovadora, se califica como «public procurement of innovative solutions» (PPI)[12] («contratación pública de soluciones innovadoras», en la versión en castellano-español), aunque ha habido quien ha destacado que la recogida en las Guías es una figura más amplia y la PPI es simplemente una subespecie de aquella[13].

---

dad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa».
Como, en igual sentido, el art. 13.2, letra b, del RDLeg. 3/2011 los excluye de la consideración de contratos sujetos a contratación armonizada.

11. Sobre esta manifestación, cabe citar las págs. 12 y ss. de la «Guía sobre compra pública innovadora del MICINN» elaborada en el marco de la «Estrategia Estatal de innovación (e2i)». (que no lleva fecha, pero que según las Noticias del Observatorio sobre Contratación pública de 21/11/2011 se publicó en dicha época). La misma ha sido actualizada con la «Guía 2.0 para la compra pública de innovación» que se fecha el 30 de diciembre de 2015 y recoge la exposición de la citada figura, en la pág. 38 y ss.

12. Así, en el art. 2.18 del Reglamento (UE) n.º 1290/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013, por el que se establecen las normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.° 1906/2006; en «Digital Agenda for Europe» (*https://ec.europa.eu/digital-agenda/public-procurement-innovative-solutions*); y en «Horizon 2020 Work Programme 2014-2015 (*http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/wp/2014_2015/main/h2020-wp1415-intro_en.pdf*), págs. 19 y 21-22.

13. A. López Miño (2013, pág. 230) dice que, en realidad, la «public procurement of innovative solutions" (PPI), «contratación pública de soluciones innovadoras», en la versión en castellano-español, es una subespecie muy restringida de CPTI, es decir de la calificada como «*compra pública de tecnología innovadora*», en las Guías oficiales españolas; subespecie que se caracteriza –según dicho Autor– porque no es preciso ningún desarrollo tecnológico relevante.
Pero lo que está claro es que la PPI está acogida expresamente en el Reglamento (UE) n.º 1290/2013, en los términos indicados, y la CPTI parece más bien una interpretación *sui generis* de las Guías españolas citadas y que, en el Derecho de la Unión Europea, para la inclusión tanto de las fases de I+D como de la fase de adquisición del resultado la figura que se ha creado no ha sido la CPTI, sino la «asociación para la investigación», dibujada ya en la primera Propuesta de Directiva de 20 de diciembre de 2011 (COM (2011) 896 final).

En las Guías españolas se destaca que la citada «*compra pública de tecnología innovadora*» se ha manifestado normativamente dentro del objeto contractual propio del «contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», concretamente, en la letra c del art. 11.1 del RDLeg. 3/2011: «la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado»[14].

Respecto de ella, hay que resaltar que, en tal precepto, no se menciona la contratación de actividad de I+D previa; que los procedimientos de adjudicación del contrato en el que se integra han sido el de diálogo competitivo y el procedimiento negociado con publicidad[15]; y que no ha sido recogida como tal en la presente Directiva 2014/24/UE.

Pero no queda muy claro, en las Guías españolas, por la terminología empleada, la posibilidad si en tal contrato se integra la fase anterior de investigación y desarrollo[16]. De integrarse, la llamada «*compra pública de*

14. También dice la «Guía sobre compra pública innovadora del MICINN» de 2011 (págs. 8-9) que el «contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado» es el instrumento contractual más específico para la compra pública innovadora y particularmente en su modalidad de «compra pública de tecnología innovadora».
V. M. Arnáez Arce (2012, pág. 27) va todavía más allá y dice que se puede que es «el único tipo o modelo de contratación pública capaz de incentivar la incorporación y determinación de las soluciones innovadoras en los bienes y servicios que se suministran al sector público».
Recordemos que el «contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado» se empezó a introducir en el Derecho de la Unión Europea con posterioridad a la Directiva 2004/18/CEE, pues comenzó con el Libro Verde de la Comisión acerca de la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004 [COM (2004) 327 final]. En él se dice que «en el marco de la Iniciativa para el crecimiento, el Consejo ha aprobado una serie de medidas cuyo objetivo es aumentar las inversiones destinadas [...] al ámbito de la innovación, la investigación y el desarrollo, en particular mediante la organización de operaciones de CPP» (apartado 4 y nota al pie 2).
Y, después, siguió con la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 26 de octubre de 2006 [2006/2043 (INI)].
Tales documentos iniciales son mencionados en la literatura generada sobre dicho contrato. Así, P. M. García Capdepón (2005, pág. 101 y ss).; J. González García (2006, pág. 8 y ss).; C. Chinchilla Marín (2006, pág. 162 y ss).; L. Miguez Macho (2008, pág. 157 y ss).; y C. Briera Dalmau (2011, pág. 117 y ss). Y, en relación con sus antecedentes en el Reino Unido, cabe citar a E. Nieto Garrido (2004, pág. 389 y ss).
15. Art. 180.3 del RDLeg. 3/2011, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
16. Así, en la «Guía sobre compra pública innovadora del MICINN» de 2011, después de definirse como «compra pública de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable» y decir

tecnología innovadora» sería el antecedente de la actual «asociación para la investigación», con la diferencia de que en la nueva versión se incluye la realización de obras, no aludidas en la figura precedente, y de que se contempla para ella un procedimiento de adjudicación específico calificado precisamente «asociación para la innovación»[17].

Por el contrario, en los documentos europeos de contratación pública innovadora como «public procurement of innovative solutions» (PPI), se subraya la idea de que, en dicha modalidad contractual, no se incluye como objeto de las mismas actividades de I+D, sino solo la adquisición de soluciones innovadoras que existen en pequeña cantidad en el mercado y que ya no necesitan I+D[18] y, por eso, no se centran en la I+D, sino en la comercialización y difusión de las soluciones[19]. En ella, los poderes adjudicadores actúan como primer cliente de productos o servicios innovadores que aún no están disponibles a gran escala comercial y puede incluir pruebas de conformidad (conformance testing)[20]. Se trata de bienes y servicios que ofrecen cualidades técnicas de un nivel superior al mejor de los existentes hasta ese momento[21]. Y pueden utilizarse procedimientos de adjudicación cubiertos por las Directivas de contratación pública que no engloben la contratación de actividades de I+D[22].

---

que «requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el comprador», se añade a continuación que, aquí, «*las actividades de I+D se realizan como parte integrante de un único contrato*» (pág. 9). Y lo mismo se mantiene en la «Guía 2.0 para la compra pública de innovación» de 2015 (pág. 38).

17. A. López Miño (2013, pág. 231) dice que la «asociación para la investigación» es un verdadero trasunto comunitario de la calificada como «*compra pública de tecnología innovadora*».

18. Así, en Digital Agenda for Europe (*https://ec.europa.eu/digital-agenda/public-procurement-innovative-solutions*).
M. A. Bernal Blay (2014b, pág. 9) nos dice que «integra una fase de desarrollo de productos y servicios que, aunque no exista en el momento de su adquisición, sin embargo, se puede obtener en un plazo razonable de tiempo, sin necesidad de una fase de investigación que requeriría tiempo adicional». Son términos semejantes a los de las Guías españolas, pero parece que deja claro que no incluye una fase de I+D.

19. Así, en Horizon 2020 Work Programme 2014-2015 (*http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/wp/2014_2015/main/h2020-wp1415-intro_en.pdf*), pág. 19.

20. Art. 2.18 del Reglamento (UE) n.º 1290/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, citado. Y en Horizon 2020 Work Programme 2014-2015 (*http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/wp/2014_2015/main/h2020-wp1415-intro_en.pdf*), pág. 21, segundo párrafo, líneas 1 a 3.
A. López Miño menciona el supuesto de que la I+D haya progresado hasta un determinado nivel en el que los productos finales están en el mercado, pero su número, precio o calidad hacen inviable su comercialización en masa (2013, pág. 229).

21. Horizon 2020 Work Programme 2014-2015, pág. 21, segundo párrafo, líneas 10 y 11.

22. Mismo documento, pág. 21, séptimo párrafo.

Aquí sí que aparece diferenciada claramente de la actual «asociación para la innovación», que no solo abarca la adquisición del resultado final, sino también de la referida actividad investigadora anterior, aparte de las otras diferencias atrás indicadas.

Pero, en los documentos más recientes se habla, frente a la contratación pre-comercial, de «*contratación a escala comercial de productos y servicios innovadores y servicios*» (procurement on a commercial scale of innovative products and services) y parece ya abandonarse el tratamiento tan caracterizado y específico dado en los documentos anteriores[23].

En suma, la «asociación para la investigación» aparece como un tertium genus frente a los contratos de la contratación pre-comercial, por un lado, y a la «public procurement of innovative solutions» (PPI) («contratación pública de soluciones innovadoras»), por otro.

2. Se requiere en la Directiva que el contrato de «asociación para la investigación» se estructure en *fases sucesivas, siguiendo la secuencia de las etapas del proceso* de investigación e innovación y de la eventual fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras[24].

A lo que se añade que *la duración de las diferentes fases ha de reflejar el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias* para el desarrollo de la solución innovadora[25].

Y para ello se prevé la fijación de unos *objetivos intermedios* que deberán alcanzar los contratistas y de los *plazos de los pagos* a realizar por el Poder Adjudicador[26].

Como también se contempla la *posibilidad de la finalización del contrato*

Además, en relación con la asignación de los derechos de propiedad intelectual, se indica que se deben atribuirse a la parte que los ha generado, excepto en casos debidamente justificados (por ejemplo, cuando esa parte no es capaz de explotarlos). Mismo Documento, pág. 21, párrafo quinto.

23. «Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación» (*https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf*), publicada por la Procurement of Innovation Platform, con patrocinio de la Comisión de la Unión Europea (con ediciones en inglés y en español), pág. 6. Aunque no figura la fecha, es posterior a la Directiva 2014/24/UE, porque ya se menciona tal Directiva junto a las otras dos de 2014 y se aborda la figura de la «asociación para la innovación».
24. Art. 31.2, segundo párrafo, primer inciso.
25. Art. 31.7, primer inciso.
26. Art. 31.2, segundo párrafo, inciso final.

al final de cada fase a decisión del Poder Adjudicador, si así está establecido en los pliegos y cuando concurran las condiciones fijadas en los mismos[27].

En consonancia con lo anterior, tales condiciones deben referirse, claramente, a si se han alcanzado o no en la fase correspondiente los niveles de rendimiento previamente previstos o se han superado o no los costes preestablecidos.

3. La contraprestación del Poder Adjudicador respecto de las prestaciones contractuales citadas del contratista consistirá –como ya se ha apuntado– en una retribución realizada en plazos adecuados[28].

Respecto de tales pagos por fases, indica que *el valor de las diferentes fases tiene que ser reflejo del grado de innovación* de la solución propuesta *y de la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias* para el desarrollo de la solución innovadora. Y añade que «*el valor estimado de los suministros, servicios u obras no será desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo*»[29].

4. No indica claramente si el Poder Adjudicador es el único que debe obtener los beneficios derivados del contrato y si la actividad y resultados del contratista deben ser remunerados íntegramente por tal Poder Adjudicador, a diferencia de lo que sí dispone explícitamente para los contratos que incluyen exclusivamente servicios públicos de investigación y desarrollo incluidos en los códigos del vocabulario común de contratos públicos que se especifican en el art. 14 de la Directiva (que son los de la denominada contratación pre-comercial).

Pues, en relación con estos contratos de servicios de I+D exclusivamente, si no se cumple alguna de las dos condiciones (o sea, si los beneficios se comparten por ambas partes contratantes o si hay parte del servicio que no se retribuye por el Poder Adjudicador), entonces no se aplicará la Directiva y, por ende, tampoco los procedimientos de selección y adjudicación de la misma.

Tan solo se dice explícitamente, para la «asociación para la innovación», que, en los pliegos de la contratación, el Poder Adjudicador defini-

27. Art. 31.2, tercer párrafo. En la versión en español de la Directiva, para la finalización del contrato al final de cada fase, se emplea el término «rescisión». En la redacción en inglés se usa el término «terminate» (poner fin). En la versión francesa se emplea el vocablo résilier (que aparece en diccionarios como rescindir, anular). En la versión italiana la voz risolvere (resolver). Y, en la redacción en alemán, la palabra utilizada es «venden» (poner fin).

28. Art. 31.2, segundo párrafo, segundo inciso.

29. Art. 31.7, primer y segundo incisos.

rá las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial[30].

5. La versión española de la Directiva habla de la posibilidad de que el Poder Adjudicador decida la *creación de la asociación* para la innovación *con uno o varios socios* que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo[31]. Y dice además que *la estructura* de la asociación debe reflejar el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora[32].

a) Ello plantea la cuestión de si realmente está previendo la creación de una estructura organizativa coetánea a la duración del contrato, para el mejor cumplimiento y gestión de este y si tal organización debe estar dotada de personalidad jurídica y de un determinado tipo; específicamente, si tal organización debe configurarse como una asociación en sentido estricto, como una sociedad civil o mercantil o como una agrupación de interés económico[33].

A estos efectos, debemos tener en cuenta que los términos de la redacción en inglés son: «the contracting authority may decide to set up the *innovation partnership* with one partner or with several *partners*». Los términos de la redacción francesa son: «Le pouvoir adjudicateur peut décider de mettre en place le *partenariat* d´innovation avec un ou plusieurs *partenaires*». La terminología de la versión italiana es: «L´amministrazione aggiudicatrice può decidere di instaurare il *partenariato* per l´innovazione con un solo partner o con più *partner*». Y la terminología de la versión alemana es esta otra: «Der öffentliche Auftraggeber kann beschließen, die *Innovationspartnerschaft* mit einem Partner oder mit mehreren *Partnern*».

Por lo tanto, en esos otros idiomas, se están utilizando los mismos términos que se han traducido al español simplemente como «colaboración». Así se hizo, por ejemplo, en el caso del contrato de «colaboración entre el sector público y el sector privado», llamado: «public-private partnership», en inglés; «partenariat public-privé», en francés; «partenariato pubblico-privati», en italiano; y Öffentlich-private Partnerschaft´ en alemán[34].

30. Art. 31.6, tercer párrafo, primer inciso.
31. Art. 31.1, tercer párrafo.
32. Art. 31.7, primer inciso.
33. La utilización de esta última forma organizativa ha sido defendida por G. Merino Gómez (2014, pág. 208) y M. Rodríguez Beas (2015, pág. 158).
34. Véase, por ejemplo, en la página oficial de Internet del Parlamento Europeo, la versión en los idiomas señalados de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo

Así pues, en la versión española *se podría haber utilizado perfectamente la expresión «colaboración para la innovación» en lugar de «asociación para la investigación»*. De hecho, como veremos, en el Borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015, se habla de «acuerdo de colaboración», para referirse al negocio jurídico resultante de la selección previa de los empresarios que han presentado solicitud de participación[35].

b) Por eso, otra explicación puede ser que la estructura a la que se refiere no está aludiendo a la creación de entramado organizativo alguno[36], sino meramente a la división de la ejecución del contrato en fases, teniendo en cuenta las fases usuales de la «investigación y desarrollo», más la fase ulterior de la comercialización final del resultado; aspecto que ya hemos destacado arriba.

B) La interpretación española de lo anterior que manifiesta el Borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015 es la que sintetizamos a continuación.

1. Se contemplan dos negocios jurídicos separados: uno, preliminar, de encargo de actividades de investigación y desarrollo a los seleccionados previamente dentro de los que han presentado solicitud al proceso licitatorio (al que califica como acuerdo de colaboración[37], pero después como contrato[38]), que dice que será formalizado[39], y otro nuevo, posterior (al que se califica de contrato), de fabricación del producto, prestación del servicio o realización de la obra, que requiere una nueva adjudicación conforme a los términos establecidos en el pliego de cláusulas y con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, distinguiendo entre si han quedado uno o varios empresarios con los que se celebraron previamente los acuerdos de colaboración[40].

Dice, además, que los contratos se regirán: a) en la fase de investiga-

sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 26 de octubre de 2006 [2006/2043 (INI)].

35. Art. 179.1 del Borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015.
36. De la misma opinión es J. M. Gimeno Feliu (2014, pág. 48, nota a pie 20), pues dice que «en puridad no tiene naturaleza de asociación, dado que se trata de un simple acuerdo».
37. Art. 179.1 del Borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015.
38. Art. 175.2, letra a, del citado Borrador.
39. Art. 179.1 del Borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015.
40. Art. 180.2 del citado Borrador.

ción y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos y supletoriamente por las normas del contrato de servicios; y b) en la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate[41].

2. Para el primer negocio jurídico (el calificado como acuerdo de colaboración para la realización de actividades de I+D) no se contempla exactamente un precio contractual, sino una mera compensación tras la finalización de la asociación para el empresario en cuestión, por los trabajos realizados, si está prevista en el pliego[42].

3. No se hace referencia al problema del reparto de beneficios y riesgos entre las partes, a pesar de que se prevé un primer acuerdo de colaboración independiente del contrato sobre la adquisición del resultado del desarrollo y de que, según el artículo 14 de la Directiva, los contratos de servicios de investigación y desarrollo (de los códigos indicados en tal artículo) quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, si se van a compartir los beneficios o el servicio de investigación y desarrollo no se retribuye íntegramente por el Poder Adjudicador; aspecto que requiere la precisión de si hay reparto de beneficios y riesgos o no.

4. No precisa si ha de crearse una estructura organizativa y si esta ha de personificarse y con qué tipo de personificación (asociación, sociedad civil, sociedad mercantil o agrupación de interés económico), diciendo simplemente que la estructura de la asociación que se pretende establecer deberá ser precisada en los pliegos de cláusulas administrativas particulares por el órgano de contratación[43].

C) En Derecho Comparado, destaca la interpretación realizada en la Ficha Técnica de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía de Francia, basada en el Decreto n.º 2014-1097 de 26 de septiembre de 2014 de medidas de simplificación aplicables a los contratos públicos, por el que se transpone la Directiva 2014/24/UE[44].

41. Art. 175.2 del citado Borrador.
42. Art. 179.4 del citado Borrador.
43. Art. 176.3 del citado Borrador.
44. Dicho Decreto modifica los correspondientes preceptos del Código de Contratos públicos (que regula la nueva figura de *asociación parta la innovación* en sus arts. 70.1 a 70.3) y los Decretos de aplicación de la Ordenanza 2005-649 de 6 de junio de 2005 relativa a los contratos adjudicados por determinadas personas públicas o privadas no sometidas al Código de Contratos públicos. Y fue publicado en el JORF n.º 0225 de 28 de septiembre de 2014. Texte n.º 31.

El Decreto simplemente dice que la «asociación para la innovación» tiene por objeto tanto la investigación y el desarrollo como la adquisición de los suministros, servicios u obras innovadoras resultado de aquellos[45].

Pero la Ficha Técnica del Ministerio indicado precisa que *estamos ante un nuevo tipo de contrato público creado por las nuevas Directivas de 2014*, cuyo objetivo es *superar las dificultades estructurales de los contratos de investigación y desarrollo ya existentes* (I+D)[46], que imponen una nueva adjudicación en concurrencia al final de la fase de I+D para poder adquirir los productos, servicios u obras innovadores resultado de la fase anterior.

Lo aclara destacando que, en marco de la contratación pre-comercial y los contratos de I+D[47], el Poder Adjudicador, en una primera fase, define su necesidad de I+D y selecciona empresas para estudios de viabilidad, pagando a las empresas seleccionadas por sus trabajos de I+D y no por el resultado. En una segunda fase, dependiendo de los resultados, encarga, a las empresas de la primera fase que ha conservado, un prototipo. En una tercera fase, manteniendo al menos dos empresas de la segunda fase, encarga una serie de pruebas. Y, finalmente, si desea adquirir el producto comercializado, debe abrir un nuevo procedimiento concurrencial, abierto a todas las empresas.

Por ello, los operadores económicos son reticentes a participar en la modalidad contractual citada, pues no tienen ninguna seguridad de que, al finalizar la fase de investigación y desarrollo, se les adjudique el contrato de adquisición del resultado de esta. Todos los agentes económicos deben competir al finalizar la fase de I+D, incluso si el resultado de esta fase se acomoda en todos los aspectos a las necesidades del Poder Adjudicador. Esto explica –según la citada Ficha Técnica– el poco éxito de la denominada «contratación pre-comercial» y de los contratos de I+D.

Por el contrario, la «asociación para la innovación» facilita superar estas dificultades, al abarcar tanto la I+ D como la compra del resultado de la misma, sin necesidad de una nueva convocatoria de licitación. Y la asunción de riesgos por el operador económico se reduce a alcanzar en la fase de I+D los objetivos definidos de manera negociada con el Poder Adjudicador.

45. Art. 70.1 del Code de marchés publics (édition 2006), introducido por el art. 7 del citado Decreto 2014-1097.
46. (R&D) en francés, es decir «Recherche et Developpement».
47. En francés: «achats publics avant commercialisation (APAC) et marchés de R&D».

III. LA «ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN» COMO PROCEDIMIENTO Y SUS FASES

A) Ya hemos resaltado que en la Directiva no se alude expresamente a que se esté creando un tipo de contrato nuevo, sino que a lo que se hace referencia explícitamente es a la introducción de un nuevo procedimiento de contratación, distinto de los otros que regula (abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo...).

Se dice concretamente en la Exposición de Motivos que, para el objeto contractual de referencia (actividad de I+D y adquisición del resultado de esta), «los poderes adjudicadores deben tener acceso a *un procedimiento de contratación específico* [...], sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición»[48]. A lo que se añade que «debe *basarse en la normativa aplicable al procedimiento de licitación con negociación*»[49].

Y después, en el articulado, se regula el procedimiento que ahora nos interesa, dentro del Capítulo I del Título II de la Directiva, que tiene la rúbrica de «Procedimientos», en un precepto específico, detrás de los otros procedimientos indicados.

Por lo tanto, no es que se remita la Directiva para los contratos de «asociación para la innovación» al procedimiento negociado con publicidad, sino que establece su propio procedimiento, que, basándose inicialmente en el negociado con publicidad, aparece como independiente del mismo, con notas peculiares suyas[50]. Además, también tiene cierta semejanza con el procedimiento de diálogo competitivo.

En los pliegos de la contratación, el Poder Adjudicador determinará los siguientes aspectos: a) cuál es la necesidad de un producto, servicio u

48. Apartado 49, líneas 5 y 7 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2014/24/UE.

49. Apartado 49, líneas y 11 y 12 de la citada Exposición de Motivos.

50. Subraya también J. M. Gimeno Feliu que, aunque tiene ciertas semejanzas con el procedimiento negociado, su función permite afirmar que tiene autonomía y significado propio (2014, pág. 48). A favor del carácter diferenciado también se han pronunciado M. I. Gallego Córcoles (2014, pág. 212), M. A. Fernández Scagliusi (2015, pág. 5 y ss). y M. Rodríguez Beas (2015, pág. 152).
M. I. Gallego Córcoles (2014, págs. 213 y ss). destaca que se diferencia del procedimiento negociado en cuanto a la estructura, la información que han de contener los pliegos, los criterios de reducción de candidatos y los criterios de adjudicación.
Sin embargo, M. A. Bernal Blay (2014b, pág. 10) sostiene que, por todas las similitudes que presenta con el procedimiento negociado, la asociación para la innovación solo podía ser calificada con dificultad (desde un punto de vista dogmático) como un procedimiento de adjudicación de verdad y, aunque el artículo 31 de la Directiva incluye ciertos casos especiales, de ninguna manera suponen un cambio de esencia del procedimiento de licitación con negociación.

obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado[51]; b) los requisitos mínimos de los licitadores[52]; c) la posible limitación del número de invitados a negociar[53]; d) la posible reducción del número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación que se especifiquen[54]; e) la posibilidad de que el Poder Adjudicador, al final de cada fase de objetivos intermedios, ponga fin a la relación contractual con todos o con alguno de los adjudicatarios y las condiciones en que puede hacerlo[55]; y f) la precisión sobre los derechos de propiedad intelectual e industrial resultantes[56].

Dentro del procedimiento en sí, pueden diferenciarse tres fases: una primera de selección previa; una segunda de negociación; y una tercera de adjudicación. La eventual adquisición del resultado de la investigación y desarrollo no es tanto una fase del procedimiento de adjudicación, como de la ejecución del contrato ya adjudicado (o, si se quiere –en términos de la Directiva–, una fase de estructuración del contrato[57]).

a) En la fase de selección previa, cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación, proporcionando la información solicitada por el Poder Adjudicador para la selección cualitativa[58]. Y se seleccionará una parte de los solicitantes con criterios relativos a la capacidad de los candidatos en el ámbito de la investigación y del desarrollo y en ámbito de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras[59], que determinará los que serán invitados para la segunda fase.

b) En la fase de negociación, solo podrán participar los operadores económicos invitados por el Poder Adjudicador tras la evaluación en la primera fase de la información facilitada[60]. Los licitadores negociarán con el Poder Adjudicador las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido[61].

51. Art. 31.1, párrafo dos. Destaca J. M. Gimeno Feliu el deber de motivación del Poder Adjudicador sobre la necesidad de los productos innovadores que no puede ser satisfecha en el mercado en ese momento (2014, pág. 49).
52. Art. 31.1, párrafo dos.
53. Art. 31.1, párrafo cuatro.
54. Art. 31.5, párrafo uno.
55. Art. 31.2, párrafo tres.
56. Art. 31.6, párrafo tres.
57. Art. 31.2, segundo párrafo, primer inciso.
58. Art. 31.1, primer párrafo.
59. Art. 31.6, segundo párrafo.
60. Art. 31.1, párrafo cuarto.
61. Art. 31.3, párrafo uno.

Dichas ofertas son proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades señaladas por el Poder Adjudicador que no puedan satisfacerse con las soluciones existentes[62]. Y se precisa que los poderes adjudicadores darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda[63] y que no se podrán negociar los criterios de adjudicación[64].

c) Y, en la fase de adjudicación, se presentarán las ofertas definitivas[65] (o sea los proyectos de investigación e innovación definitivos[66]) y se adjudicará según el sistema basado en el criterio de la mejor relación calidad-precio[67].

Que la adjudicación puede ser de uno o varios contratos se deriva –a nuestro entender– de la frase «el Poder Adjudicador podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo»[68]. Y –como veremos– así se ha interpretado en la Ficha Técnica de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía de Francia.

Una vez adjudicado o adjudicados los contratos y producida la formalización de los mismos, comienza –como ya hemos adelantado– *la ejecución de estos en otras fases, que son aquellas en las que se acuerde estructurar tal ejecución, siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación y la inclusión, en su caso, de la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras; en relación con lo cual se* fijarán unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los contratistas[69].

En el marco de dicha ejecución contractual y en función de la consecución de los objetivos marcados para cada una de las fases, es donde se plantea la decisión por el Poder Adjudicador de poner fin a varias o a todas las relaciones contractuales generadas, si está previsto en los pliegos, con sus correspondientes condiciones[70]. Y también es en el desenvolvimiento de tal ejecución donde se plantea la decisión del Poder Adjudicador de adquirir el resultado de la investigación y desarrollo, en forma de productos fabricados, servicios prestados u obras realizadas (todos ellos

62. Art. 31.6, segundo párrafo.
63. Art. 31.4, párrafo uno.
64. Art. 31.3, párrafo dos.
65. Así se colige del art. 31.3, primer párrafo.
66. Art. 31.6, segundo párrafo.
67. Art. 31.1, cuarto párrafo, último inciso.
68. Art. 31.1, tercer párrafo.
69. Art. 31.2, segundo párrafo.
70. Art. 31.2, tercer párrafo.

dotados de la correspondiente innovación científica y técnica), si se alcanzan los niveles de rendimiento y no se superan los costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes[71].

B) En el Borrador de Anteproyecto de Ley española, sin embargo, parecen mezclarse las fases procedimentales para la adjudicación de los contratos con las fases de ejecución de los mismos.

a) La primera fase del procedimiento es, al principio, plenamente conforme la prevista en la Directiva: selección previa de empresarios conforme a los criterios del pliego relativos a su capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo y a su capacidad de elaboración y aplicación de soluciones innovadoras, entre los que han presentado solicitud de participación[72].

Pero, al final de la fase, se prevé un elemento que no está exactamente en la Directiva, consistente en que, concluida la selección de los candidatos, se formalizará ya un Acuerdo de Colaboración para la innovación entre el órgano de contratación y uno o varios empresarios, por separado[73]. Y parece indicarse, aunque no está del todo claro, que, a partir de este momento los seleccionados comenzarán a realizar las actividades de I+D[74].

b) No queda tampoco clara la distinción entre una segunda fase de presentación de ofertas de proyectos de I+D por los seleccionados en la primera (y de negociación para mejora de las ofertas, con presentación de ofertas finales mejoradas), y una tercera fase de adjudicación de contrato a algunas de esas ofertas para la realización de actividades de I+D (que parecen haber comenzado ya, al final de la primera fase, tras el Acuerdo de Colaboración). Pues, lo que parece contemplarse, en un segundo estadio procedimental, es la negociación para pasar de una fase a otra de las actividades de I+D, en función de la consecución de los objetivos, con la posibilidad de la finalización del Acuerdo de Colaboración para algunos empresarios seleccionados al final de la primera fase[75].

c) Solo se habla explícitamente de adjudicación para los contratos sobre la adquisición del resultado de la fase de actividad de I+D, previa negociación con los que hayan llegado a la última de las fases, y además

71. Art. 31.2, primer párrafo.
72. Art. 178.3 del Borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015.
73. Art. 179.1, primer inciso, del Borrador.
74. Art. 179.1, segundo inciso, del Borrador.
75. Arts. 179.2 y 179.3 del Borrador.

como contratos diferenciados e independientes del Acuerdo de Colaboración centrado en la actividad de I+D[76].

C) La Ficha Técnica de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía de Francia aporta una explicación más claramente acorde con la Directiva.

Destaca que la asociación para la innovación se compone de varios contratos individuales que se ejecutan separadamente[77].

Deja claras las tres fases: a) selección previa de candidatos, sobre los criterios de capacidad técnica para cumplir con el objeto del contrato[78]; b) presentación de ofertas por los seleccionados previamente y negociación de tales ofertas[79]; y c) presentación de oferta final y adjudicación[80].

Indica que el procedimiento que se está contemplando viene a coincidir con el procedimiento negociado con publicidad y licitación pública, sin perjuicio de los ajustes requeridos por las disposiciones relativas a la «asociación para la innovación»[81].

Y recalca que las diferencias entre la «asociación para la innovación» y el procedimiento de diálogo competitivo son que: a) cuando se utiliza el procedimiento de diálogo competitivo, un Poder Adjudicador *sabe que hay soluciones en el mercado que puedan satisfacer sus necesidades, pero no puede identificarlas por sí mismo*; y b) cuando se decide adjudicar una asociación para la innovación, el Poder Adjudicador ha llevado a cabo un estudio detallado del mercado y *está seguro de que sus necesidades no pueden ser satisfechas por una solución disponible en el mercado*[82].

IV. EPÍLOGO Y CONCLUSIONES

1. La Directiva 2014/24/UE incorpora un nuevo tipo de contrato, como dice la Ficha Técnica de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía francés, y no solo un nuevo procedimiento.

Podemos considerarlo como un contrato nuevo, porque tal y como se describe por la Directiva el objeto del procedimiento de adjudicación de

76. Art. 180.2, segundo inciso, del Borrador citado.
77. Pág. 2, epígrafe 1, párrafo dos, segundo inciso, de la Ficha Técnica del Ministerio de Economía de Francia.
78. Pág. 2, epígrafe 1, párrafo quinto, de la Ficha Técnica.
79. Pág. 2, epígrafe 1, párrafo séptimo, de la Ficha Técnica.
80. Pág. 3, epígrafe 1, párrafo cuarto, de la Ficha Técnica.
81. Pág. 2, epígrafe 1, párrafo tercero, de la Ficha Técnica.
82. Pág. 2, párrafo sexto a octavo, de la Ficha Técnica.

«asociación para la innovación», tal objeto no coincide con los contratos anteriores existentes. Ni es idéntico al de los contratos de contratación pre-comercial («pre-commercial procurement» –PCP–), porque estos excluyen la adquisición de la comercialización del resultado, ni coincide con la «compra pública de soluciones innovadoras» («public procurement of innovative solutions» –PPI–), que solo incluye la adquisición del resultado y excluye la investigación y desarrollo previos.

Es inicialmente un contrato mixto, porque incluye prestaciones de diversos contratos típicos de servicios (así, tanto de los de servicios de investigación como de servicios finales, resultado de la investigación), suministros y obras, pero la propia Directiva, a través de la regulación de su procedimiento de adjudicación, lo configura como un tipo de contrato específico, susceptible de una regulación propia, peculiar.

Por eso, en defecto de sus normas más específicas, es aceptable que se invoque, en el borrador del Anteproyecto de la ley española de transposición, la aplicación de la regulación dispuesta para los contratos a los que pertenecen sus prestaciones, según la fase contractual correspondiente.

2. Entendemos que no se requiere necesariamente la creación de una organización estable y personificada, pues la exigencia de estructuración se refiere más bien al establecimiento de fases en la ejecución del contrato, que guarden consonancia con la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación y con la posterior fase de la eventual adquisición del resultado de tal investigación y desarrollo.

3. Como procedimiento de aplicación, se caracteriza, al igual que el procedimiento de diálogo competitivo y a diferencia del procedimiento negociado, porque se saben de antemano las necesidades a cubrir, pero no los medios o soluciones para satisfacer tales necesidades.

La diferencia con el procedimiento de diálogo competitivo reside en que, mientras que en este se conocen los medios o soluciones para satisfacer las necesidades, cuando se presentan las ofertas definitivas y se realiza la adjudicación a una de ellas, en el procedimiento de asociación para la innovación, realmente no se va a conocer la solución definitiva a las necesidades planteadas en el momento de la presentación de las ofertas finales y de la adjudicación, sino hasta fases avanzadas de la ejecución del contrato, cuando se constaten los resultados de la investigación y el desarrollo.

4. Nos parecen más conformes con la Directiva 2014/24 las fases del procedimiento de adjudicación que se desprenden de la Ficha Técnica del Ministerio de Economía de Francia que las previstas en el borrador del Anteproyecto de Ley español. Pues, como hemos destacado atrás, la ad-

judicación del procedimiento de «asociación para la innovación» se realizará frente a las ofertas de proyectos de I+D y no frente al resultado de dichos proyectos, porque la adquisición del resultado no exige una adjudicación específica[83] y se decide, una vez adjudicado el contrato sobre la base del proyecto o proyectos de I+D presentados, a favor del adjudicatario o adjudicatarios del contrato o contratos, en el marco de la ejecución del mismo, si se cumplen los requisitos previstos para ello (se alcancen en la fase de investigación y desarrollo determinados niveles de rendimiento y no se superen los costes preestablecidos).

5. En este sentido, al poder mantenerse en paralelo diversos contratos adjudicados de «asociación para la investigación» en relación con la consecución de descubrimiento y desarrollo de medios y soluciones para satisfacer la misma necesidad –como hemos visto–, en principio podría darse la situación de que, en la fase de ejecución de dos o más contratos adjudicados, el Poder Adjudicador decidiese que, a la vista de la consecución de los objetivos intermedios y de haberse alcanzado los niveles de rendimiento y no haberse superado los costes máximos preestablecidos, no solo en uno de ellos, sino en más de uno continuase la fase de adquisición del resultado. No será una situación habitual, pero no es descartable *prima facie*. Por lo tanto, en los pliegos debería el Poder Adjudicador aquilatar muy bien las condiciones de paso a la fase de adquisición del resultado.

6. Admite este contrato y procedimiento, en principio, tanto la compartición de los riesgos y beneficios entre el poder adjudicador y los contratistas, como que asuma ambas cosas el Poder Adjudicador, siempre que haya cierta retribución del contratista, como prevé la Directiva[84], y se determine con fijeza en los pliegos la atribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial, como se exige en ella, aunque no matice exactamente de qué modo[85].

83. Apartado 49, líneas 11 y 12 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2014/24/UE. A. López Miño (2013, pág. 233, nota 42) dice, en la línea de la versión del Borrador del Anteproyecto de 2015, que, cuando hay varios adjudicatarios de la fase de I+D (que denomina adjudicatarios precomerciales), «competirán en la fase puramente contractual para la adjudicación de la obra, suministro o servicio». Pero hay que tener en cuenta que tal Autor ha publicado en 2013, sobre la base de los documentos preparatorios de la actual Directiva y no sobre la misma, que es de 2014, y que en la Propuesta de 2011 se decía que el órgano de contratación podría «decidir después de cada fase poner fin a la asociación e iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación para las fases restantes, siempre que hubiese adquirido los derechos de propiedad intelectual correspondiente». Por lo tanto, tal afirmación era conforme con tal Propuesta de Directiva, pero no con lo dicho en la Exposición de Motivos de la versión final de la misma.

84. Art. 31.2, segundo párrafo, inciso final.

85. Art. 31.6, tercer párrafo.

7. Lo mismo que la Directiva dice que seguirán estando disponibles los modelos de contratación de la Comunicación de 2007 sobre la contratación precomercial[86], cuando solo se quiera contratar actividades de I+D para el alumbramiento de nuevas soluciones o medios a las necesidades en cuestión, debe seguir entendiéndose como aplicable la «compra pública de soluciones innovadoras» («public procurement of innovative solutions» –PPI–) del Reglamento (UE) n.º 1290/2013, para la mera adquisición del productos, servicios u obras de nueva tecnología, que no requieran nueva investigación y desarrollo previos.

En el primer caso, si se reúnen las características del art. 14 de la Directiva, no es aplicable esta y sus procedimientos de adjudicación, pero sí los principios de los Tratados constitutivos, tal y como exige la jurisprudencia del TJUE[87] y recoge el art. 4.1, letra r, del RD Legis. 3/2011 (o precepto similar que recoja la nueva ley de transposición)[88]. Y, en el segundo, se aplicarán los demás procedimientos de adjudicación de la Directiva[89] apropiados al caso, según las reglas propias de los mismos[90].

V. BIBLIOGRAFÍA

Arnáez Arce, V. M. (2012) «La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores». *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 93, págs. 17-35.

Bernal Blay, M. A. (2014a) «Principios de adjudicación de los contratos de servicios de investigación y desarrollo previos a la comercialización (o compra pública pre-comercial)», en *Observatorio de los contratos*

86. Apartado 47, segundo párrafo, líneas 6 y 7 de la Exposición de Motivos de la Directiva.
87. A las Sentencias del TJUE que declaran tal aplicación a los contratos del sector público que no alcancen los umbrales establecidos para la aplicación de las Directivas de contratación pública y a los principios de los Tratados constitutivos que tales Sentencias invocan me he referido en mi libro de 2007 (págs. 76-81).
88. Un análisis de la aplicación de los principios enumerados en tal precepto (principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa) a la contratación precomercial es hecho por M. A. Bernal Blay (2014a, 253 y ss).
89. Horizon 2020 Work Programme 2014-2015 (doc. arriba citado), pág. 21, séptimo párrafo.
90. Téngase en cuenta que en el procedimiento negociado con publicidad se parte del conocimiento cierto de cuáles son los medios o soluciones a las necesidades planteadas y se negocia sobre ofertas centradas en medios soluciones concretos (art. 291, segundo párrafo de la Directiva), mientras que, en el procedimiento de diálogo competitivo, se desconocen las soluciones o medios concretos y el diálogo (o negociación) gira sobre la determinación de cuáles son los existentes y más adecuados para satisfacer las necesidades planteadas (art. 30 párrafos 2 y 3 de la Directiva).

públicos 2013 / coord. por José María Gimeno Feliu, Miguel Ángel Bernal Blay, págs. 233-270.

– (2014b) «The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation». *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* v.9, n.º 1 (2014) 3-11.

Briera Dalmau, C. (2011) «Los contratos de colaboración entre los sectores público y privado en la Ley de Contratos del Sector Público: fórmulas de colaboración y régimen de distribución del riesgo en dichos contratos». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, págs. 117-151.

Chinchilla Marín, C. (2006) «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, págs. 609-644.

Fernández Scagliusi, M. A. (2015) «Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la "asociación para la innovación"», en X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Madrid.

Gallego Córcoles, M. I. (2014) «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», en *Observatorio de los contratos públicos 2013* / coord. por José María Gimeno Feliu, Miguel Ángel Bernal Blay, págs. 165-232.

García Capdepón, P. M. (2005) «Los contratos de colaboración público-privada», *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 3, pág. 101 y ss.

Gimeno Feliu, J. M. (2014) *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor.

González García, J. (2006) «Contrato de colaboración público-privada». *RAP* 170, pág. 7-39.

López Miño, A. (2013) «La compra pública innovadora en los sistemas público europeo y español de contratación pública», en el libro *Contratación pública estratégica*, dirigido por J. J. Pernas García. Thomson-Reuters-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), págs. 213-248.

Merino Gómez, G. (2014) «La Directiva de contratación pública de 2014: ¿nuevas soluciones a viejos problemas?», en *Derecho y Salud* n.º 24, págs. 200-208.

Miguez Macho, L. (2008) «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español». *RAP* 175, págs. 157-215.

Nieto Garrido, E. (2004) «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships)», *RAP* 164, pág. 389-406.

Rodríguez Beas, M. (2015) «La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación». *Cuadernos de Derecho Local* 39, págs. 141-161.

Tardío Pato, J. A. (2007) *La gestión urbanística en el Derecho de la Unión Europea, del Estado Español y de la Comunidad Valenciana*. Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).

Capítulo 4

La colaboración público-privada para la provisión de infraestructuras en el marco de la futura ley de contratación pública

Joan Ridao Martín

Profesor Titular Acreditado de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona jridao@ub.edu

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE BALANCE DE LA EJECUTORIA DE LA CPP EN LOS ÚLTIMOS AÑOS. III. ALGUNOS ELEMENTOS A TENER EN CUENTA CON VISTAS AL ANTEPROYECTO DE NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. IV. BREVE CODA FINAL.

RESUMEN:

La colaboración público-privada (CPP) puede ser un instrumento para reactivar la inversión en infraestructuras de interés público en el actual contexto de restricciones presupuestarias en todos los niveles de la Administración española. Esta utilización se ha visto enormemente dificultada estos últimos años por la crisis del sector financiero, que ha limitado la financiación disponible y aumentado la exigencia de calidad de los riesgos inherentes a los proyectos. Para dar un renovado impulso a este instrumento, sería necesario aprovechar la inminente reforma del marco normativo con objeto de permitiese diversificar las fuentes de financiación, al margen del recurso al crédito bancario, ampliando, por un lado, la implicación pública en las operaciones de financiación y, por otro, facilitando el acceso de los proyectos a los mercados de capitales, mediante un incremento de las garantías estatales.

ABSTRACT:

The public-private partnership (PPP) can be an instrument to boost investment in infrastructure in the public interest in the current context

of budget constraints at all levels of Spanish administration. However, this use may be hampered by the current situation in the financial sector, which has limited funding available volumes and increased demands on the quality of the risks inherent in projects. To this end, it would be necessary to address reform of Spanish law that would allow diversifying sources of financing of PPP projects, compared to regular bank loan so far, increasing the one hand, public involvement in financing transactions and second, by facilitating access to capital markets of these projects, by increasing state guarantees associated with contracts for development projects.

PALABRAS CLAVE:

Colaboración público-privada, captación de activos financieros, garantías de estado, aval público, emisión de bonos, crédito oficial, fondo de capital-riesgo.

KEY WORDS:

Public-private acquisition of financial assets, state guarantees, public endorsement, issuing bonds, government loans, venture capital fund.

I. INTRODUCCIÓN

La colaboración público-privada (CPP) viene desempeñando en el actual contexto internacional un rol fundamental en la dotación y operación de infraestructuras y servicios públicos, que complementa el rol asumido tradicionalmente por el Estado, y pasa porque este último ejerza un papel eminentemente regulador y fiscalizador. Pese a la incomprensión que todavía despierta este esquema en amplios sectores de la población, es este es un vigoroso proceso, desencadenado en la década de los noventa y que, en mayor o menor medida, ha ido adquiriendo una importancia central no solo algunos países europeos sino en prácticamente todo el orbe. No en vano, la CPP intenta conciliar el dinamismo del sector público (y la incesante demanda social de mayor stock de capital público en infraestructuras) con la *expertise* del sector privado; además de que favorece el diálogo en la selección de los sectores de inversión preferente y tiene un impacto muy benéfico en términos de contabilidad pública para las administraciones públicas, al transferir parte del riesgo al privado y manejar activos no públicos.

II. BREVE BALANCE DE LA EJECUTORIA DE LA CPP EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

Pese a todo lo dicho hasta ahora, la CPP podría haber sido un instrumento decisivo para reactivar la inversión en infraestructuras de interés público en

la situación de crisis económica y de estrecheces presupuestarias iniciada en la segunda mitad de 2007. En España, donde la tradición concesional es atávica, esta potencialidad se ha visto dificultada paradójicamente por la mala coyuntura del sector financiero, derivada de las tensiones de tesorería del conjunto de administraciones públicas y de las restricciones de crédito del sistema financiero, que ha limitado la financiación disponible y aumentado las exigencias de calidad de los riesgos de los proyectos, pero también por la existencia de un marco normativo nada armónico y flexible. Pero, al mismo tiempo, el régimen español de contratación pública ha evidenciado la persistencia de distintos elementos que dificultan sobremanera el desarrollo correcto de la fórmula de CPP y, por ende, de la eventual contribución de esta modalidad a aliviar una parte de las restricciones presupuestarias públicas.

Dichos factores concurren, señaladamente, en los diferentes órdenes de la configuración normativa del «contrato» de CPP: en particular (incorporado con la LCSP 2007 y TRLCSP 2010, siguiendo las directrices del Libro Verde de 2006 y de la Directiva 2004/18) y, más concretamente, cinco aspectos que son de una importancia central: en primer lugar, el error de planteamiento que supone el carácter distintivamente subsidiario o residual del mismo, lo cual se une a un conjunto de reglas rígidas relativas a las actuaciones preparatorias y a la cuestionable configuración de la evaluación previa; segundo, la carencia de un régimen jurídico específico para dicho contrato, así como su necesaria distinción de las concesiones; tercero, la necesidad de mejorar el perímetro de ese contrato *sui generis*, para evitar difuminar su perfil dada la característica complejidad de su contenido prestacional; cuarto, el procedimiento de adjudicación y los términos del dialogo competitivo (DC), especialmente los problemas de confidencialidad que presenta, y la ausencia de incentivos suficientes a la participación en los procesos de concurrencia.

III. ALGUNOS ELEMENTOS A TENER EN CUENTA CON VISTAS AL ANTEPROYECTO DE NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El anteproyecto de una futura Ley de contratos, derivado de las directivas 23, 24 y 25 de 2014, aporta algunos elementos esperanzadores junto a algunas poderosas y alargadas sombras que genera inquietud. Pues, independientemente de que no vaya a aprobarse la ley en la presente Legislatura de las Cortes Generales, se propone incorporar el criterio de riesgo operacional como factor de delimitación del contrato de concesión (además de que desaparece el «contrato» del art. 11 TRLCSP), que es tributario de los criterios SEC 2010. No obstante, se aborda un esquema de riesgos que admite el *factum principis* a medias y no el riego imprevisible, sin tasar

supuestos excepcionales y dolorosamente conocidos como los sobrecostes de expropiaciones y seguros, los hallazgos arqueológicos o los cambios tecnológicos, si bien permite como lenitivo ampliar el plazo del contrato a 15 años para favorecer el reequilibrio económico-financiero del mismo.

Junto al deficiente marco regulatorio contractual, a nivel operativo, es perfectamente constatable que no se está ampliado ni la implicación pública en las operaciones de financiación ni facilitando el acceso de los proyectos a los mercados de capitales, mediante un incremento de las garantías estatales, en ausencia de una ley de captación de activos financieros que constituye, cabe recordar, un mandato legal incumplido. Por el contrario, desde la puesta en marcha en la segunda mitad de la última década del siglo XX, en Gran Bretaña, de distintas fórmulas jurídicas que facilitan la captación de capital privado (*Project Finance)* para proyectos de inversión de interés público, estas han conocido una notable difusión y éxito, y no solo en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos, sino también en ámbitos como la sanidad, la educación, la vivienda social, la cultura, la defensa o regeneración de espacios urbanos, etc. La llamada *Private Finance Iniciative* (PFI) ha favorecido un modelo para delegar la construcción, financiación y operación de determinadas infraestructuras públicas en el sector privado, retornando los fondos privados a partir de la retribución efectuada periódicamente y durante un tiempo prolongado por las administraciones públicas, a cambio de disponer, en buenas condiciones, de los activos subyacentes a los contratos.

Precisamente, la vertiente financiera de la crisis, que ha modificado sustancialmente la operativa de los mercados financieros, junto al panorama mismo de las entidades, donde se impone una clara aversión al riesgo y una reducción notable de la afluencia de crédito, a lo que debe añadirse las exigencias de disciplina fiscal impuestas por la UE, ha supuesto un estímulo para la difusión de la PFI. Hasta hace poco, no se olvide, la relación contractual, en su diseño inicial, comprometía recursos corrientes del presupuesto anual (y, por tanto, incidía en el déficit), sin incorporar a la deuda pública el volumen total de la financiación comprometida en la construcción de la infraestructura subyacente.

Antes al contrario, la realidad es que la licitación de proyectos de CPP por parte de las Administraciones públicas españolas arrastra, todavía hoy, enfoques más propios de entornos de gran competitividad financiera y abundancia de ofertas que de la cruda realidad del mercado actual. Prueba de ello es que, aunque desde 2007 se ha dado un notable esfuerzo de adaptación del marco regulador a las nuevas figuras de implicación privada en la provisión y gestión de activos públicos, todavía subsisten

algunos obstáculos en el ámbito de la captación de financiación privada que dificultan un correcto desarrollo de la aplicación de las fórmulas de CPP. A esas deficiencias, además, hay que sumar las carencias del ámbito público en materia de instrumentos financieros específicamente dirigidos al apoyo de proyectos de esta modalidad de proyectos.

IV. BREVE CODA FINAL

En suma, de cara al futuro, el objetivo debería ser afrontar las necesarias reformas tanto en el marco normativo, operativo (de gestión pública) y financiero, que supongan una adaptación de las diversas figuras jurídicas de la CPP a los condicionantes que establece la actual coyuntura económica, en orden, específicamente, a incrementar su eficiencia en la captación de capital privado. Y puesto que tanto si la captación se realiza en las fuentes financieras habituales, como si se pretende explorar otras nuevas (mercado de capitales), un elemento determinante es la cantidad y calidad de los riesgos a asumir por el sector privado, resulta inevitable proponer una corrección de este factor, ponderando el desplazamiento al sector público de una parte de los mismos que, hasta ahora, asumían en exclusiva los actores privados. Dicha transferencia de riesgo no es neutral, claro está. Entre otros aspectos, repercute en términos de contabilidad nacional, de modo que resulta necesario proceder cuidadosamente a la hora de realizarla. En otras palabras, el fin último debe ser el de proponer medidas para dotar de una mayor capacidad de intervención a los distintos vehículos jurídicos que lleva aparejada la CPP en la recuperación del nivel deseable de formación bruta de capital público en el contexto de la actual contención del gasto presupuestario del sector público español, sin perder de vista la posibilidad de no volver a reencontrar en el futuro los ciclos expansivos que caracterizaron la exuberancia, quizás irracional, del pasado.

Capítulo 5

Reflexiones y retos sobre compra pública innovadora

Marta Oller Rubert

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universitat Jaume I de Castellón

El concepto de «Compra pública Innovadora» destaca por el adjetivo de «innovadora». Esto es la compra pública, la actividad de compra de la Administración, más ampliamente a la luz de la tendencia del legislador europeo sector público, ha existido desde siempre, no obstante en los últimos años se está poniendo el acento en qué tipo de compra, una compra que se requiere sea innovadora, destacando, una vez más, ese carácter instrumental de la contratación pública que ya se ha experimentado en otros ámbitos como es la protección del medio ambiente o el impulso de medias sociales. Con este carácter de innovación lo que se pretende es fomentar en el sector privado soluciones novedosas y eficientes y que estas sean una apuesta del sector público, pues la finalidad de la CPI es potenciar el desarrollo de nuevos mercados desde el lado de la demanda a través de la contratación pública y ello no es baladí si tenemos en cuenta que la contratación pública supone más de un 20 % del PIB de la UE.

Las nuevas Directivas 2014 de contratación pública –cuyo plazo de trasposición finaliza en breve– ya introduce, a diferencia de la anterior paquete de 2004, este concepto, sobre el que dice el aptdo. 22 de su art. 1 que la innovación es «la introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la

sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

Completando esta definición, se regulan, además, dos modalidades de CPI:

Las denominadas «Compras comerciales» en la que se adquiere algo que todavía no existe, y dentro de las que se integra la Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTI), y que puede desarrollarse en un tiempo razonable. Se trata, en definitiva, de comprar productos nuevos completos para ser utilizados y se aparece regulada en el TR de la Ley de Contratos del Sector Público, a través del contrato de colaboración público-privada. Los interrogantes, y el reto, se plantea pues ante la futura supresión de este tipo de contratos. De otro, surge la llamada Compra precomercial consistente en una colaboración en los resultados en innovación entre el operador público y las empresas, y también de los riesgos.

Con la presente Comunicación se pretende precisamente reflexionar sobre las incertidumbres que se plantean ante esta apuesta por parte de las Administraciones Públicas, europeas y nacionales, de ser un elemento de innovación. Para ello además del marco jurídico, de sus ventajas e inconvenientes, se abordará algunos casos y experiencias que avalan sorbe todo este cambio en la nueva forma de realizar contratación pública.

Capítulo 6

Congreso Internacional de Contratación Pública. Comunicación: la contratación doméstica en las directivas de cuarta generación y en el anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público

Antonia Olivares Hortal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ENCUADRAMIENTO LEGAL DEL CONCEPTO DE ENTE INSTRUMENTAL. 1. *Directivas de cuarta generación*. 2. *Transposición al estado español de las directivas de cuarta generación anteproyecto de ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015*. III. INCUMPLIMIENTOS POR LA ANORMAL TRANSPOSICIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA QUE REALIZA EL ESTADO ESPAÑOL DADA LA EXCLUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES. IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA ENTIDAD TRANSFORMACIÓN AGRARIA, SA (TRAGSA). V. CONCLUSIONES. VI. RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. INTRODUCCIÓN

Medios propios o entes instrumentales o contratos denominados «in house providing» (suministro doméstico o interno), son algunos de los conceptos que existen para describir aquellas situaciones donde la Administración se provee de servicios a través de su propia estructura.

El tema no está exento de polémica. La razón es que cuando la administración que es entidad adjudicadora realiza las tareas de carácter público que tiene asignadas a través de la posibilidad de autoorganización, hay un ente que recibe un encargo. De esta forma, se da el hecho de que las

dos entidades tienen personalidad jurídica distinta. En toda esta situación no entra en juego ningún proceso de contratación[1]. En consecuencia, los operadores económicos no interactúan en el mercado, perdiendo la posibilidad de establecer contratos con la Administración. Es en este contexto cuando la competencia se altera, existiendo motivos para plantearse si la utilización de estos entes instrumentales, menoscaba los principios de la contratación pública. Más cuando el objetivo principal de las normas del derecho comunitario en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia no falseada en todos los estados miembros.

II. ENCUADRAMIENTO LEGAL DEL CONCEPTO DE ENTE INSTRUMENTAL

1. DIRECTIVAS DE CUARTA GENERACIÓN

La regulación de los supuestos que regulan la inaplicación de la norma, basándose en la existencia de contratos domésticos, la encontramos en el Artículo 17.1.c) de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero relativa a los contratos de concesión, artículo 12.1.c) de la Directiva 2014/24, de 26 de febrero sobre contratación pública y artículo 28.1.c) de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Las tres Directas recogen una regulación donde como novedad se establece la cooperación horizontal o cooperación público-público. En efecto, el legislador europeo establece una excepción al sometimiento a la aplicación de las Directivas, en el caso de que una entidad jurídica actúe con arreglo a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, estando obligada a cumplir las instrucciones recogidas y sin posibilidad de ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución.[2] Es decir, se constituye una excepción a la aplicabilidad de la norma para los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas.

El artículo 12.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, sobre contratación pública determina los tres requisitos para que el contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de

1. Con datos de 2011 era posible afirmar que el peso de las encomiendas de gestión en España tenía sobre la obra pública una facturación de 1.047.969 (en miles de euros), siendo que el estado excluye al sector privado de contratos por 2.500 millones anuales.
2. Considerando 34 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Derecho público o privado, quede excluido del ámbito de aplicación de la Directiva:

a) Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

b) Que más del 80 % de las actividades se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encargados por el poder adjudicador.

c) Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Es significativo por novedoso, lo determinado en el artículo 12.2 donde también se extiende la excepción de aplicación cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Entiende el legislador europeo que los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumple lo siguiente:

1) Que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes.

2) Que esos poderes puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos.

3) Que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores.

En definitiva, las Directivas establecen dos tipos de cooperación:

1) Las contrataciones domésticas o cooperación vertical. En ellas existe un ente instrumental personificado, siendo necesario el ejercicio, de un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios.

2) La cooperación horizontal (público-público). Se establece la posibilidad para las entidades públicas de cooperar para la realización de una

misión de servicio público común, sin necesidad de adoptar una forma jurídica concreta.

Quedan igualmente fuera de las Directivas, las relaciones de naturaleza administrativa como es el caso de Tragsa que el legislador comunitario ha tratado como una relación meramente administrativa y que carece de carácter contractual que debe quedar fuera de la aplicación de los procedimientos[3].

2. TRANSPOSICIÓN AL ESTADO ESPAÑOL DE LAS DIRECTIVAS DE CUARTA GENERACIÓN ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 17 DE ABRIL DE 2015

El régimen que establece el borrador de anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, para los encargos a medios propios está en el Título referido al ámbito de aplicación objetivo, en la sección segunda que trata de las exclusiones, concretamente en la subsección destinada a los sistemas de cooperación pública excluidos. Es el artículo 25 el que posibilita que la Administración contratante ejecute prestaciones a persona jurídica sujeta a derecho público o privado, siempre que exista una contraprestación a través de tarifa y previa existencia de un encargo. En este punto remite a la Ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 31 y 32 del borrador de anteproyecto de contratos del sector público viene transponer el artículo 12 de la Directiva 2014/24 de contratos. Todo indica que la norma española considerará también la potestad de auto organización vertical y la horizontal, entendiendo por la primera el uso de medios propios para poderes adjudicadores y para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización. Por el sistema de auto organización horizontal se entiende la cooperación entre entidades perteneciente al sector público. La regulación es, pues, la siguiente:

a) Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios: Los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados (art. 32 de borrador), valiéndose de otra persona jurídica distinta de ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, se podrá materializar siempre que exista una compensación a través de tarifas, y un encargo donde se

3. Hernández González, F. G. «La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», X Congreso de la AEPDA. Madrid 6 y 7 de febrero de 2014. La consideración que el autor hace de Tragsa, es perfectamente extrapolable a las Directiva 2014/24.

cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, existencia de control análogo. En segundo lugar, que más del 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos confiados (el porcentaje se toma a través del promedio de volumen global de negocios, considerando gastos) y, en tercer lugar, la existencia de capital público de una manera total por parte del ente destinatario del encargo. En cuarto y último lugar es necesario la constatación en los Estatutos del medio propio de tal circunstancia.

En el artículo 32.3 del Borrador de Anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público, ha sido transpuesto el concepto novedoso que establece la Directiva 2014/24/UE, al referirse a la auto organización horizontal, es decir, entre poderes adjudicadores independientes entre sí. Se establecen los mismos requisitos que en la autoorganización vertical, es decir, la existencia de control análogo, contraprestación a través de tarifas, el ejercicio por parte del ente destinatario del encargo del 80 por ciento de la actividad. Tanto en el caso de auto organización vertical como horizontal, los encargos realizados no se considerarán contratos; pero en el caso de la horizontal, el encargo ha de publicarse en la Plataforma de Contratación. Estamos en este punto en una novedad del borrador, respecto a lo regulado por la Directiva, donde no se establece la necesidad de dicha publicación.

b) Encargos de entidades pertenecientes al sector público que NO tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados. Para considerarse medio propio personificado el artículo 33.2 se remite a lo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio[4] y además repite la necesidad de existencia de capital social público totalmente y el requisito de que el ente destinatario del encargo dedique más del 80 % de su actividad en ejercicio de los cometidos que le han sido confiados.

De hecho, lo regulado el artículo 31 del borrador vendría a ser el equivalente al artículo 24.6 del Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En este último y en relación con el artículo 4.1 n) se aludía a la exclusión de los negocios jurídicos que se encargasen a un medio propio. Si se trata de Sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. Igual que el Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos,

4. El artículo 4 Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, establece los siguientes requisitos para calificar a una entidad como dependiente de la otra: a) poseer la mayoría de los derechos de voto, b) tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración c) haber designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

se refiere a la ejecución obligatoria, a la existencia obligada de tarifas. No contenía el art. 24.6 ni el 4.1.n), referencia alguna a la existencia del 80 por ciento de actividad, limitándose a establecer la expresión de «parte esencial de la actividad «del medio propio destinado a la ejecución del encargo.

III. INCUMPLIMIENTOS POR LA ANORMAL TRANSPOSICIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA QUE REALIZA EL ESTADO ESPAÑOL DADA LA EXCLUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

Las sociedades mercantiles de capital público es la forma habitual en la que la Administración se dota de instrumento para proveerse de bienes, servicios y obras, para ejercitar las funciones de derecho público que tiene asignadas. El problema es cuando el estado entiende que determinadas entidades de derecho privado no están dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva y en consecuencia de desarrolla una normativa interna que las deja fuera. A continuación, se presenta una sentencia que recoge el supuesto descrito.

– Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 13 de enero de 2005. Asunto C-84/03.

En esta sentencia se declara que el Renio de España» *ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/66/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento interno a las citadas Directivas dado que:*

– 1. «*Se ha excluido del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo de cada una de las mencionadas Directivas*». En efecto, la comisión reprocha a España que excluyese a priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido a las entidades de Derecho privado, cuando puedan ser organismos de Derecho público. El resultado es que el Gobierno español ha interpretado literalmente el concepto de «organismo de derecho público» y ha dejado fuera a las entidades mercantiles. Esto es fruto de no haber establecido una interpretación funcional sobre el ámbito subjetivo de la Directiva.

– 2». *Se ha excluido del ámbito de aplicación del Texto Refundido a los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás*

entidades públicas y por tanto también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas». En este sentido el gobierno español alega que el Convenio es la forma de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho público. La Comisión por su parte determina que dichos acuerdos de colaboración pueden ser contratos dado que se celebran entre dos personas distintas.

IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA ENTIDAD TRANSFORMACIÓN AGRARIA, SA (TRAGSA)

Tragsa es el medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración y está obligada a realizar exclusivamente por sí o sus filiales, los trabajos que le encomiende la Administración General del estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes.

El hecho de que Tragsa sea medio propio de la Administración nos lleva a afirmar que no tiene ninguna independencia ni en la aceptación de los encargos ni en la determinación de los precios; pero también nos lleva a considerar que aunque no sea un operador en el mercado y por lo tanto carezca de facultades para competir, su actuación veda la concurrencia en la contratación y la vulnera los principios de concurrencia dado que cada contrato que ejecute Tragsa, es una posibilidad de operar en el mercado, que se ha excluido a los operadores. La siguiente sentencia es una muestra de la reacción de la jurisprudencia, sobre dicha entidad.

– Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de abril de 2007. Asunto C-295/05.

La petición de decisión prejudicial versa sobre si un Estado miembro puede atribuir a una empresa pública un régimen jurídico que le permita llevar a cabo operaciones sin estar sujeta a las Directivas.

Se examina y concluye que Tragsa como medio propio instrumental de la Administración está obligada a realizar exclusivamente los trabajos encomendados por la Administración que la crea, sin que proliferen los argumentos usados por la Asociación Nacional de empresas forestales (Asemfo), en el sentido de que Tragsa actúa al margen del mercado. Es en este contexto cuando el Tribunal determina la compatibilidad del régimen jurídico de Tragsa con el Derecho comunitario habida cuenta de que está obligada a realizar los trabajos que le encomiende el estado y no tiene posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus trabajos, por lo que la relación de la entidad con los entes públicos que la forman no tiene naturaleza contractual, sino que es de carácter interno y subordinado. Se cumple de

esta manera el requisito del control análogo y el de la realización de la parte esencial de su actividad con el ente que la controla, por lo que el Tribunal declara que «*las Directivas no se oponen a un régimen jurídico como el de Tragsa*».

No obstante, recogemos y compartimos la afirmación de la doctrina en el sentido de que la sentencia objeto de este epígrafe es *un paso en falso en el régimen de la contratación in house. entendiendo que con ella se produce un error en la apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso*[5].

V. CONCLUSIONES

I. Con la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, se viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia que justifica, refiriéndose a los medios propios, la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa[6]. No plantea duda afirmar que son novedades de la Directiva 2014/24, entre otras, el procedimiento de asociación para la innovación, la desaparición del procedimiento negociado por razón de la cuantía, el impulso a la contratación electrónica, la desaparición del contrato de colaboración público privada o la caracterización del contrato de concesión de servicio atendiendo a la existencia de riesgo. Respecto a la regulación de los medios instrumentales, no existe en las Directivas nuevas un cambio paradigmático de circunstancias.

II. Respecto al Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público, es notorio destacar que regula la cooperación vertical y horizontal, elimina el término «encomiendas»[7] para sustituirlo por el de «encargos» y determina el concreto porcentaje del 80 por ciento como parte de la actividad que el medio instrumental ha de ejecutar a favor de los encargos que reciba. El texto legal actualmente vigente en España no lo fija expresa-

5. Bernal Blay, M. A. «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJUE 19 de abril de 2007 (AS C-295/05, ASEMFO VS TRSGSA). *Revista española de Derecho Administrativo*, 137, pág. 138.

6. Feliu Gimeno, J. A., «Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159 (2013) pág. 82.

7. Obsérvese la diferencia entre encomiendas o encargos de gestión de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A estos efectos concluye el Informe 1/2010, de 21 de julio de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares. En él se determina que los encargos o encomiendas regulados en la ley 30/1992 y en la normativa de contratación son figuras diferentes.

mente. También son novedades del borrador la necesidad de publicación en la plataforma de contratación de los encargos y el control que se ha de ejercer sobre la idoneidad de dicho encargo. Pero, en definitiva, ni las Directivas de cuarta generación ni el borrador de anteproyecto, establecen un cambio significativo en la consideración y regulación de los medios propios.

III. La alternativa a la regulación sobre medios propios de las Directivas de cuarta generación hubiera sido una consideración más restrictiva de la visión del medio propio. En efecto, la existencia de los medios propios y el mal uso que de ellos se efectúa tiene como consecuencia la ausencia de tensión competitiva, con lo cual una cuota importante de servicios, obras o suministros de los que necesita la administración para el correcto desarrollo de sus finalidades públicas, no se somete a concurrencia[8].

IV. La palabra corrupción en el ámbito de la contratación pública está asociada a la pérdida de competencia en el proceso concursal. Sin una competencia real la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público[9]. Anotamos en este punto que es susceptible de acabar en corrupción el hecho de que proliferen los medios instrumentales de la Administración y que ni siquiera el mercado conozca la cuota de contratos que se pierde con la contratación doméstica.

VI. RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Bernal Blay, M. A. «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJUE 19 de abril de 2007 (AS C-295/05, ASEMFO VS TRSGSA)». *Revista española de Derecho Administrativo*, 137, pág. 138.

Gimeno Feliu, J. M. «Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público». Consultado en:*http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/relmenu.3/chk.ab7932b48a6fabf37fda0eb9c8fd6ad0*[fecha última consulta 22 de mayo de 2015].

8. En palabras de Noguera de la Muela, el TJUE ha ido y continúa conformando la doctrina de las relaciones in house providing como supuesto excluido de las normas públicas de contratación. La autora lo afirmaba así en referencia a la Ley de contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre, siendo totalmente válida la reflexión en las directivas de cuarta generación.
9. Medina Arnáiz, T. «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», Diario La Ley, 7382 (2010) pág. 5 y ss.

– «Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159 (2013) pág. 82.

Hernández González, F. G., «La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», X Congreso de la AEPDA. Madrid 6 y 7 de febrero de 2014.

Medina Arnáiz, T. «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, 7382 (2010) págs. 5 y ss.

Menéndez Menéndez, A., «La contratación doméstica (in house providing) en la nueva ley de contratos del sector público». *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 21(2008), pág. 85.

Noguera de la Muela, B. «Los encargaos in house en la Ley de Contratos del Sector público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria». *Revista de Administración pública*, 182(2010) pág. 190.

– Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

– Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión.

– Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

– Informe 1/2010, de 21 de julio de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares.

– Informe 9/2009, de 3 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

– Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas fórmulas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

– Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en conclusión sobre directivas.

– Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

- Real Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales.
- Sentencia del Tribunal de Justicia UE (Sala Segunda), de 13 de enero de 2005. Asunto C-84/03.
- Sentencia del Tribunal de Justicia UE, de 19 de abril de 2007. Asunto C-295/05.

Capítulo 7

Congreso Internacional sobre Contratación Pública (Cuenca)

Contratación Pública avanzada 2.0

Guillermo Yáñez Sánchez

Jefe de Sección de Contratación de la Diputación Provincial de Soria
Community manager comunidad contratación pública (+electrónica)

SUMARIO: I. QUÉ ES LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AVANZADA. 1. *La contratación pública es una herramienta para ejecutar políticas públicas*. 2. *La gestión transparente de la contratación*. 3. *La tecnología es la base de la gestión de la contratación pública*. II. CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. 1. *Escenario actual «aproximado»*. 2. *El problema en números*. III. QUÉ TENDRÍAN QUE HACER LOS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO PARA IMPLANTAR LA GESTIÓN ELECTRÓNICA EN LA CONTRATACIÓN. IV. QUÉ ESTÁ FALLANDO. 1. *No hay un plan nacional para implantar la contratación pública electrónica*. 2. *Qué falla en los miles de poderes adjudicadores; por qué no implantan la gestión electrónica en la gestión de su contratación*. V. IDEA: TRABAJAR DE FORMA COLABORATIVA EN REDES SOCIALES Y COMUNIDADES PROFESIONALES + WEB 2.0. 1. *Comunidades de afectados por la contratación pública*. 1.1. Una comunidad o red social de contratación pública para la administración del estado. 1.2. Comunidades prácticas de contratación en órganos de contratación para implantar la gestión electrónica y conseguir una contratación pública avanzada. 2. *Utilización masiva de la web 2.0*.

RESUMEN

En poco tiempo, la contratación pública en todo el estado español de-

berá estar en formato electrónico, deberá ser transparente y, lo más importante, deberá ser utilizada para la ejecución de políticas públicas sociales, medioambientales, de innovación…

Esa contratación pública avanzada parte de conseguir la implantación de la tecnología en su gestión, un reto que de momento lo han conseguido escasísimas instituciones.

La contratación pública electrónica afecta a más de 12.000 entes del Sector Público y a casi todos los empresarios (el 98 % PYME) interesados en un negocio que mueve muchísimos millones de euros (en torno al 18 % del PIB).

A nivel nacional contamos con la plataforma de contratación del Sector Público, pero no tenemos un plan nacional como en Francia, Portugal o el que tuvo el País Vasco. A nivel del cada ente no se acepta que hay que trabajar más y mejor de una forma colaborativa, que es preciso un liderazgo continuo que hay que gestionar la información, la comunicación, la formación y la participación de todos los afectados, que son casi todos en cada organización.

Una idea que se está utilización es la formación de comunidades que sean capaces de unir a profesionales de distintos campos y conseguir que estos trabajen juntos en resolver esos problemas que nos afectan a todos. Una comunidad de profesionales que aporte una inteligencia colectiva en torno a la contratación pública y que sea capaz de encontrar, de una forma más rápida y precisa, mejores soluciones a los problemas que nos atañen.

Formar comunidades y conseguir que los afectados trabajan de forma colaborativa está al alcance de la mano. si pensamos en jugar en el terreno 2.0. Estas herramientas (HYPERLINK «https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi32LW7qqHKAhXEfxoKHcyeCY4QFgguMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.contratacion-publica-electronica.es%2F&usg=AFQjCNGCrJBz-LWLs5586lwSVSM1Xpm_iA&sig2=r7I6kz-0VOyNKSqjyo-vvA»blogs, HYPERLINK «http://contratacionpublica.wikispaces.com/»wikis, HYPERLINK «https://prezi.com/4pxijt4gowzi/transparencia-y-contratacion-publica/»prezis, HYPERLINK «https://www.youtube.com/channel/UCLqa40llEc1RWOyQMfJBrGQ»youtube…) siempre permiten a cualquier profesional añadir algo, sumar, resumir, agregar, contrastar, …, en fin, que cualquier puede mejorar lo inicialmente propuesto y participar en el asunto.

CHYPERLINK «https://docs.google.com/document/d/1fdMEsOAr-1qSO8Nn3DqHRJV9cVmD16mdUYh1R5kjfsn0/edit?usp=sharing»on-

tratación pública avanzada 2.0 es una idea «avanzada» de HYPERLINK «https://drive.google.com/folderview?id=0B0IyrQ60lu7GSVB3V-0s2OTNuejQ&usp=sharing»CHYPERLINK «https://drive.google.com/folderview?id=0B0IyrQ60lu7GSVB3V0s2OTNuejQ&usp=sharing»ontratación pública electrónica 2.0.

I. QUÉ ES LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AVANZADA

El objetivo de todo gestor «profesional» de la contratación pública debería ser alcanzar, cuanto antes, una **gestión avanzada de la contratación pública** que sería aquella que:

– Partiera del hecho de que la contratación no es una sucesión de papeles para adquirir un bien o un servicio que precisa la organización, es algo mucho más importante y complejo, es **una herramienta que los gestores de la contratación pública deben saber utilizar para poder ejecutar políticas públicas sociales, medioambientales, de innovación...**

– Sea **transparente**, en sus formas y en su fondo.

– Funcione en **formato electrónico**, desde el inicio del expediente hasta el final.

1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ES UNA HERRAMIENTA PARA EJECUTAR POLÍTICAS PÚBLICAS

En el borrador del anteproyecto de ley de contratos del Sector Público[1] de marzo de 2015, elaborado en transposición de la *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE* se dice: «***La contratación pública es un instrumento*** *para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia: social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYME...»*

Un gran cambio de enfoque se nos avecina a los gestores de la contratación pública. Acostumbrados a ver la contratación como un expediente lleno de papeles que discurre lentamente por las dependencias administrativas, **ahora vamos a estar obligados a exprimirnos el coco y aprender cómo, dónde y cuándo usar esa herramienta para ejecutar políticas públicas**.

1. El anteproyecto fue aprobado en el Consejo de Ministros del 17 de abril de 2015. El Consejo General del Poder Judicial aprobó el 11 de junio por unanimidad el informe al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La nueva ley debería estar lista para el 18 de abril de 2016, si bien no lo estará.

La verdad es que esto no es nuevo, es más, lo deberíamos estar cumpliendo ya. El artículo 22.2.º del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP)[2], ya adelanta, esta nueva visión de la contratación pública. según dice, en tiempo verbal imperativo, «*los entes, organismos y entidades del sector público valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa*».

Ya hay gestores públicos que están pensado en ello (Bernabé Palacín Sáenz[3], José Manuel Martínez Fernández[4], Pilar Ortega Jiménez[5]) y profesionales muy especializados como Santiago Lesmes Zabalegui[6]. No obstante, todavía son una minoría los que entienden y gestionan la contratación pública como una herramienta para la ejecución de políticas públicas.

2. LA GESTIÓN TRANSPARENTE DE LA CONTRATACIÓN

Otro reto para los gestores. Desde el 10 de diciembre de 2015[7] es obligatorio facilitar de forma **activa** cierta información sensible en relación a la gestión contractual y, en caso de ser solicitado, es preciso garantizar el acceso a la información de un expediente de contratación.

No solo eso, la gestión transparente de profundidad o de fondo de los procedimientos de contratación va a exigir otro esfuerzo a los gestores de la contratación pública. **El principio de transparencia hay que llevarlo a la práctica**[8], ya que: A mayor transparencia en la gestión, mayor concu-

2. Este apartado segundo fue añadido por el artículo 37.1.º de Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible sobre el impulso a la eficiencia en la contratación pública y financiación de la colaboración público-privada.
3. Plan de mejora de contratación del ayuntamiento de Logroño. Hacia la contratación social y la contratación verde.
4. «Las nuevas Directivas sobre contratación pública. Apuntes sobre su aplicación directa y para su transposición», de José Manuel Martínez Fernández. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 8, Sección Actualidad, Quincena del 30 abr. al 14 may. 2014, Ref. 881/2014, pág. 881, tomo 1, Editorial LA LEY.
5. La contratación pública una herramienta estratégica para la ejecución de políticas públicas. Encuentro presencial celebrado por la comunidad de contratación pública del INAP SOCIAL (10 Y 11 de noviembre de 2015).
6. Deparenpar: Consultora en cláusulas sociales y transparencia.
7. Entró en vigor plenamente la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
8. Según la recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública la transparencia «*es **un principio de marcado carácter instrumental**, pues su objetivo no es meramente formal, sino que **busca generar***

rrencia; a mayor concurrencia de empresarios, mayor competencia; y a mayor competencia entre los licitadores, mayores posibilidades de obtener la oferta económicamente más ventajosa.

No obstante, quizá lo lógico y lo secuencial **sea pensar antes en el dato electrónico del expediente de contratación y luego en la transparencia**, es decir, primero pensemos en conseguir una gestión electrónica y luego podremos pensar en garantizar la transparencia[9].

3. LA TECNOLOGÍA ES LA BASE DE LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Dos grandes retos tienen los gestores de la contratación pública: conseguir una gestión transparente de la contratación pública y utilizar la contratación como una herramienta para ejecutar las políticas públicas de su organización. Ahí no acaba la cosa, a esos dos grandes retos hay que sumar la **utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión de la contratación pública**. Es más, dudo mucho de que sin ese formato la gestión de la contratación pública pueda llegar a ser transparente y que los gestores podamos encontrar «*huecos*» para dedicarnos a tareas que tienen valor añadido, como pensar en la utilización estratégica de esta herramienta (la contratación pública) para ejecutar políticas públicas.

¿Y cómo está el tema de la contratación pública electrónica? Recientemente[10], decía Francisco Blanco López[11] comentaba que: «*Comienza a*

competencia**, de forma que una mayor concurrencia empresarial redunde en mayor eficiencia. La transparencia es un instrumento que ha de **garantizar la eficiencia de los fondos públicos**, de forma que, en aras de ese principio de transparencia, los contratos tienen que someterse a una publicidad adecuada que permita abrir el mercado a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 de diciembre de 2000, ARGE). Como consecuencia del fomento de la competencia y de la ausencia de arbitrariedad, aumentará la concurrencia, con los efectos beneficiosos que ello supone en la asignación de los recursos. Por último, hay que resaltar que la transparencia puede desempeñar un papel importante no solo en la consecución de la eficiencia en el empleo de fondos públicos, sino también en otros objetivos relevantes como son la integridad y **lucha contra la corrupción».

9. Graells i Costa, Jordi. *Trabaja diferente. Redes corporativas y comunidades profesionales*. Jesús Martínez Marín y Núria Vives Leal. Departamento de Justicia. Generalidad de Cataluña. Pág. 98». *El proceso de apertura de datos (u open data) es una actividad esencial en la llamada gobernanza abierta (open Government o oGov), que cronológicamente podemos considerar la etapa que ha seguido a la Administración electrónica (electronic Government o eGov)».* En el mismo sentido Borja Colón de Carvajal en su blog: «*la transparencia nace desde lo electrónico, pues la transparencia en papel, aunque es posible, es demasiado lenta, costosa y poco eficiente*».
10. Publicado el 7 de diciembre de 2015 en el Observatorio de la Contratación Pública.
11. Director de coordinación de contratación administrativa en el ayuntamiento de Barcelona.

divisarse un paisaje donde se distinguen barracas, casas unifamiliares y alguna urbanización, pero no hay un plan de ordenación territorial».

En fin, que a pesar del tiempo transcurrido desde el año 2008[12] y de los esfuerzos que se han hecho, está casi todo por hacer o *urbanizar y edificar* en lo que a la contratación pública electrónica se refiere en el Estado español. Así pues, quizá lo más sensato sería pensar en cómo implantar la contratación pública electrónica; y luego, una vez tengamos el formato electrónico, empezar a garantizar la transparencia en la gestión y a utilizar la contratación pública como herramienta para la ejecución de políticas públicas, ¿no?

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

1. ESCENARIO ACTUAL «APROXIMADO»

De forma muy resumida se puede decir que **el escenario** en que hay que situar el problema de la contratación pública electrónica: Tiene regulación jurídica de soporte; tubo dinero, luego desapareció y ahora...; hay tecnología; y se ha intentado gestionar el proceso de cambio, pero...

Teniendo presente lo que dicen las nuevas directivas[13] y lo que se establece en las leyes 39[14] y 40[15], **nadie (en su sano juicio) dudará de la obligatoriedad de la utilización del formato electrónico en la gestión pública** (antes también había soporte jurídico más que de sobra para iniciar los cambios[16], aunque muchos gestores miraron a otro lado).

12. Fecha de entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
13. Directiva 2014/23/UE; Directiva 2014/24/UE; Directiva 2014/25/UE.
14. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
15. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
16. La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, para transponer la Directiva 1999/93/CE, dio cobertura legal al elemento fundamental que habilita la administración electrónica, la firma digital; La Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público introdujo reformas en la regulación del personal de las Administración públicas con la finalidad de que este recurso, *«el más importante de todos los recursos de una organización»*, se adecuara a los nuevos aires que traía la modernización administrativa; La Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos reguló la utilización legal de la tecnología en las tareas administrativas, reconoció a los ciudadanos su derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración Pública y puso fecha determinada (el 31 de diciembre de 2009) para el ejercicio de este derecho; La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, sirvió como banco de pruebas e indicador de cómo iba a desarrollarse todo este proceso de cambio, ya que mucho de lo previsto en la

La norma jurídica obliga a cambiar la gestión pública al formato electrónico, no obstante, todo cambio precisa de unos recursos económicos[17]. En su momento, **hubo muchos fondos económicos para la implantación de la administración electrónica**[18]. Luego desapareciendo, y ahora parece que vuelven a aparecer[19].

Tecnología hay más que de sobra. **Siendo obligatorio implantar la tecnología, se facilitaron herramientas tecnológicas**[20]. Recientemente sobre el aspecto de la tecnología que hay que usar en la gestión de la contratación pública Francisco Blanco López[21] comentaba el caso de éxito seguido en Portugal, según cuenta:

> «*... ha publicado la ley 96/2015, de 17 de agosto, que regula las plataformas electrónicas de contratación pública, establece los mimbres básicos de la contratación electrónica.*
>
> *El Código de Contratos Públicos portugués de 2008* ***optó por derivar la contratación pública electrónica al mercado privado*** *de servicios informáticos para que* ***ofrezca plataformas de contratación electrónica ajustadas a la operativa legal que el propio Código establece****. Las entidades adjudicadoras, las Administraciones contratantes, seleccionan una plataforma, de entre las reconocidas, aplicando los propios procedimientos de contratación pública fijados en el Código».*

La exitosa trayectoria portuguesa no se ha seguido en España. Aquí se ha diseñado otra política: **obligar a todos los entes del Sector Público a utilizar la plataforma de contratación del Sector Público**[22].

Ley 11/2007 con carácter general para el 1 de enero de 2010 ya estaba en vigor en el ámbito de la contratación pública desde el 1 de mayo de 2008.

17. «*Si pensamos en euros, la proporción es que de* ***cada euro gastado en tecnología hay que pensar en gastar 9 euros «en otras cosas".*** «Claves para una contratación pública electrónica eficaz» escrito por Jaime Domínguez-Macaya Laurnaga y publicado por la editorial LA LEY, *El consultor de los ayuntamientos* (pág. 494).
18. «Plan Info XXI», Plan eEurope 2000, Plan eEurope 2002, Plan eEurope 2005, «Ciudades Digitales»; «Ciudades Singulares»; «Ayuntamientos Digitales»; Plan de Acción sobre la Administración Electrónica i2010; 2.º plan «E»...
19. Resolución de 31 de julio de 2015, de la Entidad Pública Empresarial *Red.es*, por la que se convocan ayudas para el desarrollo del programa de ciudades inteligentes de la Agenda Digital para España (C059/15-AE).
20. La plataforma de contratación del Sector Público. Soluciones tecnológicas del Plan Avanza.
21. Publicado el 7 de diciembre de 2015 en el Observatorio de la Contratación Pública.
22. La disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado introdujo modificaciones en la plataforma de contratación del Estado: «*En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información*

A los recursos económicos, a las reformas legislativas y a las soluciones tecnológicas, se han sumado múltiples iniciativas transversales, públicas y privadas, formales e informales, para informar, formar, dirigir, impulsar y ordenar todo este proceso de cambio[23], **aunque viendo el punto en el que nos encontramos** (barracas, casas unifamiliares...) **no sé si se debieron hacer más o hacer otras distintas.**

2. EL PROBLEMA EN NÚMEROS

Para conseguir una contratación pública avanzada (estratégica + transparente) se precisaría partir de una gestión electrónica de la contratación. **El formato electrónico no es el objetivo, si no *el punto de partida*[24]hacia la gestión transparente y estratégica de la contratación pública.** Someramente, el problema de la contratación pública electrónica se dibuja con estos números:

– Entre **12.000**[25] **y 17.870 entes** del Sector Público deben pasar al formato electrónico.

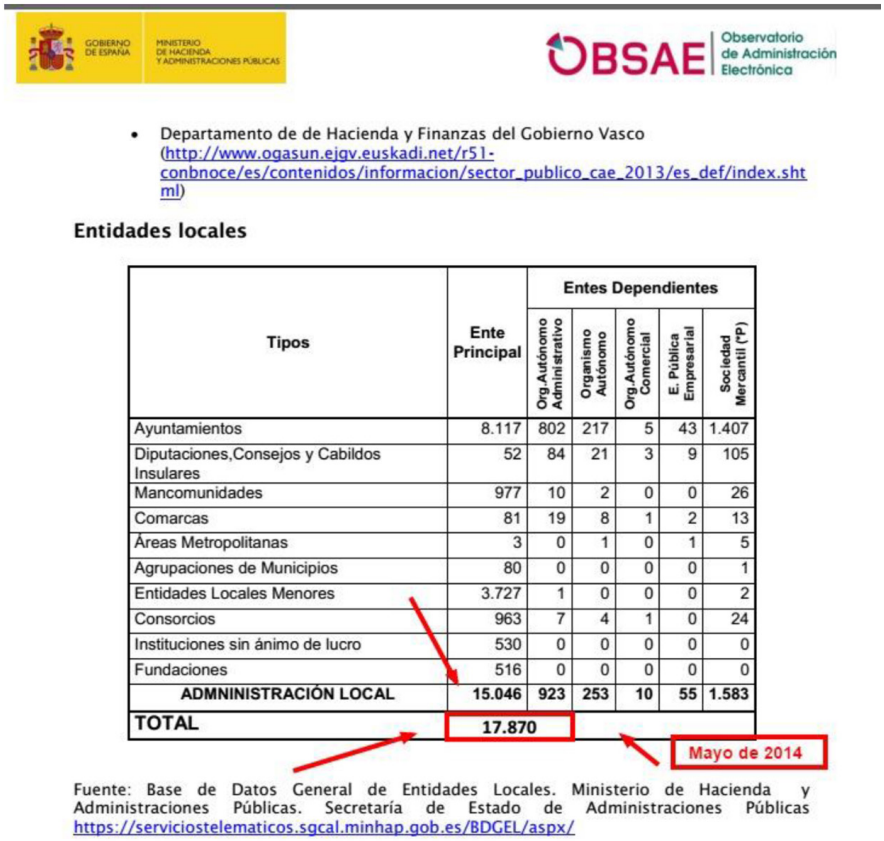
---

de las diferentes administraciones y entidades públicas, ***la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público».***

23. El Ministerio de Economía y Hacienda publicó el libro electrónico «*La Administración Electrónica y el servicio a los ciudadanos*»; la Federación Española de Municipios publicó la «*Guía práctica sobre la Ley 11/2007, de 22 de junio*» que fue actualizada con «*Incidencia del desarrollo reglamentario en la adaptación de las Administraciones Locales a la Ley*»; el Centro Nacional de Referencia de Aplicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) basadas en fuentes abiertas **(**CENATIC) realizó un potente estudio sobre la Ley 11/2007, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el tecnológico; Alberto López Tallón publicó el «*Manual práctico de supervivencia en la Administración Electrónica*». El que suscribe elaboró la «*Guía 2.0 de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*»...

24. Caño Gómez, Manuel, en su blog. «*La transición a la contratación pública electrónica y las comunidades de práctica*»: ***«El formato electrónico, es el punto de partida*** *de lo que realmente hay detrás y que es mucho más importante: la profesionalización de la contratación pública, que consiste en intentar que los funcionarios encargados de la contratación pública saquen el mejor rendimiento posible del 20 % de los recursos del país que se dedican a este servicio».*

25. *La licitación electrónica en el sector público español. Presente y futuro*, dirigido por el profesor José Ramón Pin, Titular de la Cátedra de Gobierno y Liderazgo en la Administración Pública de IESE Business School (University of Navarra), página 25.



GOBIERNO DE ESPAÑA · MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

OBSAE Observatorio de Administración Electrónica

- Departamento de de Hacienda y Finanzas del Gobierno Vasco (http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-conbnoce/es/contenidos/informacion/sector_publico_cae_2013/es_def/index.shtml)

Entidades locales

Tipos	Ente Principal	Entes Dependientes				
		Org.Autónomo Administrativo	Organismo Autónomo	Org.Autónomo Comercial	E. Pública Empresarial	Sociedad Mercantil (*P)
Ayuntamientos	8.117	802	217	5	43	1.407
Diputaciones,Consejos y Cabildos Insulares	52	84	21	3	9	105
Mancomunidades	977	10	2	0	0	26
Comarcas	81	19	8	1	2	13
Áreas Metropolitanas	3	0	1	0	1	5
Agrupaciones de Municipios	80	0	0	0	0	1
Entidades Locales Menores	3.727	1	0	0	0	2
Consorcios	963	7	4	1	0	24
Instituciones sin ánimo de lucro	530	0	0	0	0	0
Fundaciones	516	0	0	0	0	0
ADMNINISTRACIÓN LOCAL	**15.046**	**923**	**253**	**10**	**55**	**1.583**
TOTAL	**17.870**					

Mayo de 2014

Fuente: Base de Datos General de Entidades Locales. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Secretaría de Estado de Administraciones Públicas https://serviciostelematicos.sgcal.minhap.gob.es/BDGEL/aspx/

Según datos de la propia Plataforma de Contratación del Sector Público[26].

– Las empresas que licitan y ejecutan contratos públicos, en su **gran mayoría PYME (el 99, 88 %)**[27].

– Muchísimas empresas afectadas, ya que el negocio de la contratación pública mueve muchísimos millones de euros (el 18 % del PIB).

La gestión electrónica, además de ser la puerta de entrada a la gestión avanzada de la contratación, **es una gran oportunidad para conseguir garantizar la economía en la gestión de los fondos públicos**[28]:

26. *La solución para la contratación pública electrónica en España. La Plataforma de Contratación del Sector público como medio centralizador de la publicidad de la contratación del Sector Público.* Nota informativa a mayo de 2014.
27. «*Retrato de las PYME (2011) según la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa*».
28. «*La licitación electrónica en el sector público español. Presente y futuro*» dirigido por el

– 2.500 millones de euros se podría ahorrar en un año, se licitará de manera electrónica.

– 1.500 millones de euros anuales se podrían ahorrar, si se eliminara el papel.

– 1.000 millones de euros anuales, si se compartieran aplicaciones informáticas en la nube.

III. QUÉ TENDRÍAN QUE HACER LOS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO PARA IMPLANTAR LA GESTIÓN ELECTRÓNICA EN LA CONTRATACIÓN

Además de contar con la tecnología necesaria (algo obvio y accesible) **habría que hacer algo/bastante más.** Teniendo en cuenta lo que dice Jaime Domínguez-Macaya Laurnaga[29] y tomando como referencia la experiencia del País Vasco, **único referente indiscutible en el Estado español en la gestión electrónica de la contratación pública**:

> «***Hay que gestionar el cambio,*** *porque «una adecuada gestión del cambio no garantiza el éxito del modelo, pero de lo contrario,* ***una inadecuada planificación del mismo avocará sin ningún género de dudas al modelo al más rotundo de los fracasos****. Es, por tanto, una condición necesaria para el éxito, aunque, desgraciadamente, no suficiente», (pág. 471).*
>
> *Con la formación, un* ***elemento crucial*** *(pág. 469). De la formación interna y externa depende el éxito o el fracaso (pág. 481).*
>
> *Tan importante es que debe haber «* ***superusuarios»*** *como* José Ignacio Familiar *(pág. 483), es decir, «el usuario de cada uno de los servicios que intervienen en la contratación administrativa que* ***está motivado y es avezado*** *en su uso, siendo capaz de abrir camino a la experimentación de las aplicaciones del modelo de contratación pública electrónica de una forma muy resolutiva. Su formación específica no se puede desatender».*
>
> *Un* ***plan transparente*** *(pág. 444).*
>
> *Un* ***plan para gestionar la imprescindible gestión del cambio y***

profesor José Ramón Pin, Titular de la Cátedra de Gobierno y Liderazgo en la Administración Pública de IESE Business School (University of Navarra), páginas 24 y ss.

29. «Claves para una contratación pública electrónica eficaz» escrito por Jaime Domínguez-Macaya Laurnaga y publicado por la editorial LA LEY, *El consultor de los ayuntamientos*.

de gestionar el cambio de mentalidad *de «los letrados de cada organización», los propietarios de este proceso (pág. 445).*

Formación para empresas: *Se desarrollaron 27 jornadas formativas a las que asistieron 1.500 personas de más de 1.000 empresas (pág. 482). Más de 100 cursos con más de 2.200 personas (pág. 482).*

Formación *para 261 funcionarios en 34 cursos diferentes (pág. 483).*

Se han ***editado*** *14 números de la revista contratación pública electrónica, la revista Prest, (pág. 486). Se han editado 24 folletos, (pág. 487)....*

IV. QUÉ ESTÁ FALLANDO

Obviamente algo está fallando, quizá tanto desde un punto de vista *macro* como *micro*.

1. NO HAY UN PLAN NACIONAL PARA IMPLANTAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

A nivel macro, algo falla. No disponemos de un plan nacional de implantación de la contratación pública electrónica. No hacemos a nivel nacional, lo que sí hizo el gobierno vasco o lo que está haciendo Portugal o Francia[30].

Autorizadas voces reclaman esa iniciativa. Francisco Blanco López[31] pide un ***plan de ordenación territorial*** y Manuel Caño Gómez[32] reclama un **plan nacional de implantación de la contratación pública electrónica**[33]:

> *El reto es muy grande (conseguir mejoras sobre 16 % del PIB), las experiencias son muy pocas y aisladas, y el tiempo es muy corto (octubre 2018). Un plan que coordine todos los esfuerzos y haga salir todas las buenas ideas y opciones, puede permitir a todos los servicios de contratación alcanzar sus objetivos.*
>
> *Sin este tipo de planes de implantación (nacional, regional o local) yo creo que se producirán desperdicios y malas prácticas, que nos conducirán como sociedad a obtener menos beneficios del servicio de retorno que repre-*

30. Plan national de dématérialisation des marchés publics publicado el 22 de julio de 2015.
31. Publicado el 7 de diciembre de 2015 en el Observatorio de la Contratación Pública.
32. Editor del blog contratación pública electrónica.
33. Blog contratación pública electrónica. El plan nacional de implantación de la contratación pública electrónica.

senta la contratación pública. Y sobre todo provocará retrasos impidiendo obtener beneficios a tiempo... Ese ha sido el verdadero coste de oportunidad que hemos pagado entre todos por no tener implantada la contratación pública electrónica hace ya mucho tiempo.

En particular y en cuanto a la tecnología, España no seguimos el modelo de Portugal que en 2008 ***optó por derivar la contratación pública electrónica al mercado privado*. Parece que ese modelo ha sido exitoso.** Aquí todo el Sector Público debe utilizar la plataforma de contratos del Sector Público, una plataforma que ya aglutina a 30.000 usuarios[34] y que alberga a 3.464 órganos de contratación:

Tipo de Administración	Órganos de Contratación hasta el 31/12/2013	Órganos de Contratación hasta el 31/12/2014	Altas en el año 2014
Administración General del Estado	1.146	1.180	34
Entidades Locales	1.407	1.647	240
Comunidades Autónomas	15	76	61
Entidades de Derecho Público	140	181	41
Otras Entidades del Sector Público	295	380	85
Total...	**3.003**	**3.464**	**461**

Según datos de la propia Plataforma de Contratación del Sector Público[35].

2. QUÉ FALLA EN LOS MILES DE PODERES ADJUDICADORES; POR QUÉ NO IMPLANTAN LA GESTIÓN ELECTRÓNICA EN LA GESTIÓN DE SU CONTRATACIÓN

A nivel micro, algo está fallando en casi todos los poderes adjudicadores. Después de trabajar en el tema tanto en la Diputación Provincial de Soria, como en otras entidades[36], se podría decir que el éxito del tránsito a

34. Ángeles González Rufo. Subdirectora General de Coordinación de la Contratación Electrónica en Ministerio de Hacienda y Administraciones Pública. Encuentro presencial celebrado por la comunidad de contratación pública del INAP SOCIAL (10 Y 11 de noviembre de 2015).
35. Estadísticas de la propia plataforma de contratación del Sector Público.
36. Dentro del Máster Universitario en Liderazgo y Dirección Pública que organiza Título de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP) verificado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte que cuenta con la colaboración del Instituto Nacional de las Administraciones Públicas es necesario elaborar un trabajo de fin de

la administración o licitación electrónica depende, además de la tecnología, **de ejecutar otras tareas y de ejecutarlas bien**. Los elementos que una organización debería gestionar en el proceso de adaptación a la contratación pública electrónica, los ***factores de éxito***[37]**del proceso de implantación de la licitación electrónica**, serían:

1. Buena y continua información.

2. Comunicación constante.

3. Liderazgo político y técnico.

4. Formación formal e informal.

5. Participación del personal de la organización y reconocimiento del trabajo.

6. Trabajar de forma diferente.

Hay que seguir informando de todas las ventajas que la gestión electrónica conlleva y de que es obligatorio por ser un mandato legal, pero sobre todo hay que informar de que en esa implantación hay que: cambiar los hábitos de trabajos; que esos cambios se van a traducir en más trabajo; que o se gestiona la resistencia al cambio o el fracaso está asegurado; y que es necesario asignar recursos económicos...

Hay que incluir **nuevos hábitos en la gestión**, como el de **preguntar a otros**[38]. Para implantar la contratación pública electrónica ya se cuenta con la tecnología necesaria y con un ejemplo a seguir (el gobierno vasco). Ese debería ser el punto de partida, luego y dependiendo de cada organización, en su proceso de cambio para la implantación de la contratación pública electrónica, seguro que hay **otra organización de similar tamaño, recursos y situación de partida** que ya ha pasado por esto. Hay que buscar información y preguntar[39], hasta encontrar algo interesante, un buen trabajo, **una buena práctica**.[40] Encontrada una buena práctica que

---

máster que precisa un trabajo colaborativo de tutoría. He tutorizado los siguiente trabajos: Plan de mejora contratación del ayuntamiento de Xátiva; Plan mejora contratación Cabildo insular de La Palma; Plan de mejora gestión contratación Diputación de Lérida; Plan de mejora gestión contratación del INIA.

37. Iñaki Ortiz presenta los factores de éxito del Plan de Innovación (ver vídeo).

38. *«No hay que reinventar la rueda. Está inventada»* repite Alberto Ortiz de Zárate en el blog administraciónenred.

39. Iñaki Ortiz en el PIPEJGV en LinkedIn preguntaba: ¿Conocéis experiencias interesantes de tramitación telemática interna en las administraciones públicas? ¿Alguna idea que podamos aprovechar?

40. Una buena práctica es un «rendimiento, método o enfoque óptimo que permite obtener logros excepcionales". Buena o mejor práctica es un término relativo que indica

se adapte a la situación de la organización hay que reutilizar las lecciones aprendidas, **hay que copiarla**.

Además de copiar a otros **hay que aceptar que hay que trabajar más**. ¿Los líderes políticos y técnicos deben saber que el principal elemento legal que habilita la gestión electrónica, la f**irma electrónica avanzada reconocida???**[41], solo puede ser usado de una forma global y segura **si se ha conseguido la precisión en el contenido que va ser firmado**. La firma electrónica es un mecanismo de seguridad mucho más rígido que la manuscrita. El presupuesto para utilizar la firma electrónica es la precisión del contenido que va a ser firmado, **porque una vez firmado electrónicamente no se podrá «ni alterar», «ni volver a firmar».** La **precisión** en la gestión de los expedientes de contratación pública se consigue utilizando los gestores electrónicos de expedientes o workflows. Se puede decir que la secuencia sería: Se identifican, diseñan y mejoran los expedientes de contratación; se implantan en un workflow o gestor de expedientes; **se alcanza la precisión;** se puede firmar electrónicamente y, en consecuencia, es legal la utilización de la tecnología en la gestión de las tareas administrativas de la contratación pública.

Para poner en marcha esas soluciones tecnológicas claves, estratégicas y troncales (workflows), cada poder adjudicador debería **gestionar sus procesos de trabajo**, es decir, debería **identificar, diseñar, gestionar y mejorar sus procesos de trabajo de contratación pública forma continua**[42]. Si no se hace este trabajo, no se podrá poner en funcionamiento el elemento clave, troncal y estratégico de la administración electrónica, **y sin aquel trabajo y esta herramienta el fracaso de la implantación está garantizado**, en otras palabras, la solución tecnológica troncal, clave y estratégica del proyecto de implantación de administración electrónica

prácticas de gestión interesantes o innovadoras, identificadas por medio del «benchmarking» (Marco Común de Autoevaluación).

41. La D. A. 16.ª apartado 1 letra f) sobre el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dice: *«Todos los actos y manifestaciones de voluntad de los órganos administrativos o de las empresas licitadoras o contratistas que tengan efectos jurídicos y se emitan a lo largo del procedimiento de contratación deben ser autenticados mediante una firma electrónica avanzada reconocida de acuerdo con la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. Los medios electrónicos, informáticos o telemáticos empleados deben poder garantizar que la firma se ajusta a las disposiciones de esta norma».*

42. Modelo ISO, modelo EFQM, o Marco Común de Autoevaluación. Para saber más, «*Aplicación del análisis y simplificación de procesos en una organización pública*» elaborado por José Antonio Galiano Ibarra, Emilio Fernández Agüero y Guillermo Yáñez Sánchez y publicado por la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP) (año 2006).

(los gestores de expedientes) **es incompatible con los hábitos de trabajo administrativos**.

Comentaba Francisco Blanco López[43] que:

> *La contratación pública electrónica, para desarrollar sus enormes potencialidades, necesita trámites y funcionalidades diferentes a la contratación pública ordinaria. Si no repensamos buena parte de los trámites que venimos efectuando desde la mitad del siglo XIX, la contratación pública electrónica se quedará en una versión eléctrica de la contratación pública ordinaria, es decir, un mastodonte azuzado con electrodos, pero mastodonte al fin.*

Por desconocimiento, por comodidad o por inercia muchos poderes adjudicadores o no han hecho ni hacen nada de este trabajo o bien, si hay recursos económicos, lo están contratando. No obstante, la organización y la gestión de los procesos de trabajo no se puede contratar[44], en todo caso, **habría que contratar cómo aprender la organización y la gestión de los procesos de trabajo.**

Descartada la empresa como destinataria final de estos trabajos, debería ser el **personal de la organización**[45] con **suficiente aptitud** quien, de una forma **organizada**[46], se dedicara a realizar de **forma continua este gran volumen de trabajo**[47].

---

43. Director de coordinación de contratación administrativa en el ayuntamiento de Barcelona.
44. *«Encargarlas a equipos de consultores externos puede darnos una gran potencia de actuación a corto plazo sin comprometer recursos a futuro, pero puede quitarnos gran parte del control sobre la implantación y sobre todo nos crea una dependencia a futuro en un entorno que va a exigir intervenciones continuas por su naturaleza cambiante»* dice la «Guía práctica FEMP sobre la Ley 11/2007, de 22 de junio» (página 40).
45. Iñaki Ortiz en *«El despliegue masivo de la Administración electrónica»*.
46. *«Es imposible que estas tareas puedan realizarse sin unos equipos dedicados expresamente a ellas. Pretender que pueden llevarse a cabo por trabajadores municipales simultaneándolas con sus tareas habituales es un error, no por habitual menos cierto. Lo ideal sería crear «ex novo», pero a ser posible con trabajadores con experiencia y profundo conocimiento de la organización, un equipo de trabajo dedicado exclusivamente a la implantación y mantenimiento del sistema de tramitación, dimensionado más para el mantenimiento futuro que para el arranque del sistema, y paralelamente y bajo su control un apoyo de consultoría externa durante la fase inicial»* en la «Guía práctica FEMP sobre la Ley 11/2007, de 22 de junio» (página 40).
47. *«En un ayuntamiento pueden identificarse cientos de los posibles procedimientos reglados diferentes. Algunos quizás no se tramiten nunca, (un cambio en el escudo municipal) o raramente (una modificación de los límites del término). Como en todo problema el 20 % de las causas origina el 80 % de las consecuencias (Pareto). Identificando los procedimientos reglados que más expedientes generan, podemos afirmar que en unos 130 procedimientos se*

La resistencia al cambio en la Administración Pública, por su burocracia e inmovilismo, **es muy fuerte**. Implantar la contratación pública electrónica conlleva ventajas para todos los que, dentro de un poder adjudicador, intervienen en un proceso de contratación. No obstante, **el confort de la cómoda situación actual conlleva el rechazo inmediato al cambio.** Hay que transmitir y comunicar, con un lenguaje claro y sencillo, toda la información necesaria a **los responsables políticos y técnicos que deberán liderar todo el proceso de gestión del cambio**, porque «*una adecuada gestión del cambio no garantiza el éxito del modelo, pero de lo contrario, **una inadecuada planificación del mismo avocará sin ningún género de dudas al modelo al más rotundo de los fracasos**. Es, por tanto, una condición necesaria para el éxito, aunque, desgraciadamente, no suficiente*»[48].

Como se ha visto hay que aceptar que hay que hacer obligatoriamente un trabajo[49] que sirva de base para arrancar la gestión electrónica de la contratación pública.

Una vez definido y aclarado qué habría que hacer para garantizar el éxito en la implantación de la contratación pública electrónica, hay que **comunicarlo** de **forma profesional,** tanto en el **fondo** como en la **forma,** a quien lo tiene que hacer. Hay que gestionar la comunicación[50] para asegurar que sea **permanente, vertical** y **horizontal** y que utilice, por su adecuación para esta labor, los **medios electrónicos** a su alcance[51].

Información, más trabajo, trabajo en equipo, comunicación constante y **confianza,** algo que tendrán que generar los **líderes políticos** y **técnicos.** Personas de la organización, tanto a nivel político cómo técnico, deben asumir la responsabilidad del liderazgo[52] de la implantación de la contra-

concentra aproximadamente entre un 80 y un 85 % de la producción administrativa» en la «Guía práctica FEMP sobre la Ley 11/2007, de 22 de junio» (página 39).

48. Jaime Domínguez-Macaya Laurnaga en el capítulo V de su libro «Claves para una contratación pública electrónica eficaz» publicado por la editorial La Ley, *El Consultor de los Ayuntamientos*, página 471.

49. «*... lo más costoso es el inventario, análisis y descripción de los procesos, las labores de mejora y, en su caso, de reingeniería, la normalización de y confección de las plantillas de los documentos electrónicos, con todo el trabajo de campo, de gabinete y de implementación que supone*» en la «Guía práctica FEMP sobre la Ley 11/2007, de 22 de junio» (página 40).

50. Según el criterio 3.3.º a) Marco Común de Autoevaluación (modelo CAF) para gestionar bien los recursos humanos hay que promover una cultura de comunicación y diálogo abiertos y de trabajo en equipo.

51. Es lo que establece el criterio 5.2.º del Marco Común de Autoevaluación (modelo CAF)

52. «*El liderazgo sería la manera en que los líderes desarrollan y facilitan la consecución de la misión y visión de la organización, desarrollan los valores necesarios para alcanzar el éxito a largo plazo e implantan todo ello en la organización mediante las acciones y los comporta-*

tación pública electrónica y asumirlo con compromiso y dedicación, comunicando qué hay que hacer e impulsando y reconociendo los trabajos realizados.

Además de comunicar al personal de la organización qué se debería hacer, habrá que **formarle**[53], porque lo más probable es que **carezca** de los **conocimientos** y **habilidades necesarias** para realizar los trabajos que la implantación de la contratación electrónica precisa[54]. Los tradicionales cursos y manuales no valen.

Otro factor de éxito de la implantación es conseguir **la participación activa del personal**. Lo que no está claro es **cómo conseguir que el desánimo y apático personal público participe y se implique en estos trabajos necesarios para implantar la contratación pública electrónica**[55], parece ser que se precisaría:

– **Dar al personal de la organización la oportunidad de participar** y, luego, **responsabilizarles**[56] en el proceso.

– **Reconocer el rendimiento** y la productividad.

Hay un trabajo que hacer, un **trabajo ingente**[57] y constante, para or-

---

mientos adecuados, estando implicados personalmente en asegurar que el sistema de gestión de la organización se desarrolla, implanta y revisa, centrándose en el cambio y la innovación», definición del Marco Común de Autoevaluación, (modelo CAF).

53. Según el criterio 3.2.º b) Marco Común de Autoevaluación (modelo CAF).

54. *«La formación en estas herramientas será ya algo permanente en nuestras organizaciones, y el asumirla con recursos propios, los mismos equipos implantadores, puede significar importantes ahorros respecto a su realización por consultores externos»* en la «Guía práctica FEMP sobre la Ley 11/2007, de 22 de junio» (página 40).

55. Iñaki Ortiz: «¿Os parece posible involucrar a los trabajadores públicos en el proceso de cambio organizativo?

56. Para gestionar bien los recursos humanos hay que involucrar a los empleados por medio del diálogo y la responsabilización (empowerment), según establece el Criterio 3.3.º del Marco Común de Autoevaluación (modelo CAF). El gobierno Vasco está utilizando las comunidades de prácticas y los equipos de innovación como semilleros de innovación pública.

57. *«Describir, analizar e implementar en la herramienta de gestión este número de procedimientos requiere un esfuerzo ingente. Como ejemplo: en el caso del Ayuntamiento de Leganés, en el sistema de gestión actual se han definido de forma exhaustiva (contemplando todas las posibilidades de ocurrencia en cada expediente) más de 130 procedimientos diferentes. Para preparar los documentos de cruce con los datos se han tenido que preparar 1.800 plantillas distintas. En la posterior implantación, la formación del personal, unas 500 personas, es una tarea que también ha consumido una cantidad importante de tiempo y recursos. Estos trabajos se realizaron casi en su mayor parte a lo largo de cuatro años, teniendo un equipo dedicado. Los primeros 30 procedimientos se comenzaron a tramitar a los 9 meses de la compra de la herramienta»* en la «Guía práctica FEMP sobre la Ley 11/2007, de 22 de junio» (página 39).

ganizar, gestionar y mejorar los desorganizados procesos de contratación, sin este trabajo el *back-office* seguirá anclado en el siglo XIX, en el papel, y el fracaso del proceso de implantación de la contratación pública electrónica estará garantizado. **Sin ese trabajo no se puede pensar ni en contratación pública electrónica, ni en contratación pública transparente, ni en contratación pública estratégica**.

V. IDEA: TRABAJAR DE FORMA COLABORATIVA EN REDES SOCIALES Y COMUNIDADES PROFESIONALES + WEB 2.0

Los gestores de la contratación pública nos movemos en **un entorno de conocimiento líquido**. Además de saber y conocer todas las novedades legislativas que nos afectan, debemos saber cómo conseguir, en nuestras organizaciones, una gestión eficaz, eficiente y económica de la contratación pública y alcanzar esos parámetros de gestión avanzada que se han expuesto (estratégica + transparente).

Seguramente, los gestores tenemos en la cabeza más dudas, problemas y preguntas que respuestas: ¿por dónde empiezo si quiero alcanzar una gestión avanzada de la contratación?, ¿cómo implanto el formato electrónico en la gestión de mis expedientes?, ¿qué tecnología uso?, ¿me la juego exclusivamente con la PCSP?, ¿o también uso una plataforma privada?, ¿a quién copio?, ¿hay alguien en mi situación de partida?, ¿cómo sé quién está en mi situación?, ¿cómo contacto y empiezo a intercambiar información, ideas y problemas? (...).

A nivel macro, también surgen muchas cuestiones: ¿será técnicamente viable una sola plataforma para la gestión de todas las licitaciones de todos esos entes del Sector Público y de tantísimos licitadores?, ¿qué ocurrirá cuando la PCSP empiece a gestionar mesas de contratación electrónicas, subastas electrónicas?, ¿cuántas mesas de contratación electrónica podrán simultáneamente proceder al descifrado de las ofertas económicas?, ¿aguantará el sistema?, ¿quién y cómo se dará soporte a los miles de usuarios que demanden ayuda, asistencia e información?...

En fin, que parece que lo que se necesita son **nuevos escenarios** en los que sea posible buscar información y experiencia; reutilizar de recursos: coordinar sinergias; discutir desarrollos tecnológicos; recopilar información; conocer y contactar con profesionales; trabajar de forma colaborativa..., escenarios que sirvan para gestionar un conocimiento especializado y que puedan satisfacer todas las necesidades y expectativas que la implantación de la contratación pública electrónica plantea.

Para crear esos escenarios se precisan dos requisitos: **unir a personas afectadas y que trabajen de forma colaborativa y utilizar la web 2.0.**

1. COMUNIDADES DE AFECTADOS POR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Lo primero que se precisaría, en cualquier nivel del problema (macro o micro), es conseguir una masa crítica de afectados en la contratación pública que formen una que trabajen (que practiquen), de forma colaborativa, sobre lo que les une, la implantación de la contratación pública electrónica. Más o menos una **comunidad de prácticas**[58]**(en adelante CoP) en torno a la contratación pública electrónica**.

Cuenta Jesús Martínez Marín[59] que «*... la toma de conciencia que el conocimiento de todos, en red y compartido puede ser muy útil para resolver los nuevos problemas planteados en la organización. Viene a ser como si organizamos la inteligencia colectiva, a través de CoP, para dar respuesta a las nuevas vicisitudes laborales que nos vamos encontrando: todos aprendiendo de todos*»[60].

1.1. Una comunidad o red social de contratación pública para la administración del estado

Como se ha expuesto la decisión que ha tomado el gobierno español de hacer obligatorio el uso de la PCSP **debería ser acompañada por la creación de una comunidad de usuarios en donde se gestione la información, la comunicación y la difusión de su uso, actualización y mantenimiento**.

Decía Francisco Blanco López[61] que la «*administración general del Es-*

58. Trabaja diferente. Redes corporativas y comunidades profesionales. Jesús Martínez Marín y Núria Vives Leal. Departamento de Justicia. Generalidad de Cataluña. La definición formal que Wenger hace es: una comunidad de práctica es un grupo de personas que comparten una preocupación, un conjunto de problemas o un interés común sobre un tema, y que profundizan su conocimiento y su pericia en esta área a través de una interacción continuada». Pág. 16.
59. Responsable de proyectos del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada. Departamento de Justicia. Generalidad de Cataluña.
60. Trabaja diferente. Redes corporativas y comunidades profesionales. Jesús Martínez Marín y Núria Vives Leal. Departamento de Justicia. Generalidad de Cataluña. «... la toma de conciencia que el conocimiento de todos, en red y compartido puede ser muy útil para resolver los nuevos problemas planteados en la organización. Viene a ser como si organizamos la inteligencia colectiva, a través de CoP, para dar respuesta a las nuevas vicisitudes laborales que nos vamos encontrando: todos aprendiendo de todos». Pág. 15.
61. Director de coordinación de contratación administrativa en el ayuntamiento de Barcelona.

tado debiera haber liderado esa tarea». Además de desarrollar la plataforma de contratación del Sector Público, la administración general del Estado debería de pensar en cómo se va a implantar a nivel nacional la contratación electrónica y cómo se van a gestionar los factores de riesgo; cómo se va a planificar la implantación; cómo se va a gestionar el volumen de trabajo de la plataforma de contratación del Sector Público; cómo...

Para todo ello, la administración general del Estado podría utilizar una comunidad de práctica a nivel nacional, algo que ya se está haciendo fuera de nuestras fronteras.

El gobierno holandés creo PIANOo[62] una red enfocada a profesionalizar la contratación pública mejorando su eficiencia y el cumplimiento de las leyes.



La red on-line de contratación pública de Holanda (Pianoo).

La «*Acquisition community connection*»[63] del gobierno de los Estados Unidos de América.

62. The Dutch Public Procurement Expertise Centre.
63. La comunidad de prácticas para las adquisiciones de defensa.



La red on-line de contratación pública del ejercito de los Estados Unidos de América.

En el Reino Unido, en mayo del 2012 se inaugura *«The Local Government Procurement Network»*[64].



64. Una red dirigida a informar, fortalecer y conectar a todos los afectados por la contratación pública local, un mercado de unos 35 billones de libras al año que requiere de una gran diversidad de proveedores para satisfacer con eficacia los servicios.

La red on-line de contratación pública en el ámbito local en el Reino Unido.

1.2. Comunidades prácticas de contratación en órganos de contratación para implantar la gestión electrónica y conseguir una contratación pública avanzada

¿Cómo va a afrontar la administración del Estado la implantación de la contratación pública electrónica en sus 13 ministerios?, ¿cómo va a afrontar la comunidad autónoma de Castilla la Mancha la implantación de la contratación pública electrónica en las provincias de Albacete, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara y Toledo?, ¿Cómo va a afrontar la diputación provincial de Cuenca la implantación de la administración/contratación electrónica en sus 238 municipios?

Dice Luis Jesús de Juan Casero[65] que «*es un gran reto que exige la aportación de* ***las ideas y la energía creativa de toda la organización,*** *especialmente la de sus responsables políticos y sus directivos públicos. No es (solo) un tema de informáticos*».

Una *idea* que puede servir para aprovechar las *sinergias creativas* son las **comunidades de prácticas para implantar la contratación pública electrónica**[66]. Actualmente y para estas necesidades, hay que pensar en **una arquitectura electrónica de red social,** y en la actualidad, está disponible:

– **Comunidad de contratación pública (+electrónica) del INAP SOCIAL,** que permite la habilitación de una comunidad on-line privada para la gestión de la implantación de la contratación pública electrónica.

– **Comunidad de prácticas de la contratación pública,** que también permite la creación de grupos de trabajo privados para la gestión de la implantación de la contratación pública electrónica.

2. UTILIZACIÓN MASIVA DE LA WEB 2.0

Si en una organización no hay liderazgo ni político ni técnico, no hay nada que hacer, pero si lo hay, se puede empezar a mover todo el engranaje de la implantación de la contratación pública electrónica: evaluación,

65. Vicesecretario General en Diputación Provincial de Ciudad Real, en el debate Ley de procedimiento en la comunidad de administración electrónica del INAP SOCIAL.

66. Mucho más sobre esta idea en la Memoria descriptiva del proyecto Contratación pública electrónica 2.0 presentado a la XI edición del premio emprendedores de la fundación Everis en el año 2012. Igualmente, Caño Gómez, Manuel, en el blog contratación pública electrónica. Entrada publicada el 14 de mayo de 2015: La transición a la contratación pública electrónica y las comunidades de práctica.

análisis, planificación, comunicación, formación, participación...y **para todas estas actividades se puede/debe recurrir a***herramientas web 2.0* porque:

– Son herramientas **con unas potencialidades tremendas**[67].

– Son herramientas que ayudan a gestionar los factores de éxito del plan de implantación:

- Los líderes políticos y técnicos deben ejercer su liderazgo y mantener un cauce de comunicación constante con el personal, cauce bidireccional, que permita transmitir información y recibir feed-back. **Un blog** puede ser una herramienta muy útil[68].
- Hay mucho trabajo que hacer y se requiere la colaboración de distintas personas (equipos de trabajo), tanto de la propia organización como con consultoras externas. *Google Drive* es una herramienta 2.0 que permite el **trabajo colaborativo** y su posterior **comunicación** y **difusión**.
- Un aspecto fundamental que hay que cuidar mucho es la constante comunicación[69] y estas herramientas (**blogs, wikis, redes, youtube**...) son unos altavoces potentísimos que permiten y amplifican la comunicación[70].
- Otro aspecto que hay que gestionar con calidad es el conocimiento[71] y la mejor herramienta 2.0 es una **wiki**[72].
- Estas herramientas también tienen unas potencialidades tremendas para la **formación**, desde las presentaciones power-point electrónicas (*google drive*, *slideshare*, *scribd*...), hasta los vídeos de youtube, pasando por las comunidades de prácticas.

67. En *Open government. 10 ideas para hacer tu Ayuntamiento abierto*», libro electrónico editado por la Red de Municipios Digitales de Castilla y León se presentan 10 ideas para utilizar las herramientas web 2.0 en una administración pública.
68. Así lo hicieron Alberto Ortiz de Zárate, Director de Atención a la Ciudadanía, e Iñaki Ortiz, Director de Innovación y Administración Electrónica, ambos del Gobierno Vasco desde donde coeditaban el blog administraciónenred y ahora publican en el blog del Plan de Innovación Pública (PIP).
69. Iñaki Ortiz lo señala como uno de los factores de éxito del Plan de Innovación Pública.
70. Un ejemplo de cómo se pueden utilizar las herramientas 2.0 en la comunicación, sobre todo a efectos externos, es el Ayuntamiento de Getafe. Ver vídeo de Guillermo Rodríguez Maroto y acceso a presentación.
71. Ver el criterio 4.4.º del Marco Común de Evaluación (CAF).
72. Ejemplo, wikicontratación.

- Quizá uno de los aspectos básicos y de los que dependa el éxito del plan de implantación sea **la involucración del personal interno en los trabajos**. Todas estas herramientas permiten la participación, en la medida, en que en todas ellas se habilita la posibilidad de participar («los comentarios»)[73]. La forma más evolucionada, en la medida en que integra todas las formas virtuales de participar, son las redes sociales, que cuando específicamente se utilizan con la finalidad de generar conocimiento e innovar se conocen como comunidades de prácticas[74].

– Las herramientas 2.0 **son muy baratas**[75].

73. Dentro del Plan de Innovación Pública (PIP) uno de los factores de éxito identificados es la comunicación y en los aspectos innovadores del plan está la utilización de un blog como herramienta de comunicación, youtube o las comunidades de prácticas, herramientas que además de permitir una amplia y constante comunicación permiten y potencian la participación.
74. El Gobierno Vasco está iniciando un proyecto dentro de Plan de Innovación Pública, para utilizar comunidades de práctica, ver: «¿Qué posibles mejoras traerán las comunidades de práctica y los equipos de innovación al Gobierno Vasco?».
75. Los costes orientativos de estas herramientas son: 0,00 €: blogger, googledocs, youtube, twitter, LinkedIn, wikispaces, picasa, flickr, slideshare, scribd...; 6,95 € al año un dominio: www._____.com; 199.95 $ al año una plataforma para crear una comunidad de prácticas.

Capítulo 8

La legitimidad para el ejercicio del derecho de acceso a la información en procedimientos de contratación pública: la Resolución R/0086/2015 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Manuel Mesa Vila

Abogado experto en Contratación Pública
Profesor Asociado Universidad Loyola Andalucía

SUMARIO: I. LA RESOLUCIÓN CTBG-R/0086/2015. II. CONCLUSIÓN.

ABSTRACT

En la presente comunicación pongo de manifiesto la doctrina sentada por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) en la que no exige una especial legitimidad ni acreditar un interés legítimo para el acceso a la información y, por tanto, a la documentación que la sustenta. El Consejo entiende que la contratación pública carece una normativa específica que prevea un régimen de acceso a la información, por lo que no resulta de aplicación la previsión recogida en la Disposición adicional primera de la Ley 19/2013 que en su apartado segundo dispone que se regirán por su normativa específica, y por la Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información. Esta doctrina choca con la práctica administrativa que venía exigiendo una legitimidad para conceder el acceso a la documentación que compone un expediente de contratación, legitimidad reconocida únicamente a los licitadores que son los únicos que pueden

acreditar la condición de interesados en el procedimiento como titulares de un interés legítimo.

Esta doctrina que también se plasma como Criterio Interpretativo (CI/008/2015), además de contraria a la práctica habitual, entrará en directa contradicción con la futura ley de contratos cuyo anteproyecto (artículo 52) establece el acceso al expediente únicamente a favor del interesado.

El reconocimiento de legitimidad universal puede amparar conductas abusivas de los ciudadanos que pueden suponer un grave perjuicio para el normal funcionamiento de los servicios públicos y amparar comportamientos que nada tienen que ver con el principio de transparencia y si con intereses industriales o comerciales de muy diversa índole.

I. LA RESOLUCIÓN CTBG-R/0086/2015

La Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, 001-001425 N.º REF: R/0086/2015 de 25 de mayo de 2015 (Se adjunta).

La resolución 001-001425 N.º REF: R/0086/2015 de 25 de mayo de 2015 (que se adjunta a la presente comunicación) presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, respondía a una reclamación presentada por una ciudadana que solicitaba información a la Tesorería General de la Seguridad Social sobre el anuncio publicado en el BOE del 26/02/2015 de la Tesorería General de la Seguridad Social que informaba de la adquisición de 817 tabletas Windows 8.1. En concreto solicitó la siguiente información:

a) Marca y características técnicas del modelo concreto adquirido a los efectos de compararlo con los precios de mercado.

b) Contrato de mantenimiento.

Mediante resolución de fecha 11 de marzo, el Gerente de Informática de la Seguridad Social declaró la inadmisión a trámite de la solicitud por entender de aplicación la disposición adicional primera según la cual es la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesado en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

Presentada la oportuna reclamación, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, determinó en primer lugar que la información solicitada

se encontraba claramente dentro del concepto de información pública de la LTAIBG. En relación a la inadmisión a trámite por falta de legitimidad de la solicitante, el CTBG determinó que no había lugar:

> *Finalmente, en lo que respecta a la aplicación de la disposición adicional primera de la LTAIBG esta es en ningún modo aplicable a este caso concreto.*
>
> *El apartado 2 de la disposición adicional primera dispone que «se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información». A este respecto deben hacerse la siguiente precisión: la disposición adicional transcrita vincula la aplicación supletoria de la LTAIBG a la existencia de una normativa específica que prevea un régimen de acceso a la información, también específico. Este no es el caso de la legislación en materia de contratación como parece entender la TGSS. De hecho, a nuestro entender, la mencionada disposición adicional tiene como objetivo la preservación de otros regímenes de acceso a la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que se solicita. Este sería el caso, por ejemplo, de la Ley 27/2006 de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (a la que, de hecho, se refiere el apartado 3 de la disposición adicional primera recalcando la aplicación supletoria de la LTAIBG al régimen de acceso a la información medioambiental regulado en esa norma) o el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, cuyos artículos 23 a 32 regulan el procedimiento de acceso a documentos y archivos. Otra interpretación sería tanto como afirmar que cualquier ley que regule sectorialmente una materia, como es la contratación pública en este caso, sería de aplicación con prevalencia a la LTAIBG, aun cuando no prevea un régimen específico de acceso a la información.*

Esta resolución sirve como base para respuestas futuras al quedar fijada su doctrina como Criterio Interpretativo del CTBG de 12 de noviembre de 2015 (CI/008/2015) «Aplicación de la Disposición Adicional primera de la Ley 19/2013 sobre regulaciones específicas del derecho de acceso a la información pública» establece que la contratación pública no es uno de esos procedimientos con normativa reguladora propia que resulta aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados y supone, por tanto, el reconocimiento de una legitimidad universal para el acceso a la información pública en materia de contratos que puede supo-

ner un colapso de los departamentos de contratación de los diferentes órganos administrativos y pone en serio riesgo la salvaguarda del principio de confidencialidad.

El principio de transparencia no supone ninguna novedad en la contratación pública, ya fue incorporado al derecho interno en esta concreta materia por la Ley 30/2007, importado del artículo 2 de la Directiva 2004/18/UE y hasta la fecha ha tenido una convivencia pacífica con otro principio básico y aparentemente contradictorio que es el principio de confidencialidad.

Esa pacífica convivencia has sido posible por el criterio comúnmente aceptado de exigir una especial legitimidad a los sujetos interesados en acceder a la información en materia de contratos, legitimidad que se ha reconocido a los licitadores. La contratación pública sería de las materias de derecho administrativo en las que no basta la simple condición de ciudadano, sino que exigiría una especial relación con el objeto del procedimiento que permita otorgar a esa persona la condición de interesado.

El TRLCSP no regula el acceso a la documentación de la licitación (cuestión que parece que, si aborda *de lege ferenda* la futura ley de contratos, al menos así se desprende del borrador de anteproyecto que regula esta cuestión en el artículo 52). No existe, por lo tanto, mención específica de quien está legitimado para el acceso a un determinado expediente de contratación y a los documentos que lo componen, si bien podemos extender la legitimidad exigida en el artículo 42 del TRLCSP en referencia a la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación:

> *Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.*

Tal cualidad, en nuestro caso, en que fundamentalmente se pretende acceder a los documentos que han servido de base al órgano de contratación para adoptar una decisión, solo la podrían ostentar los licitadores.

Como decíamos, la no exigencia de un interés legítimo, o lo que es lo mismo el reconocimiento de una legitimidad universal propugnada por el CTBG puede suponer el colapso de los departamentos de contratación que tienen que facilitar (preparar y atender) el libre acceso a una ingente cantidad de documentación en la que se encuentra la información. El artículo 13 de la ley 19/2013 establece un concepto muy amplio de lo que se entiende por información pública a los efectos de la ley:

> *Se entiende por Información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.*

En materia de contratos del sector público debemos entender incluidos en el concepto de información pública, además de los documentos que son públicos por su propia naturaleza (anuncios, pliegos, acuerdos de exclusión de licitadores, acuerdos de adjudicación, etc. afectos ya al concepto de publicidad activa) quedarían incluidas en el concepto y, por tanto, a disposición del común de los ciudadanos:

– Las actas de la mesa de contratación.

– Las actas de las sesiones de los comités o vocales técnicos en las que se alcance algún tipo de acuerdo con trascendencia en el resultado de la licitación.

– Los informes de cualquier clase que pudiera encargar la mesa o el órgano de contratación y que tuvieran incidencia directa o indirecta en el resultado.

– Las ofertas presentadas por otros licitadores.

Por lo que, en principio, nada impide que cualquier persona solicite acceso a estos documentos, además sin necesidad de dar explicación alguna de la razón que justifica tal acceso, ya que como indica el artículo 17.3 *el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información.*

Según la doctrina fijada por el CTBG, al órgano de contratación solo le queda una opción: conceder el acceso notificando al solicitante en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, lo que supondrá el reconocimiento de un derecho que en muchas ocasiones tendrá que ver con el verdadero significado de la transparencia pero en muchas otras ocasiones dará amparo a meros caprichos de algunos ciudadanos, la venganza por alguna resolución desfavorable, las ganas de entorpecer los servicios públicos o la simple curiosidad carente de toda justificación.

Especial sensibilidad y relevancia puede tener ante esta situación la solicitud y el consecuente acceso a las ofertas presentadas por los licitadores, que en muchas ocasiones encierran secretos comerciales, patentes y en general, *know how* que las empresas suponen que solo van a conocer los técnicos del órgano de contratación y que seguramente no lo incluirían en sus ofertas si supieran que esa información puede llegar a conocimiento de cualquiera. En estos casos entraría en juego los límites que impone el

principio de confidencialidad que el órgano de contratación estaría obligado a preservar, según establece el artículo 140.1 del TRLCSP:

> *Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los* empresarios *que estos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.*

Lo que quiere decir que toda la documentación que no sea declarada confidencial estará a disposición de toda la ciudadanía, tangan o no un interés justificado.

La doctrina administrativa se ha pronunciado sobre el alcance del derecho a la confidencialidad de la información poniendo coto al posible abuso de derecho en que pudieran incurrir los licitadores que declarasen confidenciales aspectos por su naturaleza no confidenciales o incluso la totalidad de la oferta imponiendo de esta forma el acceso de los demás licitadores.

Frente a esta posibilidad que constituiría un claro abuso de derecho, la doctrina que han ido asentando las juntas consultivas y los tribunales administrativos de recursos contractuales anterior a la Ley de Transparencia, se muestra unánimemente contraria a esta posibilidad, en este sentido:

Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón:

> *... Ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. En el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado, y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo necesario, como ha declarado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas Resoluciones*, (*entre otras, la n.º 199/2011 y la n.º 62/2012).*

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 062/2012.

> *A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 124.1 de la LCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de*

las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 135.4 de la propia LCSP (art. 151.4 TRLCSP)...sin que resulte admisible, como pretende la adjudicataria del contrato, extender la confidencialidad a toda su proposición, cuestión que por otra parte podría estar incursa en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil.

O la más reciente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (Resolución n.º 046/2015) que sienta nueva doctrina que legitima al órgano de contratación para «desclasificar» información que en principio los licitadores han clasificado como confidencial.

... En definitiva, corresponde al órgano de contratación sin perjuicio de la previa calificación realizada por el adjudicatario, determinar definitivamente si esa calificación es correcta por afectar a documentos secretos, por afectar a aspectos técnicos o comerciales o por ser confidencial, y si es correcto denegar el acceso, pero si no lo es, si la adjudicataria no ha hecho una calificación correcta, corresponde al órgano de contratación corregirla y permitir el acceso a todo aquello, aun cuando haya sido calificado como secreto, y suponga que dicha calificación no sea correcta sustantivamente, para lo cual, el órgano de contratación, tras oír el criterio del adjudicatario o de los licitadores afectados, deberá examinar y analizar la documentación y adoptar por sí mismo el criterio que juzgue adecuado, de conformidad con los preceptos citado del TRLCSP, y ello con independencia de la calificación realizada por el adjudicatario a quien se refiera la solicitud de acceso...

En resumen, la documentación que forma parte de las ofertas presentadas por otros licitadores se considera información pública ya que obra en poder del órgano de contratación en el ejercicio de sus funciones, quedando, por lo tanto, sometida a derecho de acceso. El único límite, es decir, la documentación que en principio no es accesible sería aquella que el propio licitador justificadamente (por afectar a documentos secretos, a aspectos técnicos o comerciales, etc.) hubiese declarado confidencial. El órgano de contratación tendrá la potestad de determinar si tal calificación es correcta, reservándose la posibilidad de contravenir la calificación inicial dada por el licitador y permitir el acceso a los documentos.

Por tanto, solo quedaría a salvo de la mirada de los curiosos o el acceso de las empresas competidoras, aquella documentación que hubiese sido expresamente declarada confidencial. La que no lleve esa declaración expresa no es objeto de protección legal. Insistimos que la mayoría de las ofertas que se presentan no hacen declaración expresa de confidenciali-

dad en la confianza que esa información nunca saldrá del ámbito del órgano de contratación.

La propia Ley 19/2013 en su artículo 14, al proclamar los límites al derecho de acceso entiende que tal derecho podrá ser limitado cuando el acceso a la información suponga un perjuicio para, entre otros, los intereses económicos y comerciales y la propiedad intelectual e industrial.

Pero en nuestro caso la operatividad de estos límites queda muy mermada ya que exige que la aplicación de los límites sea justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atienda a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.

No están permitidas, por tanto, declaraciones generales de protección del contenido de las ofertas que sirvan de alguna manera para poder dar una base legal para denegar el acceso a las ofertas cuando el órgano competente entienda que la solicitud tenga un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de la Ley (artículo 18.e) y denegar el acceso solicitado.

II. CONCLUSIÓN

La legitimidad para comparecer como interesado es una institución que resulta fundamental en derecho, necesaria para mantener el orden de las cosas y dotar de sentido a los procedimientos administrativos, judiciales, procesales, y los intereses que estos protegen.

La contratación púbica es una de las especialidades del derecho administrativo en la que más sentido cobran los principios generales del derecho que propios y singulares de esta especialidad: publicidad y transparencia, son principios consolidados en la contratación pública. Por tanto, ni las obligaciones de publicidad activa, ni el derecho de acceso a la información pública, proclamadas por la Ley 19/2013, han supuesto, en principio, un cambio en las formas de actuar de los órganos gestores de la contratación.

No obstante, el CTBG entiende que la contratación pública no es de las materias que disponga de una normativa específica que prevea un régimen de acceso a la información, también específico, y por tanto, la Ley 19/2013, no es norma de aplicación supletoria sino de aplicación prioritaria, por delante de la norma sustantiva propia, el TRLCSP que reconoce como legitimados para la interposición del recurso y, por tanto, reconoce su legitimidad en el procedimiento de contratación a la persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados

o puedan resultar afectados por las decisiones del órgano de contratación. En materia de adjudicación de contratos, los licitadores.

En definitiva, a cualquier ciudadano sin necesidad de motivar su solicitud se le debe reconocer el derecho a acceder a documentos presentados o generados en una licitación, lo cual puede suponer un serio problema para algunos servicios públicos, ya que quedarán amparadas conductas que nada tengan que ver con finalidad de trasparencia regulada por la ley.

La posición adoptada por el CTBG es perfectamente ajustada a derecho y en línea con el sentido y la misión encomendada al Consejo de velar por la aplicación efectiva del principio de la transparencia y del acceso a la información pública, ya que efectivamente no existe una regulación especial del acceso a la información pública en el TRLCSP. Por lo que sería bueno de *lege ferenda* que la nueva ley de contratos incluyera un capítulo específico que regulara (y con ese título) el régimen jurídico específico de acceso a la información en materia de contratos del sector público, definiendo con claridad quien ostenta la condición de interesado y quien está, por tanto, legitimado parar el ejercicio del derecho de acceso, de manera que el derecho de acceso sirva como verdadera garantía del principio de transparencia y no parar amparar abusos de derecho. De esta forma la aplicabilidad de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 no ofrecería duda en esta materia.

Capítulo 9

La tramitación electrónica del recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Sara Ramos Romero[1]

Doctoranda en Derecho
Universidad de Alcalá

SUMARIO: I. ANTECEDENTES GENERALES. II. ANTECEDENTES ESPECÍFICOS. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTERIOR A LA PUBLICACIÓN DEL REAL DECRETO 814/2015. ANÁLISIS DE LAS MEMORIAS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES. III. EL REAL DECRETO 814/2015: ESTRUCTURA Y CARÁCTER. 1. *El RD 814/2015: Estructura*. 2. *El RD 814/2015: Sobre su carácter básico*. IV. TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DEL RECURSO ESPECIAL ANTE EL TACRC. ANÁLISIS DEL CAPÍTULO IV DEL RD 814/2015 Y NORMAS COMPLEMENTARIAS. 1. *La interposición del recurso especial*. 2. *Obligatoriedad de la tramitación electrónica: Regla general y excepción*. 3. *Tramitación electrónica del procedimiento: Condiciones y requisitos técnicos*. 4. *Identificación y firma de los interesados en el procedimiento*. 5. *Obligados a relacionarse por medios electrónicos*. 6. *Práctica de la notificación a través de medios electrónicos*. 7. *Publicidad del procedimiento por medios electrónicos*. V. ENTRADA EN VIGOR Y DERECHO TRANSITORIO. VI. IMPACTO Y CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

1. La autora de este trabajo de investigación es beneficiaria de la ayuda de iniciación a la actividad investigadora de la Universidad de Alcalá.

I. ANTECEDENTES GENERALES

En los últimos tiempos, se ha producido un impulso notable del uso de los medios electrónicos en la Administración Pública.

En efecto, en el ámbito español, un hito importante ha sido la aprobación de la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y el subsiguiente desarrollo reglamentario, Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre. En la actualidad, el legislador ha dado otro paso de gran importancia mediante la aprobación de dos textos normativos que incorporan el deber de la Administración y de los ciudadanos de relacionarse electrónicamente. Se trata de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Cabe destacar que tienen como objetivo la tramitación electrónica generalizada, superando la concepción residual o especial de esta.

En la contratación pública se han hecho igualmente esfuerzos para impulsar el uso de los citados medios electrónicos. En este sentido, la disposición final cuarta y la disposición adicional decimosexta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre prevén el uso de medios electrónicos en la contratación pública.

Con respecto a la tramitación del recurso especial, la mencionada disposición adicional decimosexta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, apartado 4.º, prevé el uso de medios informáticos, electrónicos o telemáticos en las comunicaciones y notificaciones. Esta previsión es ahora reforzada mediante desarrollo reglamentario: 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 que impone, en términos generales, la obligatoriedad de uso de medios electrónicos. Cabe destacar, trayendo a colación las palabras de la Memoria del análisis de impacto normativo[2] que «*el presente Reglamento (...) persigue dar un impulso a la utilización de medios electrónicos en el procedimiento que regula, lo que permite no solo un ahorro de costes tanto a la Administración como a los propios interesados en el procedimiento, sino también una mayor agilidad en su tramitación, lo cual se*

2. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto 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, agosto 2015.

hace necesario dada la brevedad de los plazos establecidos para la tramitación del citado procedimiento».

En este contexto, este trabajo tiene por objeto analizar las novedades introducidas por el RD 814/2015 en el ámbito de la tramitación electrónica del recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

II. ANTECEDENTES ESPECÍFICOS. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTERIOR A LA PUBLICACIÓN DEL REAL DECRETO 814/2015. ANÁLISIS DE LAS MEMORIAS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) cuenta con una **subsede electrónica** dentro de la sede electrónica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas[3]. A partir de esta se accede a los servicios electrónicos ofrecidos**: presentación de recursos, alegaciones, consulta del estado de tramitación del expediente y resoluciones.** Sin embargo, la tramitación electrónica del recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central ha sido deficiente. Un análisis conjunto de las **memorias del Tribunal**[4] correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014 arroja esta conclusión en cifras: en 2012, se interpusieron un total de 314 recursos, de los cuales, solamente, 4 se interpusieron de forma electrónica. En 2013, el total asciende a 1067 recursos interpuestos, siendo 14 el número recursos electrónicos. En 2014, fueron 34, de un total de 1117 recursos, los interpuestos electrónicamente.

Estas memorias también vinculan la tramitación en forma electrónica al **principio de eficacia**. No cabe duda que esta eficacia está supeditada al breve plazo de resolución con el que cuenta el Tribunal para atender las pretensiones de los recurrentes. Una demora en el dictamen, ante la suspensión de la adjudicación, puede paralizar la contratación más de lo necesario, e incluso, ante ausencia de medida cautelar, puede ocasionar el perfeccionamiento de un contrato viciado. Los procedimientos electrónicos son más ágiles que los tradicionales ya que las cargas administrativas descienden considerablemente.

3. El acceso a la mencionada subsede se encuentra habilitado en Internet a través de la sede electrónica del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, en la siguiente dirección electrónica: *https://sedeminhap.gob.es/es-ES/Sedes/TACRC/Paginas/Default.aspx*.
4. Disponibles en la subsede electrónica del TACRC: *http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Memoria.aspx*.

Las memorias del TACRC (2012 a 2014) exponen que los recursos se tramitan «**en la medida de lo posible»** a través de procedimientos electrónicos. En el mismo sentido, dispone la disposición adicional decimosexta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, apartado 4.º, que: «*Las comunicaciones entre los órganos competentes para la resolución de los recursos o de las reclamaciones y los órganos de contratación o las Entidades Contratantes, se harán, **siempre que sea posible**, por medios informáticos, electrónicos o telemáticos*». La tramitación por medios electrónicos «en la medida de lo posible» no es óptima cuando se pretende alcanzar un contexto general de e-Administración. Con la nueva regulación, RD 814/2015, de 11 de septiembre, se impone, con carácter general, la obligatoriedad de la tramitación en formato electrónico.

III. EL REAL DECRETO 814/2015: ESTRUCTURA Y CARÁCTER

1. EL RD 814/2015: ESTRUCTURA

En el Capítulo I del 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 se exponen las disposiciones generales; su artículo 1.º, reproduce el objeto de la norma y resume su estructura:

> *1. El establecimiento de las normas que regulan la constitución, composición y régimen jurídico del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.* Su regulación se corresponde con el Capítulo II (no será objeto en este trabajo.)
>
> *2. El desarrollo de la regulación del procedimiento del recurso especial en materia de contratación contenida en el Libro I, Capítulo VI, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de las reclamaciones reguladas en el Título VII de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, así como de las cuestiones de nulidad reguladas en ambas leyes.* Se contiene esta regulación del procedimiento en el Capítulo III.
>
> *3. La regulación de la utilización de medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos referidos en el apartado anterior y cuya competencia corresponda al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, incluidas las notificaciones, comunicaciones y el acceso a ellos.* Este constituye el eje del presente análisis y se corresponde con el Capítulo IV.

2. EL RD 814/2015: SOBRE SU CARÁCTER BÁSICO

En base al **artículo 149.1.18.ª de la Constitución** que atribuye al Estado la competencia para dictar la «legislación básica sobre contratos administrativos» y sobre «procedimiento administrativo común», y de acuerdo con lo establecido en la disposición final primera del RD 814/2015, las disposiciones del Reglamento son normas básicas a excepción de los artículos 1, letras a) y c), 2, apartado 1, 3 a 10, 12, los dos últimos párrafos del artículo 34 y el artículo 37, así como el capítulo IV dedicado a la utilización de medios electrónicos, las disposiciones adicionales segunda y tercera, la disposición transitoria segunda y la disposición final tercera.

Hay que destacar que, a los efectos de este estudio**, el capítulo IV dedicado a la utilización de medios electrónicos, carece de carácter básico**. Aunque vincula al TACRC, el resto de Tribunales de igual naturaleza de algunas Comunidades Autónomas no está obligado a la tramitación electrónica del procedimiento por el presente Real Decreto, a diferencia de otras disposiciones del mismo (en su mayoría el Capítulo III que versa sobre el procedimiento) que sí obligan al desarrollar artículos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSCP) y de la Ley 31/2007, de 30 de octubre que tienen carácter básico.

En definitiva, tal y como pone de relieve, el Consejo de Estado[5], «a grandes rasgos tiene **carácter básico** lo relativo a los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación pública y tiene, en cambio, **carácter de competencia exclusiva estatal** lo que se refiere a la organización del TACRC y al empleo por este de medios electrónicos».

IV. TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DEL RECURSO ESPECIAL ANTE EL TACRC. ANÁLISIS DEL CAPÍTULO IV DEL RD 814/2015 Y NORMAS COMPLEMENTARIAS

1. LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO ESPECIAL

El artículo 18 del Reglamento recoge la previsión legal del artículo 44.3 TRLCSP referente al lugar de presentación del escrito de interposición: *El recurso especial en materia de contratación y las cuestiones de nulidad al amparo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* ***solo podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano adminis-***

5. Dictamen Consejo de Estado, 420/2015 (Hacienda y Administraciones Públicas) sobre Proyecto de Real Decreto 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, fecha de aprobación 23/7/2015.

trativo competente para resolverlos. El mencionado precepto, enuncia, de igual forma, por lo que respecta a los sectores especiales, que *la reclamación del artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y las cuestiones de nulidad al amparo de la Ley citada* ***solo podrán presentarse en el registro del órgano administrativo competente para resolverlas.***[6]

La presentación del recurso en otros registros distintos de los del órgano de contratación o del Tribunal, no interrumpe el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del Tribunal competente para resolverlo. Constituye causa de inadmisión la entrada extemporánea del recurso en los registros procedentes. «Para evitar sorpresas de preclusión del plazo»[7], el reglamento viene a completar esta regulación: cuando en el mismo día de la presentación del escrito en las oficinas de correos o en otro registro administrativo se remita al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación en su caso **copia del escrito en formato electrónico**, se considerará como **fecha de entrada** del mismo, la que corresponda a la **recepción** de la mencionada copia.

Si bien el reglamento expresamente reseña que esa copia ha de remitirse el mismo día de la presentación del recurso, lógico sería presumir que esa copia siempre surtiría los efectos reseñados en el precepto si se remite dentro del plazo legal de interposición del recurso, aunque no se remita el mismo día de presentación[8].

2. OBLIGATORIEDAD DE LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA: REGLA GENERAL Y EXCEPCIÓN

En el artículo 38.1 del RD 814/2015, se establece, con carácter general, la **tramitación electrónica obligatoria** del recurso especial, la reclamación o cuestión de nulidad ante el TACRC. Dispone el mencionado precepto que: *La tramitación de los escritos de interposición de recurso, las alegaciones de*

6. La doctrina de los Tribunales especiales en materia de contratación indica que no es posible la aplicación subsidiaria del artículo 38.4 de la LRJAP-PAC en cuanto admite otros lugares de presentación puesto que la ley especial prima sobre la general (Resolución del Tribunal administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid 114/2015, de 15 de julio, entre otras).

7. Rodríguez Alonso, M. J., *Breve reseña al procedimiento regulador de los regímenes especiales de revisión en materia contractual,* Observatorio de contratación pública, 05/10/2015. Disponible en: *http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.859/relcategoria.118/relmenu.2/chk.f1932c0646e5222d0fc0cc2895d3c3d8*.

8. Rodríguez Alonso, M. J., *Breve reseña al procedimiento regulador...* Ob. Cit.

los interesados y demás escritos a presentar al Tribunal, así como las comunicaciones y notificaciones a realizar en el procedimiento, la remisión del expediente, así como la consulta del estado de tramitación de la resolución y cualesquiera otros trámites necesarios para el desarrollo del procedimiento se realizarán por ***vía electrónica***. Ello supone que todos los trámites se realizarán de forma electrónica. Se impulsa a nivel estatal el uso de medios electrónicos y se fortalecen algunas previsiones del Capítulo III referentes a la comunicación electrónica. Así, por ejemplo, el art. 14 prevé, con carácter básico, que las comunicaciones y notificaciones se lleven a cabo utilizando medios electrónicos; del mismo modo, y también con carácter básico, el art 28 establece la remisión electrónica del expediente.

La **excepción** a la regla general de la tramitación del procedimiento por medios electrónicos se establece en el artículo 38.2, el cual dispone: *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se admitirá la tramitación en soporte papel del procedimiento, para aquellos supuestos en que los interesados justifiquen ante el Tribunal su* ***imposibilidad de acceso a la tramitación electrónica*** *del mismo*. Esta excepción viene a colmar de contenido el principio de acceso a los medios electrónicos; puesto que, cuando no hay lugar a dicho acceso, el procedimiento se tramita en la forma tradicional.

3. TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DEL PROCEDIMIENTO: CONDICIONES Y REQUISITOS TÉCNICOS

De las condiciones y requisitos técnicos del procedimiento se ocupa el artículo 39 del RD 814/2015. Este precepto remite su regulación a una Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, la cual regulará las especificaciones de la tramitación electrónica, de conformidad con la disposición final 4.ª TRLCSP y dando cumplimiento a las reglas contenidas en la Disposición adicional 16.ª TRLCSP.

En este sentido, la Disposición final tercera del RD 814/2015 habilita al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar mediante orden *las normas de desarrollo que puedan ser necesarias para hacer plenamente efectivo el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en la tramitación de los procedimientos sometidos a la competencia del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*

Según el artículo 39, la referida Orden Ministerial comprenderá los siguientes extremos: medios electrónicos a utilizar en el procedimiento, especificaciones técnicas y formularios, así como, con carácter general, las condiciones y requisitos necesarios para cada una de las actuaciones del procedimiento de recurso. También, dispone el apartado 4.º del artículo

39 que *la Orden Ministerial que regule la tramitación electrónica del procedimiento preverá los mecanismos a través de los cuales la puesta de manifiesto del expediente se realizará por medios electrónicos.*

4. IDENTIFICACIÓN Y FIRMA DE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO

El primer párrafo del artículo 39.3 del Reglamento dispone que para la identificación y autenticación de los interesados en el procedimiento se estará a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o, en su caso, en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos[9].

Hay que remitirse al apartado f) de la Disposición adicional 16.ª TRLCSP, relativa al uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la ley, el cual prevé la autenticación de todos los actos y manifestaciones de voluntad, tanto de los poderes adjudicadores, como empresas licitadoras o contratistas, mediante **firma electrónica avanzada reconocida**, de acuerdo con la Ley 53/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Existen tres tipos de firma electrónica: la simple, la avanzada, y la reconocida. Esta última, por la que se decanta el legislador, es la más garantista al estar basada en un certificado reconocido y haber sido generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma (artículos 12 y 13 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre). Tiene, conforme al artículo 3 de la Ley 59/2003, efectos jurídicos plenos: *la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.*

5. OBLIGADOS A RELACIONARSE POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

El artículo 41 del Real Decreto se ocupa de establecer las personas y entidades obligadas a comunicarse por medios electrónicos, en concreto, a recibir notificaciones electrónicas realizadas por el TACRC. Estos obligados son, por un lado, las sociedades mercantiles, tanto las anónimas como las limitadas; y, por otro, el resto de personas jurídicas obligadas a recibir notificaciones y comunicaciones electrónicas en dirección electrónica ha-

9. Cabe señalar a este respecto la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 (artículo 2.° del RD 814/2015) derogada ahora por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

bilitada en virtud del artículo 4.1 del Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Dicho precepto expresa que:

> «*Estarán obligados a recibir por medios electrónicos las comunicaciones y notificaciones administrativas que en el ejercicio de sus competencias les dirija la Agencia Estatal de Administración Tributaria las entidades que tengan la forma jurídica de sociedad anónima (entidades con número de identificación fiscal –NIF– que empiece por la letra A), sociedad de responsabilidad limitada (entidades con NIF que empiece por la letra B), así como las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que carezcan de nacionalidad española (NIF que empiece por la letra N), los establecimientos permanentes y sucursales de entidades no residentes en territorio español (NIF que empiece con la letra W), las uniones temporales de empresas (entidades cuyo NIF empieza por la letra U), y las entidades cuyo NIF empiece por la letra V y se corresponda con uno de los siguientes tipos: Agrupación de interés económico, Agrupación de interés económico europea, Fondo de Pensiones, Fondo de capital riesgo, Fondo de inversiones, Fondo de titulización de activos, Fondo de regularización del mercado hipotecario, Fondo de titulización hipotecaria o Fondo de garantía de inversiones*».

Las notificaciones electrónicas no son preceptivas para las personas físicas. El art. 41 en su apartado segundo exige **aceptación expresa** en los siguientes términos: *También podrán practicarse las notificaciones a través de la dirección electrónica habilitada a aquellas personas físicas que lo hubieran aceptado de forma expresa.*

Tal y como da cuenta la Memoria de análisis de impacto[10] de la presente norma reglamentaria, es preciso reseñar que *los licitadores que intervienen en los procedimientos de revisión son fundamentalmente personas jurídicas, o bien personas físicas con importante acceso a las nuevas tecnologías, pues en la medida que los contratos susceptibles de recurso o reclamación son de importe significativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40.1 del TRLCSP y 16 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, permite el poder exigir que la tramitación del procedimiento que regula el presente borrador se realice utilizando medios electrónicos*.

10. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos especiales...Ob. Cit.

6. PRÁCTICA DE LA NOTIFICACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

La práctica de las notificaciones electrónicas, *ex* apartado segundo del artículo 40, se lleva a cabo «*mediante la adhesión al sistema de notificación en dirección electrónica regulado en la Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, por la que se establece el régimen del* ***sistema de dirección electrónica habilitada*** *previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, o mediante cualquier otro medio de comunicación electrónica en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*».

El Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos regula en su artículo 35 la práctica de notificaciones por medios electrónicos. Dispone que las notificaciones por medios electrónicos podrán efectuarse, mediante alguna de las siguientes formas:

a) Mediante la dirección electrónica habilitada en la forma regulada en el artículo 38 de este real decreto.

La Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, establece el régimen del sistema de dirección electrónica habilitada previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre.

b) Mediante sistemas de correo electrónico con acuse de recibo que deje constancia de la recepción en la forma regulada en el artículo 39 de este real decreto.

c) Mediante comparecencia electrónica en la sede en la forma regulada en el artículo 40 de este real decreto.

d) Otros medios de notificación electrónica que puedan establecerse, siempre que quede constancia de la recepción por el interesado en el plazo y en las condiciones que se establezcan en su regulación específica.

Practicada la notificación por el Tribunal, esta surtirá plenos efectos, excepto cuando no se hubiera accedido a su contenido transcurridos 5 días hábiles desde la certificación de que ha sido recibida; supuesto en el que la notificación se entiende rechazada. En este sentido, el apartado tercero del art. 40 RD 814/2015.

7. PUBLICIDAD DEL PROCEDIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Se impone el deber de **publicar electrónicamente** la interposición de recurso especial en materia de contratación contra alguno de los actos del

procedimiento, la suspensión acordada, en su caso, y la resolución que se dicte en el mismo en la **Plataforma de Contratación del Sector Público**, concretamente, en el **perfil del contratante** del órgano de contratación estatal que es parte en el procedimiento. Así lo dispone la disposición adicional tercera del Reglamento, la cual añade también, se hará referencia, en esa publicación, al procedimiento de contratación convocado que es objeto de controversia.

Además, con carácter potestativo se establece en la citada disposición que *en razón de las posibilidades técnicas y funcionales de la Plataforma de Contratación del Sector Público y de las necesidades del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales podrá preverse la publicación en la primera de aquella de información generada por el Tribunal cuya difusión a través de ella pueda resultar de utilidad.*

V. ENTRADA EN VIGOR Y DERECHO TRANSITORIO

La entrada en vigor de la tramitación electrónica y su Derecho transitorio son regulados en las Disposiciones transitorias, primera y segunda.

La entrada en vigor no supone retroceder al estado de tramitación en el cual se encontraban los procedimientos en curso en tal momento, sino que los procedimientos ya iniciados adaptarán su tramitación a las disposiciones del Reglamento (disposición transitoria primera).

El régimen de tramitación electrónica entrará en vigor con respecto a la presentación de escritos de interposición de recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad transcurridos tres meses desde la entrada en vigor de este RD 814/2015.

Tal y como da cuenta el aviso del TACRC[11] referente a «la presentación electrónica de escritos dirigidos al TACRC», a partir del **día 26 de enero de 2016** los interesados deberán realizar a través del registro electrónico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o de los registros electrónicos de los órganos de contratación, las siguientes actuaciones dirigidas al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: 1. La presentación de los recursos especiales en materia de contratación, reclamaciones o cuestiones de nulidad. 2. La presentación de alegaciones en los distintos procedimientos. 3. La consulta del estado de tramitación de

11. Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *Aviso, Presentación electrónica de escritos dirigidos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales,* 2015.

los expedientes. 4. Cuantas otras actuaciones se deriven de la tramitación de los expedientes de recurso, reclamaciones o cuestiones de nulidad.

Como Derecho intertemporal, en tanto no se produzca el desarrollo mediante orden ministerial previsto en el artículo 39, la presentación del recurso y la tramitación electrónica de los expedientes deberán hacerse a través del formulario electrónico general previsto en el artículo 11 de la Orden HAP/547/2013, de 2 de abril, por la que se crea y se regula el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. El formato electrónico general está disponible en la sede electrónica del TACRC.

VI. IMPACTO Y CONCLUSIONES

Con la normativa expuesta se pretende fomentar el uso de técnicas e instrumentos electrónicos en el ámbito del recurso especial en materia de contratación, avanzando en la implementación de la e-Administración para mejorar la actividad del TACRC, incrementando la seguridad jurídica y obteniendo mayor brevedad en la resolución de las revisiones.

La tramitación por vía electrónica de todo el procedimiento de revisión de decisiones en materia contractual será obligatoria a partir del 26 de enero de 2016, con la salvedad de la imposibilidad de acceso de los interesados al formato electrónico. Es destacable que esta obligatoriedad no reviste carácter de legislación básica y es solo predicable de las relaciones con el TACRC. Sin embargo, como apunta Valcárcel Fernández, P.[12]*(...) debería ser la senda por la que vayan transitando el resto de órganos de recursos. Así lo han hecho ya algunos, como por ejemplo los Tribunales navarro y catalán que opera exclusivamente, en el primer caso, y casi exclusivamente en el segundo, por medios telemáticos. En la Comunidad Foral de Navarra todo el procedimiento es ya enteramente electrónico y ni tan siquiera tiene un registro físico donde puedan remitirse ningún tipo de solicitud o comunicación.*

Como pone de manifiesto la Memoria de análisis de impacto[13], la norma «*pretende incrementar la transparencia en la contratación pública, así como la eficacia y la eficiencia en la actuación administrativa*».

La agilización del procedimiento a través de la tramitación electrónica

12. Valcárcel Fernández, P., «*Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración*», XI Congreso AEPDA, 2015.
13. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos especiales...Ob. Cit.

supone resolver en menor plazo. Esta celeridad en la tramitación y en la resolución *contribuirá a la mejora de los procedimientos de contratación, y en definitiva a una mayor garantía para los operadores económicos y licitadores (...) lo cual redunda en un efecto positivo sobre la competencia*[14]. De forma indirecta, señala el Consejo de Estado[15] que *beneficia la competencia en el mercado, al ofrecer mayor garantía para los operadores económicos y licitadores.*

En el análisis de impacto, se lleva a cabo una estimación del ahorro de cargas administrativas derivado de la tramitación electrónica. Así, se estima, tomando como base 2014, y atendiendo al número de recursos presentados, que el ahorro total anual en el coste de las cargas administrativas supone 243.751,74 euros[16].

También, se estima un ahorro en las notificaciones. Las notificaciones electrónicas con respecto a la relativas al correo certificado suponen un menor gasto (18.243 €-11.970 €)[17].

En conclusión, el impacto de la norma redunda en un fortalecimiento de la eficacia derivado del impulso de los medios electrónicos en la tramitación del recurso. Los cuales, a su vez, suponen la reducción de los plazos en el procedimiento, celeridad procedimental y ahorro de costes.

La norma fortalece la Administración electrónica en el sector de la contratación pública, y viene a suplir un vacío en la regulación sobre los procedimientos de revisión en materia de contratación del sector público. El Reglamento desarrolla las previsiones del TRLCSP en su Capítulo VI, Título I del Libro I y en los artículos 37, 38 y 39, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en su Título VII. En este desarrollo se lleva a cabo un verdadero impulso de los medios electrónicos que tiende a la generalización de los mismos en un contexto de implementación de la e-Administración en España.

14. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos especiales...Ob. Cit.
15. Dictamen Consejo de Estado, 420/2015...Ob. Cit.
16. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos especiales...Ob. Cit.
17. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos especiales...Ob. Cit.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Dictamen Consejo de Estado, 420/2015 (Hacienda y Administraciones Públicas) sobre Proyecto de Real Decreto 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, fecha de aprobación 23/7/2015.

Fernández Puyol, I., *Real Decreto 814/2015: la regulación del recurso especial en materia de contratación*, Gómez-Acebo & Pombo, 2015.

González-Varas Ibáñez, S. *Las claves del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Wolters Kluwer, 2015.

Memorias del TACRC (2012 a 2014), *http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Memoria.aspx*.

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto 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, agosto 2015.

Nota de prensa, Consejo de ministros, *Aprobado el reglamento para mejorar y modernizar la resolución de los recursos en materia de contratación pública* 11 de septiembre de 2015. *http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2015/CONSEJO%20DE%20MINISTROS/11-09-15%20REGLAMENTO%20RECURSOS%20CONTRATACI%C3%93N%20P%C3%9ABLICA.pdf*.

Resolución 2/2015, de 16 de octubre, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid por la que se dispone dar publicidad a los criterios doctrinales afectados por la entrada en vigor del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Rodríguez Alonso, M. J., *Breve reseña al procedimiento regulador de los regímenes especiales de revisión en materia contractual,* Observatorio de contratación pública, 05/10/2015. Disponible en: *http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.859/relcategoria.118/relmenu.2/chk.f1932c0646e5222d0fc0cc2895d3c3d8*.

Valcárcel Fernández, P., «*Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento*

efectivo del derecho a una buena administración», XI Congreso AEPDA, 2015.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *Aviso, Presentación electrónica de escritos dirigidos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, 2015.

Capítulo 10

Las novedades en materia de contratación pública introducidas por el Reglamento Financiero 2015/1929

Javier Miranzo Díaz

SUMARIO: I. DEPURACIÓN CONCEPTUAL: AMPLIACIÓN DEL APARTADO DE DEFINICIONES. II. ADAPTACIÓN A LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LAS DIRECTIVAS. 1. *Procedimientos restringidos, pero no inaccesibles*. 2. *La insistencia en un procedimiento negociado con negociación*. 3. *La contratación conjunta e institucional*. III. LAS CAUSAS Y CRITERIOS DE EXCLUSIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS. IV. EJECUCIÓN Y MODIFICACIONES DEL CONTRATO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA. VII. JURISPRUDENCIA.

INTRODUCCIÓN

Tras la aprobación de la cuarta generación de directivas en febrero de 2014, se ha abierto un nuevo horizonte en cuanto a la legislación de contratación pública se refiere. Los estados miembros deberán transponer a sus legislaciones nacionales la nueva legislación de contratación pública antes de abril del presente año 2016, momento en el que las directivas comenzarán a tener efecto directo en caso de no transposición. Esta situación de «transición» de la anterior legislación hacia la nueva, ha sido entendida por numerosos investigadores y diversas entidades y poderes públicos[1] como una oportunidad para dar un paso al frente en la aplica-

1. En este sentido, véase, entre otros: *PRO/CNMC/001/15: Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 5 de febrero de 2015. Págs. 24 y ss.; Cerrillo i Martínez, A., *El principio de integridad en la contratación pública: Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Thom-

ción nacional de las directrices y principios europeos, con el objetivo dar alcance definitivamente a los objetivos de una contratación pública eficaz, eficiente, transparente, social y medioambientalmente responsable, y que respete los principios rectores de la UE.

Sin embargo, además de los estados miembros, la propia Unión Europea debe adaptar sus reglamentos y normas internas para la correcta implementación de las Directivas de 2014 en los procedimientos de contratación de las instituciones y órganos de la UE. En este contexto fue aprobado el 28 de octubre de 2015 el Reglamento 2015/1929, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifican algunos preceptos –relativos a la contratación pública– del Reglamento n.º 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión.

En la presente comunicación analizaremos los nuevos preceptos y las novedades introducidas por la redacción del Reglamento 2015/1929, su interpretación de determinados artículos de las Directivas y la posibilidad de dicha interpretación pueda ser aplicada a la transposición de la normativa comunitaria a las legislaciones nacionales.

I. DEPURACIÓN CONCEPTUAL: AMPLIACIÓN DEL APARTADO DE DEFINICIONES

La primera novedad con la que nos encontramos al analizar el Reglamento 2015/1929, comparándolo con el modificado Reglamento n.º 966/2012, es que su apartado de definiciones se amplía notablemente para dar cabida a nuevos tipos conceptuales, cuyas novedades trataremos de enumerar a continuación, dividiéndolos en tres grupos: 1) importados desde las nuevas Directivas; 2) existían ya en las directivas de 2004, pero suponen una novedad por parte del Reglamento respecto del modificado Reglamento n.º 966/2012; y un tercer tipo de conceptos ya antiguos en el sector de la contratación pública pero que, sin embargo, no habían sido recogidos de forma expresa en un texto legal europeo con anterioridad.

son Reuters Aranzadi, 2014.; Moreno Molina, J. A. «El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación». En: *Observatorio de Contratación Pública*. 20 de marzo de 2015.; Gimeno Feliu, J. M. «Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública». En *Observatorio contratación pública*, V Seminario de contratación pública. Formigal, septiembre de 2014. Págs. 39-40; Gimeno Feliu, J. M. «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España». En Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa. Curso de verano sobre «Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea». Oporto, 7 de septiembre de 2015. Pág. 102.

De esta forma, dentro del primer tipo de novedades conceptuales encontramos las siguientes definiciones:

- El *contrato de concesión*, que se introduce en el Reglamento n.º 966/2012 como consecuencia directa de la creación de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los contratos de concesión. Concretamente, la definición recogida en la nueva redacción del artículo 101 del Reglamento financiero de la UE se corresponde de manera casi íntegra con el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE.
- *Operador económico*, cuya definición se extrae de manera literal del artículo 2.10 de la Directiva 2014/24/UE.
- El *pliego de contratación,* que al igual que la definición anterior, supone una novedad conceptual introducida por la Directiva 2014/24/UE en su artículo 2.13.
- *Central de compras,* que se corresponde con el artículo 2.16 de la Directiva 2014/24/UE y que supone un ligero cambio en la redacción con respecto del recogido en la antigua Directiva 2004/18/UE.
- *Candidato y Licitador,* definiciones que se corresponden con las recogidas en los artículos 2.12 y 2.11 de la Directiva 2014/23/UE, respectivamente.

Dentro del segundo grupo de nuevos conceptos, esto es, aquellos que ya estaban presentes en las directivas de 2004, pero que no han sido incluidos en el Reglamento n.º 966/2012 hasta la aprobación de las Directivas 2014 y su posterior reglamentación en el Reglamento 2015/1929, podemos destacar las definiciones de:

- *Contrato público*. Una definición que se introduce por primera vez en el Reglamento financiero de la UE, pero que ya venía recogida en el artículo 1.2.a) de la Directiva 2004/18/UE, y más recientemente en el artículo 2.5 de la Directiva 2014/24/UE.
- *Sistema dinámico de adquisición*. Un caso algo especial, ya que pasó de recogerse en el artículo 1.6 de la Directiva 2004/18/UE, dentro del apartado de definiciones, a redactarse fuera de este apartado en la Directiva 2014/24/UE (encontrándose en el artículo 34.1), y sin embargo es en la transposición de las nuevas directivas al Reglamento n.º 966/2012, a través del Reglamento 2015/1929, sí que se incluye la descripción del concepto en el apartado «definiciones» que contiene la nueva redacción del artículo 101.

En este punto conviene resaltar que la definición de *contrato público*, aunque extraída esencialmente de la Directiva 2014/24/UE, no se corresponde literalmente en su redacción, presentando una ligera diferencia que puede no ser intrascendente.

La Directiva 2014/24/UE describe el contrato público como «*los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios*».

La definición de contrato público del Reglamento 2015/1929, sin embargo, reza: «*contrato a título oneroso concluido por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios órganos de contratación, en el sentido de los artículos 117 y 190, con el fin de obtener, mediante el pago de un precio sufragado total o parcialmente por el presupuesto, la entrega de bienes muebles o* ***inmuebles****, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio*».

El quid de la cuestión se encuentra en la inclusión de la entrega de bienes muebles o **inmuebles** como forma de contrato público, pues esta afirmación puede interpretarse de manera que incluya como contrato público la adquisición o el arrendamiento de bienes inmuebles, un supuesto sobre el que la propia Directiva 2014/24/UE excluye su ámbito de aplicación en el artículo 10.a).

Además, esta variación no parece ser accidental, ya que también la definición de *operador económico* del Reglamento 2015/1929 está modificada en el mismo sentido que la de contrato público, quedando como sigue: «*toda persona física o jurídica, incluida una entidad pública, o una agrupación de tales personas, que ofrezca el suministro de productos, la ejecución de obras, la prestación de servicios o la entrega de bienes* ***inmuebles***».

Parece, por tanto, que el Reglamento 1929/2015 pretende ampliar, para los contratos celebrados por las instituciones europeas, el ámbito de aplicación de las Directivas 2014 a la adquisición de bienes inmuebles, algo que, en principio, ni las propias Directivas, ni la legislación española en el proyecto de ley para su transposición, contemplaban como una posibilidad.

En un tercer y último grupo de conceptos encontramos aquellos que, aun distando de ser nuevas creaciones del Reglamento financiero 1929/2915, pues se trata de conceptos que se vienen usando históricamente en materia de contratación pública e incluso en el Derecho Administrativo en general, suponen una novedad en cuanto estos se definen en relación a la contratación pública, y nunca habían sido definidos expre-

samente e incluidos en el apartado de definiciones en ninguna norma de contratación pública europea anterior. Se trata de los siguientes:

– *Contratación* [art. 101.1.a)]: «obtención, mediante un contrato, de obras, suministros o servicios, así como la adquisición o el arrendamiento de tierras, de edificios existentes o de otros bienes inmuebles, por uno o varios órganos de contratación por parte de los operadores económicos elegidos por dichos órganos»[2].

– *Decisión administrativa definitiva* [art. 101.1.i)]: «decisión de una autoridad administrativa con un efecto definitivo y vinculante de conformidad con la legislación del país en el que esté establecido el operador económico, o en el que esté situado el órgano de contratación, o de conformidad con la legislación de la Unión aplicable».

– *Vendedor* [art. 101.1.m)]: operador económico inscrito en una lista de vendedores que serán invitados a presentar solicitudes de participación u ofertas.

II. ADAPTACIÓN A LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LAS DIRECTIVAS

A continuación el Reglamento 2015/1929 realiza una serie de modificaciones que afectan a los artículos 103, 104 y 105 del Reglamento n.º 966/2012, y que comprenden una serie de adaptaciones a los nuevos procedimientos de contratación introducidos por las Directivas, algunas especificaciones en materia de contratación conjunta y contratación institucional, y determinados aspectos de la preparación del procedimiento de contratación, así como algunas ligeras agregaciones, sin mayor consecuencia práctica, en cuanto a medidas de publicidad.

1. PROCEDIMIENTOS RESTRINGIDOS, PERO NO INACCESIBLES

En primer lugar cabe destacar que el Reglamento 2015/1929, en la nueva redacción otorgada al artículo 104.3, hace especial hincapié en la línea interpretativa adoptada por las nuevas Directivas (especialmente en sus artículo 28, 29, 30 y 31) según la cual en los procedimientos de contratación en los que se prevé cierta limitación en cuanto a la participación de li-

2. Cabe diferenciar este término del de contratación pública, ya que dentro de la contratación pública no se incluiría «la adquisición o el arrendamiento de tierras, de edificios existentes o de otros bienes inmuebles», tal y como queda reflejado en algunos glosarios de términos como el del blog *ganaconcursos.es* (*http://www.ganaconcursos.es/glosario/*).

citadores –es decir, en el procedimiento restringido, diálogo competitivo, procedimiento negociado y asociaciones para la innovación–, no podrá impedirse, por el hecho de que el proceso selectivo para estos procedimientos se haga a través de una invitación a participar, que el resto de operadores económicos que lo deseen puedan, siempre y cuando proporcionen la información prescriptiva que ha solicitado el órgano de contratación, presentar una solicitud de participación en dichos procedimientos. Así se desprende de su lectura:

Artículo 104.3: «*En los procedimientos restringidos, los diálogos competitivos, los procedimientos de licitación con negociación y las asociaciones para la innovación, cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación proporcionando la información que haya solicitado el órgano de contratación. El órgano de contratación invitará a todos los candidatos que satisfagan los criterios de selección, y no se encuentren en una de las situaciones contempladas en los artículos 106 y 107, a presentar una oferta*».

Lo que, es más, de la lectura del artículo se infiere que los operadores económicos que lo deseen no solo tendrán derecho a presentar solicitud de participación, sino que el órgano de contratación no podrá prescindir de ellos de forma arbitraria, y en caso de satisfacer los criterios de selección deberá invitar al operador económico en cuestión a presentar una oferta.

Con esta medida, tanto la directiva como el desarrollo reglamentario estudiado pretenden acabar con la opacidad, la rigidez y la arbitrariedad que existía en los procedimientos de participación restringida en cuanto a la selección de los candidatos, que provocaba que operadores económicos igual o más preparados que los seleccionados se quedasen fuera de las licitaciones sin razón aparente, mermando la competitividad y por tanto la calidad y eficiencia final del contrato.

2. LA INSISTENCIA EN UN PROCEDIMIENTO NEGOCIADO CON NEGOCIACIÓN

Siguiendo la dirección marcada por la Directiva 2014/24/UE, el Reglamento 2015/1929, siguiendo la estela marcada por el TJUE[3] y las Nuevas directivas, da especial importancia al procedimiento negociado, y especialmente a la parte de la negociación, a la que, en la práctica, y de forma paradójica, se ha tendido a marginar en el procedimiento hasta llegar a prescindir de ello en algunos casos.

3. Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2011, *Evropaïki Dynamiki contra el Banco Central Europeo* (C-401/09 P).

Este problema, además de por el TJUE, ya había sido puesto de manifiesto por diferentes investigadores y tribunales administrativos de nuestro país. Así, diferentes autores han insistido durante los últimos años en que la negociación constituye el elemento esencial de un procedimiento negociado[4], y que por tanto debe existir una efectiva negociación para su correcta celebración, algo que debe tenerse muy en cuenta si consideramos la apuesta que la UE ha realizado en los últimos años por el procedimiento negociado[5], que culmina con la Directiva 2014/24/UE, que prácticamente lo convierte en el procedimiento común.

En el mismo sentido se han pronunciado los tribunales administrativos de contratos públicos españoles. Así, a modo de ejemplo, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en su acuerdo 10/2013, anula la propuesta de adjudicación de un contrato negociado sin publicidad en razón de la inexistencia de negociación alguna en el desarrollo del procedimiento[6].

Todo esto muestra una tendencia en el derecho comunitario y nacional hacia un mayor y mejor uso del procedimiento negociado, por lo que no puede extrañarnos que en la nueva redacción del artículo 104.4, el Reglamento 2015/1929 especifique, de manera explícita, que «*en todos los procedimientos en que haya negociación, el órgano de contratación negociará con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores o partes de las mismas, salvo las ofertas definitivas, con el fin de mejorar su contenido*», si bien añade una excepción que permite adjudicar el contrato sin negociación, al igual que hace la Directiva 2014/24/UE en su artículo 29.4, cuando establece que «*los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad*».

4. Gimeno Feliu, J. M. «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en AEPDA (coord. Sala Arquer, J. M)., *X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Universidad Rey Juan Carlos: febrero de 2015. Págs. 12-16.

5. Moreno Molina, J. A. «La apuesta por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública». En: Observatorio de Contratación Pública. 23 de abril de 2012. Disponible en: *http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/relcategoria.121/relmenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1*.

6. En este mismo sentido, véase: Resolución no 050/2011 de 24 de febrero de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; El Informe 21/97, de 14 de julio de 1997 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa; El Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

3. LA CONTRATACIÓN CONJUNTA E INSTITUCIONAL

Otra de las novedades introducidas por el Reglamento financiero 2015/1929 es que prevé la posibilidad de que, por razones de eficiencia y siempre que la medida tenga consecuencias positivas en este sentido, se puedan celebrar contratos –tanto el procedimiento de licitación como la gestión de los mismos de manera interinstitucional (artículo 104.bis.1)–.

Además, en su artículo 104.bis.2 se concreta que dichos contratos podrán llevarse a cabo entre instituciones de la UE e instituciones nacionales de los estados miembros de la UE. Para celebrar contratos interinstitucionales con los Estados de la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio), así como con países candidatos a la adhesión a la Unión, debe estar esta posibilidad específicamente prevista en un tratado bilateral o multilateral.

Por último el mencionado artículo establece que en estos casos se aplicarán las disposiciones procedimentales aplicables a la institución europea, si bien «*en los casos en que la parte correspondiente o gestionada por el órgano de contratación de un Estado miembro en el valor calculado total del contrato sea igual o superior al 50 %, o en otros casos debidamente justificados, la institución podrá decidir la aplicación de las normas procedimentales propias del órgano de contratación de un Estado miembro para contrataciones conjuntas, siempre que dichas normas puedan considerarse equivalentes a las de la institución*».

III. LAS CAUSAS Y CRITERIOS DE EXCLUSIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS

En la nueva redacción de los artículos 106, 107 y 108, el Reglamento Financiero amplía notablemente la regulación del mismo sobre las causas de exclusión de licitadores, su proceso de detección, su aplicación y sus sanciones.

Las primeras novedades introducidas las observamos en las causas de exclusión recogidas en el artículo 106.1. En primer lugar, algunas de las causas ya recogidas en la anterior redacción adquieren una nueva expresión para adaptarlas al articulado de las nuevas Directivas 2014. Así sucede con el estado de insolvencia económica (art. 106.1.a)[7], el incum-

7. – Antigua redacción del 106.1.a): «*que estén incursos en un procedimiento de quiebra, liquidación, intervención judicial o concurso de acreedores, cese de actividad o en cualquier otra situación similar resultante de un procedimiento de la misma naturaleza vigente en las legislaciones y normativas nacionales*».
– Nueva redacción del artículo 106.1.a): «*que el operador económico haya quebrado, o*

plimiento de las obligaciones de pago a la seguridad social (106.1.b)[8], o la declaración de culpabilidad por sentencia firma de fraude, corrupción, participación en organización delictiva, blanqueo de capitales, terrorismo o trabajo infantil (art.106.1.d)[9]. Cabe destacar algunos aspectos en cuanto a las novedades que presentan los citados artículos:

– La exclusión por insolvencia está prevista en la Directiva 2014/24/UE en su artículo 57.4.b), de modo que opera de manera opcional

esté sometido a un procedimiento de insolvencia o liquidación, si sus activos están siendo administrados por un liquidador o por un tribunal, si se halla en concurso de acreedores, si sus actividades empresariales han sido suspendidas o si se encuentra en cualquier situación análoga, resultante de un procedimiento de la misma naturaleza en virtud de disposiciones legales o reglamentarias nacionales».

8. – Antigua redacción (artículo 106.1.d) del Reglamento n.º 966/2012): «*que no estén al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social o en el pago de impuestos de acuerdo con las disposiciones legales del país en que estén establecidos, del país del órgano de contratación o del país donde deba ejecutarse el contrato*».
– Nueva redacción (art. 106.1.b) Reglamento 2015/1929: «*se haya establecido mediante sentencia firme o decisión administrativa definitiva que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social, de conformidad con el Derecho del país en el que esté establecido, con el del país en que esté situado el órgano de contratación o con el del país donde se ejecute el contrato*».

9. – Antigua redacción (art. 106.1.e) del Reglamento n.º 966/2012): «*que, ellos mismos o las personas con poderes de representación, de decisión o de control sobre ellos, hayan sido condenados, mediante sentencia firme, con fuerza de cosa juzgada, por fraude, corrupción, participación en una organización delictiva, blanqueo de capitales o cualquier otra actividad ilegal que suponga un perjuicio para los intereses financieros de la Unión*».
– Nueva redacción: «*se haya establecido mediante sentencia firme que el operador económico es culpable de cualquiera de los siguientes actos:*
i) fraude, en el sentido del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas establecido por el Acto del Consejo de 26 de julio de 1995,
ii) corrupción, según se define en el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, establecido por el Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997, y en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, así como corrupción de conformidad con la ley del país en que esté situado el órgano de contratación o las del país en el que esté establecido el operador económico o las del país donde se ejecute el contrato,
iii) participación en una organización delictiva, según se define en el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo,
iv) blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, según se definen en el artículo 1 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,
v) delitos de terrorismo o delitos ligados a las actividades terroristas, según se definen, respectivamente, en los artículos 1 y 3 de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, o incitación, inducción, complicidad o tentativa de comisión de dichos delitos, tal como se contempla en el artículo 4 de la citada Decisión,
vi) trabajo infantil u otras formas de trata de seres humanos, tal como se definen en el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo».

para que los Estados Miembros puedan hacerla preceptiva o no, mientras que de acuerdo con el Reglamento 2015/1929, sí que será causa de exclusión preceptiva para los contratos celebrados por instituciones europeas.

– Para apreciar la causa de exclusión por incumplimiento de las obligaciones con la seguridad social, será preciso que se haya declarado por sentencia firme o decisión administrativa definitiva, mientras que la Directiva 2014/24/UE preveía como suficiente que el poder adjudicador «*tuviera conocimiento*» de que se había producido el hecho en cuestión.

– La última causa de exclusión mencionada, relativa a la corrupción, fraude, etc., se ha redactado de una forma más detallada y pormenorizada que facilitará su aplicación práctica, si bien no se realizan cambios sustanciales en cuanto al contenido.

Especial mención requiere la nueva redacción de los apartados c) e) y f) del artículo 106.1.

El primero de ellos, relativo a la falta de ética profesional grave, al igual que ocurría con la insolvencia, está recogida en la Directiva 2014/24/UE con una causa de exclusión opcional para los Estados Miembros, mientras que en el Reglamento deviene preceptiva, y reviste algunas novedades destacables respecto de la anterior redacción:

– En primer lugar, que dicha causa de exclusión estaba recogida en los apartados b) –delito de ética profesional– y c) –falta profesional grave– del Reglamento n.º 966/2012, y el nuevo artículo 106.1.c) aúna ambos supuestos al establecer la exclusión por «*falta de ética profesional grave por haber infringido la legislación o la reglamentación aplicable o las normas deontológicas de la profesión, o por cualquier conducta ilícita que afecte significativamente a su credibilidad profesional, cuando dicha conducta denote un propósito doloso o negligencia grave*».

– Se elimina el supuesto del apartado c) del antiguo artículo 106.1 del Reglamento, según el cual bastaba para apreciar falta profesional grave, que esta fuera «debidamente constatada» por el órgano de contratación, debiendo haber sido, como se ha expresado anteriormente, declarada por sentencia firme o decisión administrativa definitiva.

– Se añade una lista no exhaustiva de conductas que revestirían un caso de falta de ética profesional grave[10].

10. La lista es la siguiente:
i) tergiversar de forma fraudulenta o por negligencia la información exigida para ve-

Los otros dos apartados mencionados anteriormente –e) y f) del art.106.1–, suponen una total novedad con respecto al anterior articulado.

El primero de ellos –apartado e)– establece que un operador económico será excluido cuando «*haya mostrado deficiencias significativas en el cumplimiento de las principales obligaciones durante la ejecución de un contrato financiado a cargo del presupuesto que hayan dado lugar a la terminación anticipada o a una indemnización por daños y perjuicios o a la imposición de otras penalizaciones, o que han sido descubiertas a raíz de controles, auditorías o investigaciones llevados a cabo por un ordenador, por la OLAF o por el Tribunal de Cuentas*». Esta causa de exclusión, que como mencionamos era inexistente en la anterior redacción, supone la aplicación obligatoria de la causa de exclusión opcional recogida por la Directiva en su artículo 57.4.g).

La segunda de las novedades, que ni siquiera las nuevas Directivas prevén, es la exclusión cuando se haya «*establecido mediante sentencia firme o decisión administrativa definitiva que el operador económico ha cometido una irregularidad en el sentido del artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 del Consejo*», es decir, que se haya cometido una irregularidad consistente en la violación del derecho comunitario con efecto nocivo para el presupuesto de la UE.

Un último punto a destacar en cuanto a los criterios de exclusión es que, en principio, todos ellos van referidos al operador económica como persona jurídica, a diferencia de lo que ocurría con la anterior redacción, y es el apartado 4 del artículo 106 el que se encarga de ampliar la aplicación de las causas de exclusión a aquellos casos en que sea una persona miembro del órgano de administración, dirección o vigilancia del operador económico la que incurra en causa de exclusión. Las causas de exclusión c) a f) –falta de ética profesional grave, delito de fraude, corrupción, etc., deficiencias significativas en la ejecución de un contrato anterior, o violación del derecho comunitario con efecto nocivo para los presupuestos– serán siempre aplicables a las personas físicas o jurídicas anteriormente mencionadas, mientras que los apartados a) y b) únicamente constituirán causa de exclusión aplicados a personas físicas cuando la persona en

---

rificar la inexistencia de motivos de exclusión o para el cumplimiento de los criterios de selección o para la ejecución del contrato,
ii) celebrar con otros operadores económicos un acuerdo con el fin de falsear la competencia,
iii) vulnerar los derechos de propiedad intelectual,
iv) intentar influir en el proceso de toma de decisiones del órgano de contratación durante el procedimiento de contratación,
v) intentar obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de contratación.

cuestión «*asuma la responsabilidad ilimitada por las deudas de dicho operador económico*».

Pero probablemente una de las novedades más relevantes introducidas por el reglamento es el de un procedimiento dirigido a dictaminar cuándo debe apreciarse una causa de exclusión y cuándo no en los casos en los que no existe sentencia firme ni decisión administrativa definitiva, aunque conviene subrayar que este procedimiento de exclusión no será de aplicación a los apartados a), b) y f) del artículo 106.1.

En su artículo 106.2 el Reglamento 2015/1929 establece que, de no existir sentencia firme o decisión administrativa al respecto, y excluyendo los supuestos anteriormente citados, «*el órgano de contratación excluirá a un operador económico sobre la base de una calificación jurídica preliminar [...] teniendo en cuenta los hechos y conclusiones que figuren en la recomendación del panel a que se refiere el artículo 108*» (art.102.1).

Es decir, se crea un procedimiento alternativo para la declaración de la existencia de causas de exclusión para aquellos casos en los que, existiendo indicios de una determinada conducta o situación causa de exclusión, no existe sentencia firme ni decisión administrativa definitiva al respecto.

El primer requisito, por tanto, para poner en marcha el mencionado procedimiento, es la existencia de determinada información, hechos, o conclusiones que indiquen la existencia de una causa de exclusión. Los hechos que podrán dar lugar al inicio del procedimiento están recogidos en los artículos 106.2 y 108.2 del Reglamento.

Así, el artículo 106.2 establece, en su apartado cuarto, que «*los hechos y las conclusiones a que se refiere el párrafo primero incluirán, en particular:*

a) hechos constatados en el marco de auditorías o investigaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas, la OLAF o una auditoría interna, o cualquier otro examen, auditoría o control llevado a cabo bajo la responsabilidad del ordenador;

b) decisiones administrativas no definitivas que pueden incluir medidas disciplinarias adoptadas por el organismo de supervisión competente responsable de verificar la aplicación de las normas de ética profesional;

c) decisiones del BCE, del BEI, del Fondo Europeo de Inversiones o de organizaciones internacionales;

d) decisiones de la Comisión en relación con el incumplimiento de las normas de competencia de la Unión o de una autoridad nacional competente en relación con el incumplimiento de las normas de competencia nacionales o de la Unión».

En este mismo sentido, el artículo 108.2 establece que la detección de

situaciones que puedan dar lugar a causas de exclusión se basará en la información otorgada a la Comisión por:

«*a) la OLAF, de conformidad con el Reglamento (UE, Euratom) no 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (*), cuando una investigación de la OLAF en curso ponga de manifiesto que podría ser oportuno adoptar medidas cautelares para proteger los intereses financieros de la Unión, teniendo debidamente en cuenta el respeto de los derechos procesales y fundamentales y la protección de los denunciantes de irregularidades;*

b) un ordenador de la Comisión, de una oficina europea creada por la Comisión o de una agencia ejecutiva en caso de presunción de irregularidades, falta profesional grave, fraude, corrupción o incumplimiento grave del contrato;

c) una institución, agencia u oficina europeos, distintos de los referidos en la letra b) del presente apartado, o un órgano en los casos de presunción de falta profesional grave, irregularidad, fraude, corrupción o incumplimiento grave del contrato;

d) las entidades que ejecutan el presupuesto de conformidad con el artículo 59 del presente Reglamento en casos de detección de fraude y/o irregularidades, cuando así lo establezcan las normas sectoriales correspondientes;

e) las entidades que ejecutan el presupuesto de conformidad con el artículo 60 del presente Reglamento en casos de detección de fraude y/o irregularidades».

De esta forma en caso de que no exista sentencia firme ni decisión administrativa definitiva, únicamente a través de estas informaciones e indicios podría iniciarse el procedimiento de detección de causas de exclusión alternativo anteriormente citado.

La información transmitida a la Comisión por los órganos anteriores deberá contener, tal y como expresa el artículo 108.3, debe incluir: la identificación del operador económico de que se trate, un resumen de los riesgos detectados o de los hechos en cuestión; información que pueda ayudar al ordenador a realizar la verificación; en su caso, las medidas especiales que sean necesarias para garantizar la confidencialidad de la información transmitida.

En base a estas informaciones, que serán transmitidas por la Comisión a los ordenadores y agencias ejecutivas de todas sus instituciones, que a su vez se encargarán de ponerlo en conocimiento de los poderes adjudicadores que proceda (art.108.4), el órgano de contratación podrá dar inicio al procedimiento (art.108.5) con la formación de un panel que será el encargado de otorgar la recomendación que legitimará la exclusión y posible sanción del operador económico, y el cual estará compuesto por un

presidente permanente, independiente y de alto nivel, dos representantes de la Comisión, y un representante del órgano de contratación (art. 108.7).

En primer lugar, «*el órgano de contratación remitirá el caso al panel, junto con la información necesaria a que se refiere el apartado 3 del presente artículo, los hechos y conclusiones a que se refiere el artículo 106, apartado 2, y la supuesta situación de exclusión*» (art.108.8.a).

A continuación, el panel transmitirá al órgano de contratación una calificación jurídica preliminar en la que podrá incluir la de causa de exclusión y una posible sanción pecuniaria (art.108.b). El órgano de contratación podrá presentar observaciones ante dicha calificación previa (108.8.c), antes de que el panel se pronuncie en su recomendación final sobre la posible causa de exclusión, que en todo caso deberá darse dentro de los 45 días siguientes a la recepción de la solicitud presentada por el órgano de contratación (art.108.8.f).

La recomendación del panel que contemple la exclusión del operador económico en cuestión y/o su posible sanción contendrá, tal y como expone el artículo 108.9, los siguientes elementos:

«*a) los hechos o conclusiones a que se refiere el artículo 106, apartado 2, y su calificación jurídica preliminar;*

b) una evaluación de la necesidad de imponer una sanción pecuniaria y su cuantía;

c) una evaluación de la necesidad de excluir al operador económico en cuestión y, en tal caso, la duración de la exclusión propuesta;

d) una evaluación de la necesidad de publicar la información referente al operador económico al que se ha excluido y/o se ha impuesto una sanción pecuniaria;

e) una evaluación de las medidas correctoras adoptadas, en su caso, por el operador económico».

El órgano de contratación tomará la decisión de excluir y/o sancionar al operador económico en cuestión siguiendo las conclusiones y las recomendaciones del panel, si bien podrá tomar una decisión más rigurosa siempre que se respete el derecho a ser oído y se respeten las normas de protección de datos personales (último párrafo del art. 108.9).

De modo contrario, el órgano de contratación podrá no excluir al operador económico, en contra de la recomendación del panel, cuando (art. 106.7):

«*a) el operador económico haya tomado las medidas correctoras especificadas en el apartado 8 del presente artículo, demostrando así su fiabilidad. Esto no será aplicable en el caso a que se refiere el apartado 1, letra d), del presente artículo;*

b) sea indispensable garantizar la continuidad del servicio, durante un tiempo limitado y a la espera de la adopción de las medidas correctoras especificadas en el apartado 8 del presente artículo;

c) dicha exclusión sea desproporcionada, sobre la base de los criterios a que se refiere el apartado 3».

Cabe destacar que cualquier decisión respecto de la exclusión de un operador económico será revisada de oficio o a petición del operador económico excluido, cuando este último haya adoptado medidas correctoras (art. 106.9), e igualmente, cuando se notifique la existencia de sentencia firme o decisión administrativa definitiva al respecto (art. 106.2).

Pero además de estas dos vías para declarar una causa de exclusión –sentencia firme o decisión administrativa, y panel de expertos– el artículo 106.6 contempla una excepción que permitirían la exclusión, a modo de medida cautelar, de un operador económico sin sentencia firme, decisión administrativa definitiva, ni necesidad de acudir a la recomendación del panel (eso sí, siempre limitado, como ocurría en esta última posibilidad, a las causas de exclusión que contienen los apartados c), d), e), y f) del artículo 106.1), «*cuando la participación del operador económico en cuestión en el procedimiento de contratación pública suponga una amenaza grave e inminente para los intereses financieros de la Unión*». Sin embargo, no deja de ser una medida provisional, ya que el mismo artículo añade que «*en estos casos, el órgano de contratación pondrá el asunto en conocimiento del panel y adoptará una decisión definitiva a más tardar catorce días después de haber recibido la recomendación del panel*».

El resto de apartados del artículo 106 incluyen algunos aspectos que concretan y facilitan la labor de identificación de las causas de exclusión, así como su posible corrección, como:

– Una lista no exhaustiva de medidas que podrá aplicar el operador económico para intentar corregir su exclusión (artículo 106.9)[11].

– La declaración que deberá hacer el licitador en el momento de pre-

11. «*a) medidas para determinar el origen de las situaciones que dan lugar a la exclusión y medidas técnicas, organizativas y de personal concretas en el sector de actividad del operador económico que resulten apropiadas para corregir la conducta y evitar que vuelvan a producirse;*
b) la prueba de que el operador económico ha tomado medidas para compensar o reparar el perjuicio o daño causado a los intereses financieros de la Unión por los hechos que han dado origen a la situación de exclusión;
c) la prueba de que el operador económico ha pagado o ha garantizado el pago de la sanción pecuniaria impuesta por la autoridad competente, o de los impuestos o cotizaciones a la seguridad social a que se refiere el apartado 1, letra b)».

sentar su oferta, indicando si se encuentra o no incurso en una causa de exclusión (art. 106.10).

- La información que deberá aportar, a petición del órgano de contratación, cualquier operador económico (art. 106.11).
- La posibilidad de aplicar las causas de exclusión a los subcontratistas (art. 106.12).
- La posibilidad de imponer sanciones pecuniarias alternativas o adicionales a la exclusión (art. 106.13).
- La duración y la prescripción de la exclusión (arts. 106.14 y 106.15).
- Medidas adicionales de publicidad de la exclusión con intención disuasoria (arts. 106.16 y 106.17).

En definitiva, el nuevo Reglamento financiero 2015/1929 introduce todo un novedoso y completo sistema de causas de exclusión y de métodos de detección y determinación de las mismas, que amplía los preceptos de las Directivas 2014, y entre cuyas medidas podemos destacar un novedoso sistema alternativo a la declaración por sentencia firme o decisión administrativa definitiva basado en una recomendación del panel, a la vez que se endurecen algunos de los criterios de exclusión contemplados en la Directiva 2014/24/UE como opcionales, que pasan a ser de obligatoria aplicación para las instituciones de la Unión.

IV. EJECUCIÓN Y MODIFICACIONES DEL CONTRATO

En este apartado, que constituye una de las más importantes novedades de las Directivas 2014, se añade el artículo 114.bis, que introduce algunas novedades en aplicación de las mismas.

Principalmente, las novedades más significativas son las recogidas en el apartado 3, que expone una lista exhaustiva de las situaciones en las que el órgano contratante estará autorizado a modificar el contrato sin necesidad de recurrir a un nuevo procedimiento de contratación pública.

Los supuestos en los que podrá modificarse el contrato son los siguientes:

a) para obras, suministros o servicios adicionales a cargo del contratista original que resulten necesarios y no estuviesen incluidos en la contratación original, a condición de que se cumplan las condiciones siguientes (se corresponde con el artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE):

i. *que no sea factible un cambio de contratista por razones técnicas relacionadas con los requisitos de intercambiabilidad o interoperabilidad con el equipo, servicios o instalaciones existentes,*

ii. *que un cambio de contratista suponga una importante duplicación de los costes para el órgano de contratación, y*

iii. *que ningún incremento del precio, incluido el valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones, supere el 50 % del valor inicial del contrato;*

b) cuando se cumplan las condiciones siguientes:

i. *que la necesidad de la modificación derive de circunstancias que un órgano de contratación diligente no hubiera podido prever, y*

ii. *que ningún incremento del precio supere el 50 % del valor inicial del contrato;*

Cabe destacar que, si bien el apartado a) es una transposición casi literal de las Directivas, en este segundo apartado b) se anula, en comparación con el artículo 72.1.c) de la Directiva 201424/UE, el requisito de que la modificación no altere la naturaleza global del contrato, de forma que entendemos que no es necesario cumplir este requisito para poder modificar un contrato en base al citado artículo 114.bis.3.b) del Reglamento 2015/1929.

c) cuando el valor de la modificación sea inferior a los umbrales siguientes (este apartado se corresponde casi literalmente con el artículo 72.2 de la Directiva 2014/24/UE, aunque, como ocurría en el apartado anterior, se suprime la exigencia de no alterar la naturaleza global del contrato):

i. *los umbrales a que se refiere el artículo 118, apartado 1, y los actos delegados adoptados de conformidad con el artículo 190, apartado 2, en el ámbito de las acciones exteriores en el momento de la modificación, y,*

ii. *el 10 % del valor del contrato inicial para los contratos de servicios públicos y suministros y los contratos de concesión de obras o de servicios y el 15 % del valor del contrato inicial para los contratos públicos de obras*;

d) cuando no se modifiquen los requisitos mínimos del procedimiento de contratación pública inicial. En tal caso, toda modificación subsiguiente del valor deberá ajustarse a las condiciones establecidas en la letra c) del presente párrafo, a menos que dicha modificación del valor obedezca a una aplicación estricta de los pliegos de la contratación o de las disposiciones contractuales.

Este último apartado constituye una aplicación del 72.4 de la Directiva 2014/24/UE, relativo a las modificaciones no sustanciales, si bien es cierto que el reglamento cambia la redacción. Así, podrán llevarse a

cabo aquellas modificaciones que «no modifiquen los requisitos mínimos del procedimiento de contratación inicial», lo que supone en la práctica agrupar en un apartado los tres requisitos exigidos en el artículo 72.4 de la Directiva[12]. A esto se añade la exigencia de que, en caso de realizarse una modificación al amparo de esta posibilidad, las eventuales sucesivas modificaciones deberán respetar los valores recogidos en el apartado c).

Por último, cabe destacar que se suprimen, en principio, los supuestos de modificación recogidos en los apartados a) y d) del artículo 72.1 de la Directiva.

Sin embargo, como ya hemos señalado anteriormente, el apartado d) del artículo 114.bis.3 del Reglamento acepta una interpretación amplia, de forma que podría considerarse que los supuestos en los que la Directiva acepta un cambio de contratista (art. 72.1.d) Directiva 2014/24/UE) son válidos bajo el amparo del mencionado apartado, al no modificar este «los requisitos mínimos del procedimiento de contratación pública inicial».

Algo parecido ocurre con el apartado a) del artículo 72.1 de la Directiva, que legitima las modificaciones siempre que no alteren la naturaleza global del contrato en tanto en cuanto estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación. Este artículo, que en principio paree suprimido en el Reglamento, se encuentra implícito en el apartado a) del artículo 114.bis.3. cuando expone que «para obras, suministros o servicios adicionales a cargo del contratista original que resulten necesarios y no estuviesen incluidos en la contratación original», ya que lo que se está diciendo de manera indirecta es que, de estar contemplados en la contratación original, estarían permitidos.

En definitiva, aunque cambia su redacción, en la práctica interpretativa, el artículo 114.bis del Reglamento supone una transposición casi exacta del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE.

12. Artículo 72.4 de la Directiva 2014/24/UE:
«a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;
b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;
c) que la modificación amplié de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;
d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d)».

V. CONCLUSIONES

El Reglamento 2015/1929, aunque ha pasado desapercibido para gran parte de la comunidad de contratación pública, presenta algunas modificaciones interesantes respecto a la aplicación y transposición de las Directivas comunitarias.

Aunque parte de sus modificaciones se reducen a un «trasplante» de artículos de la Directiva al Reglamento, otras representan una verdadera novedad legislativa, como sucede con el nuevo articulado relativo a las causas de exclusión, que introducen, entre otras novedades, un nuevo procedimiento de apreciación de causas de exclusión, que supone un importante paso adelante hacia un sistema de exclusión efectivo y flexible, que permita establecer un sistema de contratación más justo y eficiente. Estas medidas deberían ser tenidas en cuenta de cara a futuras elaboraciones normativas, ya que suponen, aunque solo el tiempo dirá si acertadas o no, una interesante y ambiciosa novedad en la materia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Cerrillo i Martínez, A., *El principio de integridad en la contratación pública: Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción,* Thomson Reuters Aranzadi, 2014

Gimeno Feliu, J. M. «Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública». En OBSERVATORIO CONTRATACIÓN PÚBLICA, *V Seminario de contratación pública*. Formigal, septiembre de 2014

– «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en AEPDA (coord. Sala Arquer, J. M.), *X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Universidad Rey Juan Carlos: febrero de 2015. Págs. 12-16

– «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España». En Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa. Curso de verano sobre «Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea». Oporto, 7 de septiembre de 2015

Moreno Molina, J. A. «La apuesta por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública». En: Observatorio de Contratación Pública. 23 de abril de 2012. Disponible en: *http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/relcategoria.121/relmenu.3/chk.684ee71d-718b8e76aa58a4b78b4623d1*.

– «El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación». En: *Observatorio de Contratación Pública*. 20 de marzo de 2015

PRO/CNMC/001/15: Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 5 de febrero de 2015.

VII. JURISPRUDENCIA

– Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2011, *Evropaïki Dynamiki contra el Banco Central Europeo* (C-401/09 P).

– Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, acuerdo 10/2013.

– Resolución no 050/2011 de 24 de febrero de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

– Informe 21/97, de 14 de julio de 1997 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

– Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Capítulo 11

O impulso da utilização de meios electrónicos nas novas directivas de contratação pública

Durval Tiago Ferreira

Advogado
Mestre e Doutorando em contratação pública
Docente do Ensino Superior e Investigador do CEDU, REDICOP e PLAN

SUMARIO: I. INTRODUÇÃO. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 1. *Até à reforma de 2004*. 2. *Da reforma de 2004 em diante*. III. A UTILIZAÇÃO DE MEIOS ELECTRÓNICOS NAS NOVAS DIRECTIVAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA. IV. CONCLUSÕES.

I. INTRODUÇÃO

O quadro legal da contratação pública, atenta a crescente importância dos contratos públicos na economia global, tem sofrido uma evolução vertiginosa, quer na legislação europeia, quer nas legislações individuais de cada um dos Estados-Membros.

Se há pouco mais de uma década, o direito da contratação pública nem sequer se assumia como um verdadeiro ramo de direito autonomizável do direito administrativo, na actualidade, assume um papel fundamental na regulamentação dos procedimentos, de formação, da execução e do contencioso dos contratos públicos, que representam já cerca de 20 % do Produto Interno Bruto europeu[1].

1. Segundo os dados do documento de trabalho da Comissão Europeia, *Measurement of Indicators for the economic impacto f public procurement policy*, *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf* e do documento: «Public Procurements Indicators 2009», Comissão Europeia (DG Mercado Interior), 11 de Novembro de 2010, *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_enpe-df*. Importa salientar que a importância dos contratos públicos varia consoante os diferentes países. Assim, inicia-se nos 11, 1 % registados na Grécia, aos 18, 5 % da

Este número expressa, por si só, a importância de um *corpus iuris* comunitário que deve servir para o aprofundamento do mercado interno e para consolidar um modelo de relações contratuais orientado para a máxima eficiência dos fundos públicos. Para este desiderato, os princípios gerais da contratação pública, como os da igualdade de tratamento, da não discriminação, da transparência ou da concorrência, constituem a coluna vertebral de todo o sistema dos contratos públicos.

E como veremos no presente artigo, o recurso aos meios electrónicos na contratação pública vai interferir com os objectivos de cada um destes princípios, assumindo-se como uma ferramenta essencial à prossecução de cada um deles e, por via indirecta, ao aprofundamento do mercado único[2].

Nos inícios de 2014, a União Europeia aprovou um novo pacote legislativo –o quarto– relativo à contratação pública, com um prazo de transposição de dois anos, figurando, de entre diversas novidades, a obrigatoriedade imposta aos Estados, ainda que faseada, de utilização dos meios digitais nas compras públicas e o aumento de procedimentos cuja tramitação pressupõe, em exclusivo, essa utilização[3].

Ou seja, a par da crescente importância do *public procurement* no mercado único europeu, assiste-se à constante preocupação, por parte das autoridades comunitárias, de impor a utilização de meios electrónicos; no pressuposto de que a contratação eletrónica é hoje consensualmente aceite como um instrumento poderoso de simplificação dos processos de adjudicação, de redução dos custos e de produção de melhores resultados em matéria de contratos públicos (preço mais baixo, melhor qualidade),

---

Espanha, 19, 3 % da França ou os 30, 9 % da Holanda. O valor estimado dos contratos que não ultrapassam os limiares comunitários de aplicação das directivas de contratos públicos cifra-se em cerca de 102 biliões de euros ao nível da União Europeia; cfr. o documento de trabalho da Comissão: *Annual Public Procurement Implementation Review* 2012, (SWD(2012) 342 final, de 9 de Outubro de 2012, pág. 15.

2. Na definição avançada pelo *Livro Verde relativo ao alargamento da utilização da contratação pública electrónica na União Europeia*, de 18 de Outubro de 2010, a contratação pública electrónica designa, de uma forma geral, a substituição dos procedimentos em suporte papel pela comunicação e processamento com base nas tecnologias de informação, em todas as fases da contratação pública. Implica a criação de processos electrónicos compatíveis com as diferentes fases de um processo de contratação – publicação dos anúncios de concurso, fornecimento do caderno de encargos, apresentação de propostas, avaliação, adjudicação, encomenda, facturação e pagamento.

3. Este novo pacote europeu é constituído por três directivas: 2014/23/UE, de 23 de Fevereiro, relativa às concessões; 2014/24/UE, de 23 de Fevereiro, relativa aos sectores clássicos e 2014/25/UE, relativo aos denominados sectores especiais (água, energia, serviços postais e transportes).

incentivando uma maior concorrência em todo o mercado único. E que pode também contribuir para vencer dois dos principais desafios que a economia europeia enfrenta atualmente: a necessidade de maximizar a eficiência das despesas públicas num contexto de restrição orçamental e a necessidade de encontrar novas fontes de crescimento económico.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. ATÉ À REFORMA DE 2004

Seguindo o impulso inicial da administração Clinton/Gore decorrente da execução do programa *National Information Infrastructure* (NII), a União Europeia adoptou, desde o início dos anos 90, um conjunto de novas políticas dedicadas a promover o desenvolvimento da denominada «sociedade de informação».

Esta visão europeia surge num cenário global de competição directa com os EUA e o Japão para a liderança tecnológica da «era da informação». A criação de uma sociedade de informação tornou-se, assim, uma área prioritária na agenda política europeia, sendo alvo de esforços políticos continuados para a implementação de inúmeras iniciativas em todos os níveis das autoridades públicas da União.

A primeira iniciativa europeia concretizou-se em 1993, com a publicação do *Delors White Paper* sobre crescimento, competitividade e emprego, no qual as autoridades europeias enfatizaram a importância das políticas tecnológicas, focando-se na luta contra o desemprego e na defesa do ambiente. Com essa mudança, em ruptura com as políticas tecnológicas anteriores de benefício às grandes empresas, «*[t]he emphasis on the societal aspects of new information and communications technologies would require competence in a much wider range of policymaking (rather than just technology policy) at the European level in order to govern the process of change throughout Europe*»[4].

No mesmo ano, o Conselho Europeu sentiu a necessidade de dispor de uma reflexão sobre as «infra-estruturas na esfera da informação» e atribuiu essa incumbência a um Grupo de Alto Nível liderado pelo Comissário Martin Bangemann.

Na Cimeira do Conselho Europeu, ocorrida a 24 e 25 de junho de 1994, em Corfu, na Grécia, é apresentado o Relatório «*Europe and the Global Information Society –Recommendations to the European Council–*», que ficou

4. *Growth, Competitiveness and Employment, The challenges and ways forward into 21.º century*, COM (93) 700, 5 de dezembro de 1993.

conhecido como o Relatório *Bangemann* e que marca a viragem da União Europeia para o desenvolvimento da sociedade da informação. Apoiando a visão apresentada pelo *Delors White Paper*, este documento perspectivou os impactos da sociedade da informação, interrogando-se sobre a coesão europeia e o fosso digital e apontando caminhos e estratégias para fazer avançar a Europa, atendendo à evolução tecnológica que já se fazia sentir[5].

O terceiro documento concretizou-se no Plano de Acção da Comissão Europeia, publicado em 1994, intitulado *Europe´s Way to the Information Society*, que se debruçou sobre as medidas específicas necessárias para o desenvolvimento da sociedade de informação na Europa. Por outra parte, este plano explicitou a aceitação de um *standard* tecnológico com origem nos EUA –a Internet e o protocolo TCP/IP– e o consequente abandono da procura de uma alternativa tecnológica europeia para a construção de uma infra-estrutura tecnológica. Embora ressalvando as especificidades culturais, sociais e políticas dos Estados-Membros, que condicionam o desenvolvimento e implementação das novas tecnologias, este documento apresentou-se como o ponto de partida para as reflexões que levaram posteriormente à apresentação de variado *soft law* sobre a matéria: comunicações, resoluções, livros verdes, documentos de trabalho, etc.

Neste contexto, a Comissão Europeia publicou, em 1996, o Livro Verde: «*Os Contratos Públicos na União Europeia. Pistas de Reflexão para o Futuro*», no qual se refere expressamente que chegou o momento de orientar a política comunitária dos contratos públicos para o futuro, fazendo-a beneficiar de todas as possibilidades abertas pelos progressos da tecnologia da informação[6].

5. «O Conselho Europeu considera que a actual revolução tecnológica na área da informação, sem precedentes na História, abre vastas possibilidades para o progresso económico, o emprego e a qualidade de vida, representando simultaneamente um importante desafio. O Conselho Europeu, tendo registado as conclusões do Grupo Bangemann, considera que a importância e complexidade das questões levantadas pela nova sociedade da informação justificam a criação de um *instrumento permanente de coordenação*, para garantir que as várias partes envolvidas –públicas e privadas– trabalhem no mesmo sentido. Esse instrumento de coordenação, a ser criado o mais rapidamente possível, deverá ter como base a nomeação, em cada Estado-Membro, de um *responsável a nível ministerial* para coordenar todos os aspectos da questão (políticos, financeiros e regulamentares) designadamente com o objectivo de garantir uma abordagem coordenada no Conselho. A Comissão procederá do mesmo modo».

6. Em 1998 conseguiu-se atingir alguns dos objectivos deste documento, como por exemplo, a publicação de anúncios de licitação em formato electrónico através da supressão da edição em papel da série S do JOUE e o envio electrónico dos anúncios de licitação à Comissão Europeia.

Dois anos volvidos, a mesma Comissão, num outro Livro Verde sobre a *Informação do Sector Público na Sociedade de Informação*, COM (1998) 585, considera que o surgimento das novas tecnologias de informação e comunicação facilitam o funcionamento dos procedimentos de contratação, tornando-os mais céleres e eficazes.

A Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, pela qual se estabelece um marco comunitário para a assinatura electrónica e a Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho, relativa a determinados aspectos jurídicos do comércio electrónico no mercado interno e ainda o projecto PEPPOL (*Pan European Public Procurement OnLine*) foram outros passos importantes em direcção a uma verdadeira sociedade de informação[7].

Em 23 de Setembro de 2003, é publicada a Comunicação da Comissão sobre *O Papel da Administração Electrónica no Futuro da Europa*, avançando com os conceitos de «administração em linha» ou *eGoverno*, definindo-o como a utilização das tecnologias da informação e das comunicações nas administrações públicas em combinação com mudanças organizativas e novas qualificações, com vista a melhorar os serviços públicos e os processos democráticos e reforçar o apoio às políticas públicas.

Os Conselhos Europeus de Lisboa e Santa Maria da Feira, ambos no ano 2000, deram origem, em 2004, à Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Plano de acção para a aplicação do quadro jurídico no domínio dos contratos de direito público por via electrónica*, (COM) 2004, 841 final; tendo em conta o novo regime legal introduzido pelas directivas de 2004[8].

7. A Comissão promoveu a aplicação de soluções para contratação eletrónica transfronteiriça através do PEPPOL [*Pan-European Public Procurement On-Line* (contratos públicos pan-europeus em linha)], um projeto-piloto parcialmente financiado pelo programa «Competitividade e Inovação» (PCI). Em 1 de setembro de 2012 foi criado um grupo denominado OPEN-PEPPOL, composto por entidades do sector público e privado, com vista a facilitar a implementação a nível europeu dos objectivos que presidiram ao PEPPOL (*http://www.peppol.eu/about_peppol/about-openpeppol-1*). Em Março deste ano eram já mais de 100 associados, de 18 países da União Europeia, EUA e Rússia.

8. «Se ha contratação pública em linha se generalizar, os governos poderão poupar até 5 % nas despesas e tanto os adquirentes como os fornecedores poderão poupar até 50-80 % nos custos de transacção. Apesar de ser difícil quantificar os benefícios da concorrência e da eficácia para a UE no seu todo, uma maior concorrência e maior eficácia nos mercados dos contratos públicos pode ter impacto –directo e indirecto– em toda a economia e desempenhar um papel importante para atingir os objectivos de Lisboa». *Plano de acção para a aplicação do quadro jurídico no domínio dos contratos de direito público por via electrónica*, (COM) 2004, 841 final.

2. DA REFORMA DE 2004 EM DIANTE

As preocupações quanto à implementação das compras públicas por via digital, vertidas nos diferentes documentos europeus, acabaram por ter também consagração nas directivas resultantes da denominada Reforma de 2004[9].

Por exemplo, o Considerando 35 da Directiva 2004/18/CE adianta que «Tendo em conta as novas tecnologias de informação e das comunicações, bem como a simplificação, que podem implicar em termos de publicidade dos contratos e de eficácia e transparência dos processos de adjudicação, importa colocar a utilização de meios electrónicos em igualdade de circunstâncias com a utilização dos meios clássicos de comunicação e de intercâmbio de informações. Tanto quanto possível, o meio e a tecnologia escolhidos devem ser compatíveis com as tecnologias utilizadas nos outros Estados-Membros».

Mas também no Considerando 12 se evidenciam as vantagens resultantes do recurso aos meios digitais, como o fomento da concorrência e a eficácia dos procedimentos, nomeadamente através da poupança de tempo e dinheiro. Porém, não se trata da generalização dos meios electrónicos, mas tão só de alguns procedimentos adjudicatórios, como os leilões electrónicos, os catálogos electrónicos ou os sistemas de aquisição dinâmicos.

O Considerando 37 e o art.º 42 deste diploma fazem uma referência específica à questão da segurança e confidencialidade nas compras electrónicas e à vantagem da utilização de assinaturas electrónicas com sistema de segurança avançado ou de regimes de acreditação voluntária[10].

9. As Directivas 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, relativa aos denominados sectores especiais (água, transportes, serviços especiais e energia) e a 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, relativa aos sectores clássicos.

10. O Considerando 36, por sua vez, asseverou que «o desenvolvimento de uma concorrência efectiva no domínio dos contratos públicos exige que seja dada publicidade a nível comunitário aos anúncios de contratos elaborados pelas entidades adjudicantes dos Estados-Membros», exigência que acabou por se contemplar nos artigos 35.º e ss. do articulado da mesma Directiva. Finalmente, o Considerando 39 assegurou que «a verificação da aptidão dos proponentes (...) e a respectiva selecção devem ser efectuadas em condições de transparência. Para tanto, importa indicar os critérios não discriminatórios que as entidades adjudicantes podem utilizar para seleccionar os concorrentes e os meios que os operadores económicos podem utilizar para provar que satisfazem tais critérios». Ou seja, «a adjudicação de um contrato deve realizar-se com base em critérios objectivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento e que garantam a apreciação das propostas em condições de concorrência efectiva».

O regime estabelecido nestas directivas para a concretização de metas quanto à implementação dos meios digitais não revestiu carácter obrigatório, limitando-se a demonstrar as vantagens e expectativas futuras quanto a esta utilização, o que fez com que a esmagadora maioria dos Estados-Membros, com excepção de Portugal (que a partir de 1 de Novembro de 2009, tornou obrigatória a utilização de meios electrónicos) não avançasse com verdadeiras medidas reformadoras[11].

Por sua vez, no comércio internacional, destaca-se a Convenção das Nações Unidas sobre contratação electrónica, de 25 de Novembro de 2005 –Resolução n.º 60/21–. Sem pretender imiscuir-se na legislação de cada Estado, pretendeu fixar-se um conjunto de regras aplicáveis à contratação internacional efectuada por meios electrónicos. O art.º 8.º da Convenção consagra que, a qualquer comunicação ou contrato celebrado, não poderá ser negada validade ou efeitos jurídicos pelo simples facto de o ter sido sob a forma de comunicações electrónicas, pressupondo: a) igualdade jurídica dos meios de comunicação; b) proibição de discriminação das comunicações realizadas por meios electrónicos.

Importa assinalar que a contratação pública electrónica pressupõe uma generalização da utilização de meios digitais por parte de toda a Administração. Não tem sentido que as compras públicas se façam através de meios electrónicos e as restantes actividades e serviços do Estado estejam numa outra etapa de sub-desenvolvimento tecnológico. Daí que, para além dos documentos que temos vindo a referir, directamente relacionados com a contratação pública, foram sendo publicados, pela União Europeia, um sem número de diplomas oficiais sobre a criação de uma verdadeira Administração digital[12].

11. O Decreto-Lei n.º 18/2008, de 31 de Janeiro veio a transpor para a legislação portuguesa as Directivas de 2004, e tornou-se um diploma inovador e tomado como exemplo ao nível da União na concretização de uma contratação pública verdadeiramente digital. Recorde-se que, conforme apresentado no Relatório sobre contratação pública electrónica em Portugal, relativo a 2010, nesse ano, cerca de 75 % dos procedimentos aquisitivos foram realizados através de meios eletrónicos, sendo que esta percentagem sobe para 91 % quando levamos apenas em linha de conta os procedimentos de valor superior aos limiares comunitários. O carácter não vinculativo das Directivas de 2004 quanto a esta matéria sofreu fortes críticas de alguma doutrina espanhola, apontando-o como uma das causas para o atraso do País na implementação das novas tecnologias nas compras públicas.

12. São exemplos, entre outros, a Comunicação da Comissão, de 1 de Junho de 2005, ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões intitulada *i2010 – Uma sociedade da informação europeia para o crescimento e o emprego*» COM (2005) 229 final; a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – *Relatório sobre a competitividade da Europa em matéria digital: principais resul-*

Como por exemplo: as Comunicações da Comissão sobre *Contratos públicos para um ambiente melhor* COM (2008) 0400) e *Think Small First. Um «Small Business Act» para a Europa* COM (2008) 0394). E ainda o Livro Verde da Comissão sobre o *alargamento da utilização da contratação pública electrónica na União Europeia*, COM (2010), 1214[13]. Há ainda a destacar a Resolução da Comissão sobre *Novos aspectos da política de contratação pública*, de 18 de Maio de 2010, o Livro Verde da Comissão sobre a *Modernização da Contratação Pública da União Europeia. Por um mercado europeu de contratação pública mais eficiente*, COM (2011) 0015 e as Resoluções do Parlamento Europeu, de 3 de fevereiro de 2009, sobre *Os Contratos Públicos em Fase Pré-comercial: Promover a Inovação para Garantir Serviços Públicos Sustentáveis de Alta Qualidade na Europa* e de 6 de abril de 2011, sobre *Um Mercado Único para Empresas e Crescimento*.

Neste último documento salienta-se que o plano de acção para a contratação pública electrónica não atingiu o seu objectivo e que é necessária mais liderança política a todos os níveis de governo –incluindo a nível da UE– para manter e acelerar a transição para a contratação pública electrónica. E pretende garantir que pelo menos 50 % das adjudicações de contratos públicos, tanto das instituições da UE como dos Estados-Membros, se realizem por via electrónica, em linha com o compromisso assumido em Manchester, em 2005, na Conferência Ministerial sobre a «administração em linha».

Merece uma atenção particular o relatório do Professor Mário Monti de 9 de Maio de 2010 sobre *Uma Nova Estratégia para o Mercado Único, Ao Serviço da Economia e das Sociedades Europeias*, no qual se expressa que o custo da não-Europa é significativo. «Segundo um estudo publicado pela *Copenhagen Economics, The Economic Impacto ofEuropean Digital Single Market, Final Report*, Março de 2010, a UE poderia aumentar o seu PIB em 4 % se incentivasse o desenvolvimento rápido do mercado único digital até 2020. Este número corresponde a perto de 500 mil milhões de euros, o que

tados da estratégia «i2010» entre 2005 e 2009, COM (2009) 390 final e a Comunicação da Comissão, de 17 de abril de 2008, ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – *Preparar o futuro digital da Europa – Avaliação intercalar da iniciativa i2010* COM (2008) 199 final.

13. E ainda: *Uma Agenda Digital para a Europa* COM (2010) 566; *União para a Inovação* COM (2010) 546; *Uma Política Industrial Integrada para a Era da Globalização*, COM (2010) 614; *Energia 2020*, COM (2010) 639; *Uma Europa que utilize eficazmente os seus recursos*, COM (2011) 21, as Comunicações da Comissão, *Normativa Inteligente na União Europeia* COM 2010 543; *Até uma Acta do Mercado Único. Por uma economia social de mercado altamente competitiva.50 propostas para, juntos, melhor trabalhar, empreender e fazer comércio*, COM (2010) 608; *Acta do Mercado Único, Doze prioridades para estimular o crescimento e reforçar a confiança*, de 13 de abril de 2011.

significa que esta via, por si só, poderia ter um impacto similar ao do programa do mercado interno de 1992. O mercado único em linha deve tornar-se o principal motor da agenda digital europeia e da transformação da Europa numa economia digital»[14].

Uma menção também para a Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de Outubro de 2011, sobre a *Modernização da Contratação Pública* [2011/2048 (INI)], que assinala o fracasso do plano de acção relativo à contratação electrónica, pugnando por uma maior interoperabilidade entre as plataformas electrónicas que já existem nos Estados-Membros e pelo aproveitamento dos resultados de iniciativas como o PEPPOL e o e-Certis, alertando-se para a necessidade de incluir estas matérias no próximo pacote de directivas.

Este processo de referências sucessivas à contratação electrónica, sem que a prática acompanhe as inúmeras intenções, evoluiu significativamente com a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Estratégia para a Contratação Pública Electrónica*, COM (2012) 179 final, onde se conclui que a economia europeia deve responder à necessidade de reduzir as despesas públicas e encontrar novas fontes de crescimento económico. A generalização da contratação pública eletrónica poderá contribuir para atingir estes objetivos. «A Comissão convida, por conseguinte, os Estados-Membros e o Parlamento Europeu a darem um sinal político claro da sua determinação em enfrentar este desafio, nomeadamente adotando o pacote legislativo revisto em matéria de contratos públicos antes do final deste ano, para que a transição para a contratação eletrónica integral seja alcançada com êxito na UE até meados de 2016»[15].

14. Destaque igualmente para os Pareceres do Comité das Regiões, de 11-12 de Maio de 2011, relativo ao Livro Verde sobre *A modernização da política de contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*; do Comité Económico e Social Europeu, de 13 de julho de 2011, relativo ao Livro Verde sobre *A modernização da política de contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa* e do Comité Económico e Social Europeu, de 13 de Julho de 2011, relativo ao *Livro Verde sobre a expansão da utilização da contratação pública electrónica na UE.*

15. No mesmo sentido, o Relatório encomendado pela Comissão Europeia a um grupo de peritos presidido por Edmund Stoiber e publicado sobre a forma de documento de trabalho em 12 de Fevereiro de 2012, SWD (2012) 423 final, sobre novas formas de redução de custos administrativos que vem propor a adopção de 74 medidas, das quais se destacam, no seu ponto 9, a relativa à utilização de meios electrónicos nas compras públicas.

III. A UTILIZAÇÃO DE MEIOS ELECTRÓNICOS NAS NOVAS DIRECTIVAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Como já afirmamos, a contratação pública constitui um dos sectores em que o desenvolvimento do direito administrativo da União Europeia chegou mais longe e, por conseguinte, em que a harmonização dos diferentes ordenamentos se tem registado com maior intensidade[16].

O vasto *corpus iuris* europeu relacionado com os contratos públicos é constituído por normas de direito originário e de direito derivado, bem como pela constante jurisprudência do Tribunal de Justiça, que as tem interpretado e cuja doutrina tem sido incorporada nas sucessivas directivas sobre estas matérias.

Volvida uma década sobre a publicação das Directivas 2004, o Mundo, a Europa e, em concreto, os mercados públicos, mudaram significativamente. Se bem que essas directivas significaram, à data, um avanço considerável, constatou-se que, com o decorrer dos anos, num contexto de crise económica e redefinição das políticas públicas, havia que criar um novo quadro legal ambicioso –tanto nos seus princípios, como na arquitectura jurídica– que pudesse responder eficazmente aos objectivos da estratégia Europa 2020.

No documento *Estratégia Europa 2020*, COM (2010) 2020 final, *Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo,* de 3 de Março de 2010, a Comissão apresenta como uma das sete iniciativas emblemáticas que visam estimular os progressos no âmbito de cada tema prioritário, a criação de uma «Agenda digital para a Europa» para acelerar a implantação da internet de alta velocidade e para que as famílias e as empresas possam tirar partido de um mercado único digital[17].

16. Para mais desenvolvimento sobre o tema, *vide* José António Moreno Molina e Alma Patrícia Domínguez Alonso, *in El Nuevo Derecho de la Unión Europea sobre Contratación Pública, La Contratación Pública a Debate: Presente y Futuro*, Civitas, Thomson Reuters, 2014 e José Maria Gimeno Feliu, *El Nuevo Paquete Legislativo Comunitário sobre Contratación Pública. De la Burocracia a la Estrategia, El Contrato Público como Herramienta del Liderazgo Institucional de los Poderes Públicos*, Thomson Reuters, Aranzadi, Zaragoza, 2014.

17. O Presidente da Comissão Europeia, Durão Barroso, assume, no prefácio a este documento, sem rodeios que, nos últimos dois anos, milhões de pessoas perderam o seu emprego. «Será necessário suportar durante muitos anos o peso da dívida gerada pela crise, da qual resultaram novas pressões sobre a nossa coesão social. A crise veio, por outro lado, revelar algumas verdades fundamentais sobre os desafios com que a economia europeia está confrontada. Entretanto, a economia global continua a avançar e a resposta que a Europa vier a dar será determinante para o nosso futuro». *Estratégia Europa 2020*, COM (2010) 2020 final, *Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo,* de 3 de março de 2010.

É pois neste contexto que são publicadas as três directivas de 2014, que assumem como grandes propósitos a modernização do sistema público de contratação, dotando-o de maior eficiência e a concretização de novas políticas públicas, que fomentem um maior crescimento num contexto de globalização económica[18]. Para a sua prossecução, a contratação electrónica assume-se como um instrumento fundamental e inevitável. Por um lado, no sentido da utilização de meios digitais na formação dos contratos públicos e, por outro, no sentido do recurso a procedimentos cuja conceptualização e tramitação são integralmente digitais, como os leilões electrónicos, os catálogos electrónicos ou os sistemas de aquisição dinâmicos[19].

Ora, os novos textos das directivas apresentam uma calendarização faseada quanto aos objectivos da implementação da contratação pública electrónica, que são claramente assumidos no Considerando 52 da Directiva 2014/24/UE: «Os meios electrónicos de informação e comunicação podem simplificar grandemente a publicação dos contratos e aumentar a eficiência e a transparência dos procedimentos de contratação (...) e deverão tornar-se os meios normais de comunicação».

Destarte, a partir de 18 de abril de 2016 torna-se obrigatório para os Estados-Membros o envio do anúncio e a sua publicação por via electrónica, assim como o acesso aos documentos dos procedimentos. A partir de 18 de abril de 2017, torna-se obrigatória a submissão de propostas por via electrónica, apenas para as centrais de compras. Finalmente, a partir de 18 de Outubro de 2018, as comunicações serão integralmente electrónicas em todas as fases do processo. Esta condição não pressupõe que os Estados-Membros não possam ser mais ambiciosos, antecipando os prazos e ela só inclui a fase de formação dos contratos, excluindo-se a obrigatoriedade de meios electrónicos na fase de execução dos contratos[20].

18. Este novo pacote europeu, como já referido, é constituído pelas Directivas: 2014/23/UE, de 23 de Fevereiro, relativa às concessões; 2014/24/UE, de 23 de fevereiro, relativa aos sectores clássicos e 2014/25/UE, relativo aos denominados sectores especiais. Sobre o tema, *vide* José Antonio Moreno Molina, *in Revista de La Contratación Administrativa y de los Contratistas*, n.º 129, «La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al derecho español», año 14, enero-febrero de 2014.

19. Cfr. «El impulso decisivo a la contratación pública electrónica por la Unión Europea, *in Revista de La Contratación Administrativa y de los Contratistas*, n.º 125, Francisco Javier Vázquez Matilla, año 13, mayo-junio de 2013 e «Inmediatez y régimen transitorio de la implantación obligatoria de la contratación pública electrónica en las nuevas Directivas sobre contratación pública», *in Revista de La Contratación Administrativa y de los Contratistas*, n.º 129, Francisco Jaime Pintos Santiago, año 14, enero-febrero de 2014.

20. Estas etapas foram definidas em 5 de setembro de 2013 pelo IMCO (*Committee on Internal Market and Consumer Protection of the European Parlamient*) e estão previstas no art. 90.º da Directiva 2014/24/UE. Para mais desenvolvimentos, cfr. «Génesis, re-

Outrossim, dentro do primeiro período, será obrigatória a utilização dos meios digitais nos procedimentos relativos aos sistemas dinâmicos de aquisição (art.º 34.º), aos leilões electrónicos (art.º 35.º) e aos catálogos electrónicos (art.º 36.º). Também nesta primeira fase, impõe-se a utilização dos meios digitais nos casos dos anúncios de pré-informação (art.º 48.º), nos anúncios de concurso (art.º 49.º) e nos de adjudicação de contratos (art.º 50.º), bem como nos art.º s 75.º, relativo aos serviços sociais e outros serviços específicos e 79.º quanto aos concursos de concepção. Todos devem seguir as regras previstas no art.º 51.º (redacção e modalidades de publicação dos anúncios). O art.º 53.º prevê a possibilidade das autoridades adjudicantes oferecerem, por via electrónica, o acesso livre, directo e completo aos documentos do concurso, a título gratuito, a partir da data de publicação do anúncio ou da data de envio do convite à confirmação de interesse. Este regime prevê duas excepções, consagradas nos art.º s 22.º, n.º 1 e 21.º, n.º 2, se estiverem em causa informações de natureza confidencial ou procedimentos que exijam a apresentação de documentos em suporte físico ou outro, incompatível com os meios digitais.

A segunda fase, obrigatória a partir de 18 de abril de 2017, aplica-se às centrais de compras, com previsão no art.º 37.º. Desta forma, os procedimentos de contratação realizados por uma central de compras, a partir desta data, deverão ser realizados através de meios electrónicos.

A terceira e última fase, conforme o disposto no art.º 90.º, n.º 2, iniciar-se-á a partir de 18 de Outubro de 2018, ou seja, todos os procedimentos devem fazer-se, em exclusivo, por via digital.

No art.º 22.º da Directiva 2014/24/UE, adiantam-se diferentes critérios para o recurso às tecnologias nas compras públicas. Assim, os meios a utilizar não podem ser discriminatórios, devendo ser compatíveis com os produtos de uso corrente no domínio das tecnologias de informação, não constituindo um entrave para os operadores económicos. Ou seja, devem pressupor que mesmo os operadores económicos mais pequenos, ou, em caso de pessoas físicas, portadoras de deficiência, consigam aceder com a mesma facilidade aos procedimentos de contratação. Por conseguinte, os casos em que as autoridades adjudicantes exijam ferramentas ou formatos electrónicos especiais, atenta, por exemplo, a complexidade do procedimento, devem ser absolutamente excepcionais e deverão figurar numa lista exaustiva. A Directiva faz ainda menção aos casos «excepcionais» em que se apresenta necessária a disponibilização de documentos em forma-

gulación y calendário obligatorio de la Contratación pública electrónica, Manuel Cano, *Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, n.º 137, Año 15, mayo-junio de 2015.

to não digital, como maquetes ou modelos físicos, ou ainda àqueles que pressupõe uma «natureza particularmente sensível das informações».

Outra questão controversa e que merece tratamento é a interoperabilidade dentro de cada Estado-Membro e entre os diversos Estados. Por exemplo, quanto à uniformização de formatos nos catálogos electrónicos, ou de processos técnicos e normas de transmissão de mensagens, impondo para tanto o recurso a normas específicas e, tanto quanto possível, uniformes e já existentes e do conhecimento do mercado[21].

Uma outra preocupação tem a ver com os níveis de segurança exigidos na tramitação electrónica, apontando-se para uma solução proporcional entre as exigências de identificação correcta e fiável dos remetentes e dos conteúdos e o risco de exigências desmesuradas que dificultem ou impeçam o acesso pleno aos procedimentos. A avaliação da intensidade da segurança exigida deve ter em conta o tipo e a complexidade do procedimento e do contrato a celebrar; devendo o nível de segurança ser mais baixo, por exemplo, na reapresentação de um catálogo electrónico ou no contexto de miniconcursos no âmbito de um acordo-quadro ou no acesso aos documentos de um concurso.

Um aspecto inovador das Directivas de 2014 é o denominado *Documento Europeu Único de Contratação Pública* (art.º 59.º) que não só significa uma simplificação para os operadores económicos, na medida em que substitui, num único documento, uma série de certificados que lhes eram exigidos, como é mais uma ferramenta digital, porquanto a sua apresentação deve ser feita em formato electrónico (atendendo aos prazos de transição previstos no art.º 90.º, n.º s 3 e 4)[22].

Merece ainda destaque a base de dados de certificados, prevista no art.º 61.º, também designada por *e-Certis*, cuja utilização será obrigatória

21. Se até ao ano 2008 as principais preocupações da Comissão a respeito da *e-Europe* eram, no essencial, combater a *info-exclusão* e promover a *segurança* e *confidencialidade* na utilização da internet, de 2009 em diante, o desafio principal passa pela garantia de *interoperabilidade* entre as administrações públicas, com vista a assegurar a melhoria dos serviços públicos e da contratação oferecida pelos diversos Estados. *Vide*, por todos, a *Comunicação da Comissão sobre a competitividade da Europa em matéria digital* e os principais resultados da *Estratégia i2010 entre 2005 e 2009*, de 4 de agosto de 2009 (COM (2009) 390 final). Neste sentido, em Portugal foi recentemente publicada a Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que regula a disponibilização e utilização das plataformas electrónicas de contratação pública, estabelecendo os requisitos e as condições a que as mesmas devem obedecer e a obrigação de interoperabilidade com o Portal dos Contratos Públicos e com outros sistemas de entidades públicas.

22. Foi recentemente publicado no Jornal Oficial da União Europeia o Regulamento de Execução (UE) n.º 2016/7 da Comissão, de 5 de Janeiro de 2016, que estabelece o formulário-tipo do Documento Europeu Único de Contratação Pública.

a partir de 18 de Outubro de 2018 (art.º 90.º, n.º 5). Trata-se de um sistema *on-line*, aberto, onde deverão constar todos os certificados a exigir aos operadores económicos, devendo as autoridades adjudicantes solicitar preferencialmente os certificados ou provas documentais aí registados; de maneira a evitar um número excessivo de certificados, consoante as entidades e/ou os procedimentos. É mais um passo na simplificação administrativa e na generalização da utilização de meios electrónicos nas contratação pública[23].

IV. CONCLUSÕES

As vantagens resultantes do recurso aos meios electrónicos nas compras públicas são consensualmente reconhecidas desde a década de 90 do século XX. Contudo, os resultados da contratação pública electrónica estão muito aquém das expectativas definidas na Declaração de Manchester. Em vez de 50 % em 2010, as transacções resultantes da contratação pública electrónica não representam, segundo estimativas da Comissão, mais de 5 % das despesas totais com contratos públicos.

Na verdade, foram precisas mais de 2 décadas para que, finalmente, fosse consagrada a obrigatoriedade da sua utilização.

E se bem que, à data da publicação dos primeiros documentos oficiais, as questões técnicas pudessem ser um obstáculo para uma digitalização generalizada dos procedimentos –até porque a internet dava ainda os primeiros passos– no início do presente século a evolução tecnológica já permitiria, com facilidade, uma contratação pública integralmente electrónica.

Prova disso foi o sistema instituído em Portugal, com a publicação do Código dos Contratos Públicos, em Janeiro de 2008, e que consagrou a informatização obrigatória dos contratos públicos a partir de Novembro de 2009[24].

23. O e-Certis é uma lista dos certificados e declarações que podem ser exigidos para admissão de um proponente ao processo de contratação e fixará critérios de equivalência em todos os Estados-Membros. Ganhar-se-á, assim, em clareza e segurança jurídica, especialmente nas candidaturas transfronteiriças, no que diz respeito aos certificados e declarações que possam ser exigidos pelos Estados-Membros. (Encontram-se disponíveis mais informações sobre e-Certis no sítio Web *Europa*, em *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procurement/e-certis/index_en.htm*).

24. Após a introdução da contratação eletrónica, um estudo realizado às compras efectuadas por 50 hospitais públicos portugueses concluiu que as reduções de preços de 18 % nos seus contratos de aprovisionamento. No total, estima-se que a passagem para a contratação eletrónica em Portugal terá gerado economias de cerca de 650 milhões de euros no primeiro ano, que poderiam ter atingido 1, 2 mil milhões de euros

Mas também noutros Países, embora não com a mesma profundidade, têm sido cada vez mais os exemplos de sucesso resultantes da digitalização dos procedimentos pré-contratuais.

Segundo Neelie Kroes, Vice-Presidente da Comissão Europeia, o Serviço Nacional de Saúde do Reino Unido poupará, até ao final de 2016, um montante aproximado de 1, 5 biliões de libras, resultante da utilização de novas tecnologias nas suas compras públicas.

No mesmo sentido, a Escócia já dispõe de um sistema de aquisições por via digital, que abarca mais de metade das entidades pertencentes ao sector público e cujos resultados têm permitido aforros na ordem dos 1, 2 biliões de libras. Este sistema denominado «Scottish Model», tem-se assumido como um instrumento fundamental para o crescimento económico, social e ambiental, bem como para o acesso das PME aos mercados públicos, de tal forma que quase metade dos contratos públicos (46 %) é celebrada com empresas com menos de 50 trabalhadores.

No País de Gales, o programa de contratação electrónica *XchangeWales*, gerou benefícios de 58 milhões de libras, apenas três anos após o seu lançamento (2011). Os custos de investimento no estabelecimento do programa foram recuperados em apenas um ano. Até 2012, o programa permitiu poupanças de cerca de 15 milhões de folhas de papel, o equivalente a 101 toneladas de CO2. Atualmente, encontram-se registados no sistema 56 000 fornecedores, tendo sido anunciados, por via eletrónica, um total de contratos que representam um valor aproximado de 18 mil milhões de libras.

Em 2013, a Irlanda, por iniciativa do ministro Brian Hayes, lançou o projecto de e-Governo, que passa pela utilização dos meios digitais de contratação pública, por parte de todas as entidades do sector público, até final de 2016. De acordo com os estudos do Governo irlandês, esta reforma implica uma poupança superior a 250 milhões de euros anuais.

Na Noruega, só no primeiro trimestre de 2014, foram lançados na plataforma *Ehandel* (que utiliza o sistema PEPPOL) cerca de 1, 4 milhões de convites/ anúncios, totalizando, até à data, mais de 2, 7 milhões. Este sistema tem contribuído para diminuir em 20 a 40 % o tempo necessário para o tratamento das encomendas, a recepção das mercadorias e a facturação e conduz a uma redução no preço de entrega da ordem dos 2 a 10 %[25].

---

se todas as autoridades contratantes tivessem aplicado integralmente a contratação eletrónica.

25. Um inquérito efectuado a um painel de gestores noruegueses indica que a utilização da contratação eletrónica: aumentou a participação de empresas estrangeiras (22 %

Finalmente, na vizinha Espanha os passos dados têm sido mais tímidos[26]. Um dos mais recentes exemplos é a Ley 20/2013, (9/12/13) *de garantia de la unidad de mercado*, veio reforçar o princípio (constitucional) da Unidade de Mercado, previsto no art.º 139 da Constituição espanhola, que impede a adopção de medidas que, directa ou indirectamente, afectem a liberdade de circulação e estabelecimento das pessoas e bens. Esta lei vem estabelecer a obrigatoriedade de publicidade dos procedimentos não só às entidades públicas, mas a todas as entidades adjudicantes, alterando a designação da Plataforma de Contratação do Estado, (prevista no art.º 334 do TRLCSP e agora no art.º 340 do Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 17 de abril de 2015) para Plataforma de Contratação do Sector Público.

Ou seja, segundo o regime previsto no *Anteproyecto* (art.º 340) passa a existir uma plataforma electrónica disponibilizada pela Direcção Geral do

dos inquiridos) e de PME (30 % dos inquiridos), resultou num maior número de propostas por concurso (74 % dos inquiridos), reduziu os custos de aquisição (70 % dos inquiridos) e reduziu em mais de 10 % o tempo gasto em cada proposta (73 % dos participantes).

26. A utilização dos meios electrónicos pelo Estado espanhol foi sendo implementada através de sucessivos diplomas legislativos, dos quais se destacam: a Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; a Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; a Ley 11/2007, de 22 de junio, de acesso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos; a Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que permite notificaciones electrónicas; o Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero que regula a utilização de técnicas electrónicas, informáticas e telemáticas pela Administração (derogado pelo Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre. Quanto ao diploma relativo aos contratos do sector público, Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), as referências aos meios electrónicos constam no art.º 53 – definição do perfil do contratante para efeitos de publicitação; no art.º 83, n.º 2 – certificados oficiais obtidos por meios electrónicos; no art.º 96, n.º 3 – prestação de garantias por meios electrónicos; no art.º 148.º – subasta electrónica; nos art.º s 199.º a 202.º – sistemas dinámicos de contratación y catálogos electrónicos; no art.º 333.º – registro de Contratos del Sector Público por médios electrónicos; no art.º 334.º – plataforma electrónica de contratación del Estado; redução de prazos em caso de recurso a médios electrónicos – nos arts.º 112.º, 159.º, 164.º, 167.º e 274 e, finalmente, a habilitação – no art.º 151.º, n.º 2 – notificación de la adjudicación por correo electrónico (art.º 28.º da Ley 11/2007). O Governo do País Vasco tem sido das poucas excepções positivas, em Espanha, no recurso às novas tecnologias nas compras públicas. Cfr. *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, de Jaime Domínguez-Macaya Laurnaga, La Ley, 2011. Para mais desenvolvimentos, José Antonio Moreno Molina, «La utilización de medios electrónicos en la contratación pública», *in* Modesto Fabra Valls e José Luis Blasco Díaz, *La Administración Electrónica en España: Experiencias y perspectivas de futuro*, Universitat Jaume I, Estudis Jurídics, Núm. 12, 2007, págs. 126 e ss. e a Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas, n.º 137, Año 15, mayo-junio de 2015, dedicada à contratação pública electrónica.

Património do Estado, se bem que as Comunidades Autónomas podem estabelecer os seus próprios serviços de informações. Os órgãos da Administração Local e as suas entidades vinculadas ou dependentes podem optar pela utilização de uma ou outra.

Em suma, e em jeito de conclusão, a transição para a contratação eletrónica integral no contexto da União Europeia, não foi, na sua essência, um desafio técnico ou tecnológico. Foi, sobretudo, um desafio político e económico que venceu graças ao empenho das autoridades europeias e aos exemplos irrefutáveis que foram surgindo com as primeiras experiências, contra a inércia e o receio das entidades adjudicantes e dos operadores económicos. E assim se chega, mais de 20 anos depois, a um quadro legal que, finalmente, consagra a obrigatoriedade dos meios digitais nas compras públicas.

Para o futuro, é mister criar uma arquitectura europeia de contratação pública electrónica composta por plataformas e sistemas electrónicos reprodutíveis e interoperáveis, com níveis de segurança adequados e proporcionais, permitindo um acesso facilitado aos operadores económicos, não só a nível interno dos Estados-Membros, mas também nas compras transfronteiriças.

A contratação pública electrónica não será a panaceia para o sucesso do projecto europeu. Mas não há dúvida que se assume como um dos instrumentos mais eficazes para o aprofundamento do mercado interno.

Braga, Janeiro de 2016

Capítulo 12

El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Diez años de funcionamiento

Ricardo Concha

SUMARIO: I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. *Antecedentes del TCP*. 2. *Objeto*. 3. *Ámbito de aplicación*. 4. *Exclusiones*. 5. *Relación con otras normas: Competencia de la contraloría general de la república*. 6. *Suspensión del procedimiento precontractual*. 7. *Procedimiento de la acción de impugnación*. 8. *La situación de los terceros al juicio (otros licitantes)*. II. JURISPRUDENCIA A DIEZ AÑOS DE LA INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. ANÁLISIS CRÍTICO. IV. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

Al tratar este tema, lo primero que debemos de hacernos cargo, es de la singular situación de la competencia jurisdiccional y/o administrativa, para el contencioso administrativo o en Chile.

Lo primero que cabe señalar en este orden de ideas es que en Chile no existe una jurisdicción contenciosa administrativa a especializada de carácter general.

Por el contrario, lo que ha venido ocurriendo en los últimos años es una proliferación de tribunales especiales contencioso administrativo para determinadas materias específicas como lo son, por ejemplo, los Tribunales Ambientales, los Tribunales Aduaneros y Tributarios, y el Tribunal de Contratación Pública. Y aquellas materias que no cuentan con tribunales especiales, conocen los tribunales ordinarios.

Todos estos tribunales no forman ni constituyen una orgánica contenciosa administrativa, sino que cada uno tiene una regulación *su generis*,

que implica, entre otras cosas, que reciben financiamiento de distintos órganos de la Administración del Estado para su funcionamiento, pero se encuentran sujetos jurisdiccionalmente a los tribunales ordinarios de segunda instancia.

En este contexto, el Tribunal de Contratación Pública es un tribunal especial, contencioso administrativo, único, con asiento en la capital de la República competente para conocer de las impugnaciones a los actos ilegales o arbitrarios en contextos de licitaciones públicas o privadas que se hayan cometido entre la fijación de las paces y la adjudicación del mismo contrato.

Se puede apreciar, entonces que el Tribunal de Contratación Pública en Chile, a pesar de su nombre, no conoce del contencioso contractual, sino que conoce del contencioso pre contractual el alcance indicado.

Para el contencioso contractual, entonces, quedó entregada la competencia jurisdiccional a los tribunales ordinarios de justicia, y la competencia administrativa a la Contraloría General de la República, que como su nombre lo indica es un órgano contralor que tiene por objeto justamente fiscalizar que los actos de la administración del Estado se conformen a la ley, siendo sus dictámenes obligatorios para la Administración, no así para los particulares.

I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Ley 19.886, de 30 de julio de 20013, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (LCASYPS o ley de compras, indistintamente) ha establecido el Tribunal de Contratación Pública, jurisdicción especializada establecida en 2005, competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación, debiendo pronunciarse sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, con la potestad de ordenar cuando proceda, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho. Artículos 24 inciso I y 26 inciso I de la LCASYPS.

Además de la LCASYPS, el funcionamiento del Tribunal también se encuentra reglamentado en el «Auto acordado sobre funcionamiento del tribunal de contratación pública», de la Corte Suprema de Justicia, de 11 de marzo de 2011.

No es tribunal contencioso contractual. Es únicamente precontractual, las controversias contractuales quedan entregadas o bien a los tribunales ordinarios de justicia, o bien a la Contraloría General de la República.

1. ANTECEDENTES DEL TCP

El Tribunal fue establecido por la Ley de compras públicas, que estableció el «sistema de información e intermediación electrónica: transparencia, eficacia y eficiencia», conocido como Chile Compra.

Considerando que en Chile no existe una jurisdicción contenciosa administrativa de carácter general, mediante esta ley se crea un Tribunal especial, dotado de jurisdicción, que no forma parte de la Administración, siendo independiente a esta, pero que no pertenece al Poder Judicial, no siendo un tribunal ordinario.

Es un Tribunal colegiado, sedentario, con asiento en Santiago, pero competente en todo el territorio de la República, por ello es que el artículo 24 inciso 4.º establece que cuando el domicilio del interesado se encontrara ubicado fuera de la ciudad de asiento del Tribunal, podrá presentarse la demanda por medio de las Intendencias Regionales o Gobernaciones Provinciales respectivas. En este caso, el Intendente o Gobernador, según corresponda, deberá remitirla al Tribunal el mismo día, o a más tardar el día hábil siguiente, contado desde su recepción.

2. OBJETO

La LCASYPS ha establecido un procedimiento especial que determina los actos precontractuales impugnables, la legitimación activa, y el tribunal competente, cual es el Tribunal de Contratación Pública, judicatura especializa instalada el 27 de septiembre de 2005[1], competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación, debiendo pronunciarse sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, ordenando, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho[2].

De lo dispuesto en el art. 24 y 26 de la LCASYPS aparece que el TCP no es tribunal contencioso contractual, sino que conoce del contencioso precontractual, referido únicamente a la contratación que es soportada en procedimientos de licitaciones públicas o privadas, sin que sea competente para conocer del contencioso precontractual en casos de contratación directa o vía convenio marco.

1. Se establece a la Corte de Apelaciones de Santiago como único tribunal de segunda instancia.
2. Artículos 24 inciso I y 26 inciso I de la LCASYPS.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Cabe distinguir entre el ámbito de aplicación de la ley LCASYPS y el ámbito de aplicación del Tribunal. Toda vez, que cabe señalar que son distintos, siendo esta una particularidad digna de destacar, a saber:

El campo de aplicación del sistema de control del procedimiento administrativo contractual propio de la LCASYPS, abarca desde luego a los contratos administrativos de suministros y prestación de servicios, regidos por la Ley N.º 19886.

Además, la LCASYPS establece la aplicación de las reglas de impugnación respecto de ciertos contratos, que, en principio, quedan excluidos de la aplicación de la LCASYPS. En este sentido el art. 3, literal e) señala que «No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley».

Estos contratos respectan a las obras públicas, en lo que se refiere tanto al contrato de concesión de obra pública, como al contrato de ejecución de obra pública, incluyendo los contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, como asimismo los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley N.º 19.865 que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido.

Las normas relativas al Tribunal, se aplican en general a la contratación administrativa municipal, en este sentido, el art. 66 de la LOCM reza «La regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios y sus reglamentos», en cuya virtud LCASYPS sería un régimen general de contratación para las municipalidades, y no solo en lo referido al control del procedimiento de contratación[3].

3. En el campo municipal se presenta la cuestión de la huida del Derecho Administrativo, por medio de la figura de las Corporaciones Municipales que administran y operan los servicios traspasados de las áreas de educación, salud y atención de menores, las que según ha dictaminado son personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, que se rigen por el título XXXIII del Libro I del Código Civil, y por tanto no integran la Administración del Estado, cfr. Dictamen núm. 49.890 de 2007, Contraloría General de la República, y en consecuencia la LCASYPS no alcanza a dichas corporaciones, cfr. Contraloría General de la República, dictámenes núm. 48.065 de 2001 y 33.116 de 2010.

4. EXCLUSIONES

De acuerdo con el artículo 3.º quedan excluidos de la competencia del Tribunal de Contratación Pública:

a) Las contrataciones de personal de la Administración del Estado, incluidos los contratos a honorarios.

b) Los convenios interadministrativos[4].

c) Los contratos efectuados de acuerdo con el procedimiento específico de un organismo internacional, asociados a créditos o aportes que este otorgue.

d) Los contratos relacionados con la compraventa y la transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros.

e) Ciertos contratos del ámbito militar y de la seguridad nacional[5].

5. RELACIÓN CON OTRAS NORMAS: COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Contraloría ha resuelto que la competencia concedida al TCP no excluye sus facultades ordinarias de control. Así ha resuelto que «las materias de competencia del Tribunal de Contratación Pública no han sido sustraídas del ámbito sobre el cual corresponde a este Organismo de Control ejercer sus potestades, salvo las excepciones que expresamente contempla el ordenamiento jurídico»[6].

---

4. Especialmente, los convenios que celebren entre sí los organismos públicos enumerados en el artículo 2.º, inciso primero, del decreto ley N.º 1.263, de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, y sus modificaciones.
5. Art. 3 literal f), Ley 19.886 «Los contratos que versen sobre material de guerra; los celebrados en virtud de las leyes números 7.144, 13.196 y sus modificaciones; y, los que se celebren para la adquisición de las siguientes especies por parte de las Fuerzas Armadas o por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública: vehículos de uso militar o policial, excluidas las camionetas, automóviles y buses; equipos y sistemas de información de tecnología avanzada y emergente, utilizados exclusivamente para sistemas de comando, de control, de comunicaciones, computacionales y de inteligencia; elementos o partes para la fabricación, integración, mantenimiento, reparación, mejoramiento o armaduría de armamentos, sus repuestos, combustibles y lubricantes. Asimismo, se exceptuarán las contrataciones sobre bienes y servicios necesarios para prevenir riesgos excepcionales a la seguridad nacional o a la seguridad pública, calificados por decreto supremo expedido por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional a proposición del Comandante en Jefe que corresponda o, en su caso, del General Director de Carabineros o del Director de Investigaciones»
6. Dictamen 20.710, 2011.

6. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRECONTRACTUAL

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 25 de la ley, el Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación.

La suspensión del procedimiento precontractual, esto es de la licitación, deviene en el efecto más importante que el sistema de impugnación consagrado en la Ley 19.886 puede tener, tanto en lo procesal, como en lo sustantivo, toda vez que el efecto de la sentencia definitiva dependerá de si se ha o no decretado la suspensión de la licitación, tomando en cuenta cómo entiende el Tribunal el alcance de sus facultades en relación con la validez del contrato.

Tomando en cuenta que la ley faculta al tribunal para decretar por motivos fundados la suspensión del procedimiento administrativo licitatorio, a decir de su presidente, el Tribunal ha considerado dos clases de factores para dar lugar a la suspensión de la licitación: «por una parte, los mismos que el juez civil toma en cuenta para otorgar una medida cautelar, esto es, la gravedad de la ilegalidad o arbitrariedad imputada y que los antecedentes acompañados a la demanda hagan presumir que el organismo público ha incurrido en dicha ilegalidad o arbitrariedad. Sin embargo, también tomamos en consideración elementos que miran al interés de la comunidad, tales como si la licitación está adjudicada, si el contrato está ejecutándose y la necesidad pública destinada a satisfacerse con él»[7].

7. PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

Las normas especiales de procedimiento se encuentran en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley N.º 19.886. Y de acuerdo con el artículo 27 de la mismas se aplican también los libros I y II del Código de Procedimiento Civil, en todo lo que no se encuentre regulado en la Ley.

Además, cabe considerar el «Auto acordado sobre funcionamiento del tribunal de contratación pública», de la Corte Suprema de Justicia, de 11 de marzo de 2011, que regula materia tales como la presidencia, el minis-

7. Por ejemplo, agrega, «si hay una licitación para adquirir vacunas por una influenza que se va a producir, según estimación de la autoridad sanitaria, dentro de tres meses, es muy difícil acceder a suspender una licitación de esa especie. También es muy complejo suspender la licitación de una obra pública cuando ya está firmado el contrato y se está ejecutando. Lo anterior explica que esta facultad sea utilizada excepcionalmente». «Rol del Juez en el Proceso Administrativo Licitatorio» disponible en *http://tribunal.chilecompra.cl:81/UploadFiles/tribunal/Ponencia_Presidente_del_Tribunal.pdf*, consultado 7 de agosto de 2015. 12:10 hrs.

tro de fe, las audiencias, la comparecencia, el horario de funcionamiento y la forma de las notificaciones.

El Tribunal entiende que el impulso procesal le corresponde, al demandante quien es dueño de su acción. En este sentido, el Tribunal impulsa el proceso hasta la dictación de la resolución que recibe la causa a prueba, luego el demandante debe notificar tal resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. «Si no lo hace, el juicio no sigue adelante y si pasan más de seis meses y el demandado pide el abandono del juicio, lo declaramos, así también aceptamos el desistimiento del actor, todo ello conforme a las normas procesales del Libro I del Código de Enjuiciamiento Civil. Se requiere entonces, de un demandante activo para que el juicio produzca efectos sobre el proceso licitatorio»[8].

8. LA SITUACIÓN DE LOS TERCEROS AL JUICIO (OTROS LICITANTES)

Si en el procedimiento se está impugnando una licitación, corresponde considerar los intereses de los terceros al pleito, que eventualmente, pudieran ser afectados con los resultados de este. Al respecto la ley de compras no contempla regulación alguna, ni en lo procedimental, ni en lo sustantivo.

En cuanto a la procedimental, esto es, a la forma en cómo se puede hacer parte un tercer licitante, nada se regula expresamente, por lo que se entiende que corresponde aplicar las reglas generales, por lo que el Tribunal aplica las reglas generales, a decir de su presidente, «el Tribunal ha aplicado las normas comunes a todo juicio del Código de Procedimiento Civil y los ha admitido como terceros independientes o coadyuvantes»[9].

En este punto surge la pregunta acerca de cuáles son, en los sustantivos, las cuestiones a qué da lugar la intervención o no del tercero, por ejemplo, respecto de la situación del tercero que primitivamente se adjudicó la licitación (en cuanto al contrato que eventualmente haya suscrito con la Administración del Estado). Es de todo sentido, deberá ser empla-

8. Cfr. Arévalo Adasme, Álvaro, (Presidente del Tribunal de Contratación Pública), «Rol del Juez en el Proceso Administrativo Licitatorio» disponible en *http://tribunal.chilecompra.cl:81/UploadFiles/tribunal/Ponencia_Presidente_del_Tribunal.pdf*, consultado 7 de agosto de 2015. 12:10 hrs.

9. Arévalo Adasme, Álvaro, (Presidente del Tribunal de Contratación Pública), «Rol del Juez en el Proceso Administrativo Licitatorio» disponible en *http://tribunal.chilecompra.cl:81/UploadFiles/tribunal/Ponencia_Presidente_del_Tribunal.pdf*, consultado 7 de agosto de 2015. 12:10 hrs.

zado, y esto se relaciona con lo sustantivo, si se pretende que la sentencia le afecte.

II. JURISPRUDENCIA A DIEZ AÑOS DE LA INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La LCASYPS determina que los actos administrativos impugnables serán aquellos que ocurran entre la fijación de las bases y la adjudicación, ambos inclusive. Sobre la base de dicho marco de actos impugnables el citado tribunal entiende que no tiene la competencia necesaria para declarar la nulidad del contrato, puesto que el contrato en sí no está determinado como uno de los actos jurídicos objeto de la acción de impugnación. Se entiende en dicha sede jurisdiccional especial que, como únicamente puede conocer de los vicios que ocurren entre la fijación de las bases y la adjudicación, no puede declarar la nulidad del contrato. Este planteamiento ha sido ratificado por los tribunales ordinarios (en la medida que el sistema de recursos permite revisar las decisiones del TCP). En suma, como la ley acota el campo de actos en que ha podido ocurrir el vicio, el TCP interpreta que no puede declarar la nulidad del contrato. Esto tiene como consecuencia que, finalmente, algunos contratos se encuentran soportados en procedimientos viciados.

Así se ha fallado que la ilegalidad de un acto no produce de por sí, el efecto anulatorio (que consiste en dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del contrato), radicando en el tribunal la facultad de ordenar las medidas que estime procedentes, según las circunstancias del caso, para el restablecimiento del orden jurídico[10]. Incluso se ha afirmado la validez del contrato, cuando se ha declarado la ilegalidad de una adjudicación[11]. Asimismo, se ha declarado ilegal una adjudicación por no haberse respetado el principio de estricta sujeción a las bases, sin embargo, se resuelve que la declaración judicial de ilegalidad no conlleva un efecto anulatorio sobre el contrato[12].

En cuanto al razonamiento del TCP, luego de un primer momento en que predominó un argumento pragmático que se refería a la circunstancia de estar en ejecución el contrato[13], los fallos se han sofisticado y actualmente se señala que en cuanto a las consecuencias de la vulneración de la legalidad hay un silencio en la ley, que se integra a base de dos cri-

10. Bestpharma SA con Cenabast (2007).
11. Aerocardal Limitada con Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena (2010).
12. Constructora Oscar Núñez y Cía. Ltda. con Municipalidad de Peñaflor (2010).
13. e.g. Aerocardal Limitada con Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena (2010).

terios sustantivos. El primero consiste en que la declaración de nulidad podría vulnerar derechos adquiridos por quien se adjudicó el contrato. El segundo consiste en que se vería perturbado el interés público[14]. Resulta interesante considerar que en el argumento del TCP hay un juicio crítico al efecto anulatorio.

De modo que el TCP no ha seguido la dogmática de la nulidad de derecho público, ni ha integrado con las reglas civiles de nulidad, sino que ha aplicado criterios de decisión, que determinan que la constatación de una infracción al principio de juridicidad no trae como consecuencia la nulidad del contrato. Así se excluye a la declaración de nulidad como una de las medidas para restablecer el imperio del derecho, que le entrega la ley a la jurisdicción del Tribunal[15].

El Tribunal de Contratación Pública entiende por causal de nulidad la ilegalidad que se verifica en el procedimiento administrativo de contratación y la califica para declarar viciado el procedimiento y *retrotraer* las cosas al estado anterior al del acto ilegal, mediante sentencia judicial. Por lo que se puede inferir que es causal de nulidad la *ilegalidad* de un acto del procedimiento de contratación. Si lo entendemos de este modo, se puede decir que el Tribunal de Contratación Pública, conoce y declara una nulidad. Se trata propiamente de una declaración de nulidad la toda vez que tal foro, como se ha visto ordena *retrotraer* las cosas al estado anterior al del acto viciado. Otra cosa es que el efecto de la nulidad alcance al contrato.

En este sentido, el Tribunal ha declarado que la nulidad es inoficiosa[16], toda vez que el contrato se ha cumplido, desconociendo, precisamente, que en la nulidad se trata de hacer volver las cosas al estado anterior del contrato. Es probable que, por inoficiosa, el Tribunal entienda que lo es para el tercer concursante, que no podrá adjudicarse el contrato.

Sin perjuicio de no ser la tendencia predominante del Tribunal, interesante resulta exponer que en algunos de sus primeros fallos el Tribunal de Contratación Pública declaró la nulidad de actos administrativos de adjudicación, dejándolos sin efecto[17].

En un caso de *nulidad de contrato,* declarada por el Tribunal se habría aplicado un efecto *ex nunc.* En sentencia de 29 enero de 2014[18], se falla por

14. Ingeniería Maquinaria y Construcción Limitada con Dirección Regional de Aeropuertos de la X Región de Los Lagos (2010).
15. Artículos 24 inciso I y 26 inciso I de la LCASYPS.
16. Tribunal de Contratación Pública, Rol N.° 126-2012, 25 de abril de 2013.
17. Universidad de la Frontera con Seremi de Justicia de la Araucanía (2007).
18. Tribunal de Contratación Pública, Rol N.° 243-2012, 9 de enero de 2014.

única vez privando de efectos al contrato, aunque sin utilizar la expresión nulidad: «de acuerdo con los antecedentes que obran en autos, el contrato que se ha adjudicado por un plazo de cuatro años, se encuentra en ejecución [...], en consideración a lo cual y con el fin de restablecer el imperio del derecho, conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N.º 19.886, se deja sin efecto el contrato celebrado con la adjudicataria, retrotrayendo la presente licitación al estado de efectuar una nueva evaluación de las propuestas».

Al descartarse, por regla general, el efecto anulatorio se configura una separabilidad de hecho entre el contrato y el procedimiento que lo soporta. Sin embargo, se encuentra un grupo de sentencias que no descartan pura y simplemente el efecto anulatorio, sino que lo condicionan. Ahora bien, esa condición se puede calificar de condición meramente potestativa de la Administración del Estado, debido a los términos de la parte dispositiva de las sentencias expuestas, en las que queda condicionada la ejecución y el cumplimiento de la misma una parte, esto es, se le confiere el poder para no cumplir lo fallado. Al respecto, cabe citar a un autor que hablaba del efecto platónico de la anulación de los actos separables para referirse a un problema similar al que aquí se trata[19].

En suma, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública se puede exponer de este modo, según las diversas variantes que se pueden apreciar para el grupo de casos en análisis[20]: 1.º No se priva de eficacia al contrato, pura y simplemente; 2.º No se priva de eficacia al contrato, condicionalmente, solo si se ha cumplido; 3.º No se priva de eficacia al contrato, condicionalmente, si por cualquier razón legal o administrativa no se pudiere cumplir con lo dispositivo. O, desde otra perspectiva: 1.º La sentencia no afecta al contrato; 2.º La sentencia no afecta al contrato si se ha cumplido íntegramente el contrato; 3.º La sentencia no afecta al contrato si por alguna razón no se puede cumplir la sentencia. En todos estos supuestos, los fallos expresan en la parte dispositiva un eventual derecho a indemnización del ganancioso en el juicio.

III. ANÁLISIS CRÍTICO

No es un tribunal de contratación pública, como su nombre lo indica,

19. Macera Tiragallo, Bernard-Frank (2001): *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español* (Barcelona, Cedecs Editorial SL).

20. En el tiempo, la fundamentación de las sentencias ha sido irregular. Así, se encuentran muchas sentencias del año 2014, que resuelven lo mismo que las del año 2007, pero sin la argumentación para desechar el efecto anulatorio, que estaba presente en estas últimas.

sino que únicamente conoce del contencioso precontractual, cuando se impugna una licitación pública, o privada, para ejercer jurisdicción dictando las medidas necesarias para reestablecer el imperio del derecho cuando se ha incurrido en ilegalidad o arbitrariedad.

En cuanto al alcance de las medidas necesarias para reestablecer el imperio del derecho es que cabe hacer un análisis crítico.

Este Tribunal está llamado por ley para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación, debiendo pronunciarse sobre la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, ordenando, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho[21].

En el ámbito de su competencia, precisamente, cuando se ha establecido en el juicio que ha habido una actuación ilegal en el procedimiento administrativo de contratación, gran mayoría de la jurisprudencia del Tribunal dispone, para reestablecer el imperio del derecho, que no cabe privar de efectos al contrato, aunque se encuentre soportado en un procedimiento viciado.

Como se ve en las sentencias del Tribunal, se califica de ilegal un acto, y en consecuencia se le priva de efectos, esto es, opera como cualquier declaración de nulidad, teniendo como causal la ilegalidad del procedimiento de contratación. Sin embargo, tal declaración, no alcanza al contrato. Para resolver de ese modo, el Tribunal ha utilizado, durante sus diez años de existencia, criterios diversos para determinar los efectos de la sentencia que, a pesar de declarar la ilegalidad de un acto del procedimiento administrativo de contratación, mantiene el vínculo contractual, notándose a veces, de un criterio meramente pragmático, en ocasiones otro más complejo en cuanto a su elaboración jurídica, para incluso, caer en una manera peculiar de resolver la temática, pero siempre manteniendo la intangibilidad del contrato[22].

21. Artículos 24 inciso I y 26 inciso I de la LCASYPS.

22. En general con respecto al problema de la nulidad del contrato de la Administración en la literatura comparada, se pueden consultar: Pouyaud, Dominique (1991): *La nullité des contrats administratifs* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence); Rebelo de Sousa, Marcelo (1994): *O concurso público na formação do acto administrativo* (Lisboa, Lex Edições Jurídicas); Sainz Moreno, Fernando (1995): «Invalidez de los contratos de la Administración», en: Pendás García, Benigno, *Derecho de los contratos público* (Barcelona, Editorial Praxis); Rebollo, Manuel (1996): «La invalidez de los contratos administrativos», en: *Noticias de la Unión Europea* (Año XII, N.º 136), págs. 95-115; Ballesteros Fernández, Ángel (1997): «La invalidez de los contratos», en: VV. AA., *Contratos de las administraciones públicas* (Madrid, Editorial Abella); Teso, Pilar (1997):

IV. CONCLUSIÓN

Como conclusión general podemos señalar que es valorable el esfuerzo que se ha hecho en Chile por establecer un contencioso especializado pre contractual. Sin embargo, quedan muchos desafíos pendientes, dentro del que se destaca de todas maneras, el que la jurisdicción ejercida por el Tribunal de Contratación Pública, sea realmente eficaz y se constituya como un efectivo control de los actos de la Administración contratante.

«La invalidez de los contratos en la Ley 13/95 de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas», en: *Actualidad administrativa* (Año 1997, N.º 36); Trillo, Ramón (2001): «El control judicial de la contratación administrativa», en: *Revista Justicia Administrativa* (Año 2001, N.º 10); Palomar Olmeda, Alberto (2002): «La invalidez de los contratos», en: Jiménez Aparicio, Emilio, *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas* (Navarra, Editorial Aranzadi); Díaz, José (2003) «De la invalidez de los contratos», en: García Macho, Ricardo, *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y la ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales* (Valencia, Tirant lo Blanch); Santamaría Pastor, Juan (2004): «La invalidez de los contratos públicos», en: *Comentario a la ley de contratos de las Administraciones Pública* (Madrid, Editorial Civitas) págs. 365-396; Valaguzza, Sara (2004): «Illegittimitá della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validitá del contratto», en: *Diritto Processuale ammnistrativo* (Año XXII, N.º 1), págs. 284-313; Baca Oneto, Víctor (2005): *La invalidez de los contratos públicos* (Navarra, Editorial Aranzadi SA); Gallego, Isabel (2008): «Efectos de la declaración de invalidez del contrato público», en: *Contratación administrativa práctica* (Año 2008, N.º 76), págs. 43 a 53; Bermejo Vera, José (2008): «Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público», en: Gimeno Feliu, José, *El derecho de los contratos del sector público,* (Zaragoza, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública); Gimeno Feliu, José (2009): «Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la validez e invalidez y su control en los contratos del sector público» ponencia presentada en Seminario de Nulidad, 7 de abril de 2009, (Zaragoza, s/e).; Díez Sastre, Silvia (2012): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales).