Observatorio de los Contratos Públicos

Número monográfico Especial (2015)

Las nuevas Directivas de Contratación Pública

(Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)

Observatorio de los Contratos Públicos

Número monográfico Especial (2015)

Las nuevas Directivas de Contratación Pública

(Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)

Autores

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES
FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

Universidad Zaragoza
1542

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2015

Proyecto Investigación titulado *Hacia una contratación pública eficiente: medidas de simplificación y mejora de los procesos de compra pública* (ref. DER2012-39003-C02-01).

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 sus autores 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

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / José María Gimeno Feliú (Director)]
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9098-454-3
Depósito Legal: NA 770/2015
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, calle A, nave D-11
31013 Pamplona

Índice general

Página

Presentación 19
F. LÓPEZ RAMÓN

CAPÍTULO I

RELACIÓN DE SÍNTESIS SOBRE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 21
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

PONENCIAS

CAPÍTULO II

LA REFORMA COMUNITARIA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. UNA VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INTEGRIDAD 37
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

I. Introducción: contextualización de la nueva regulación de la contratación pública 37

II. La transparencia en la contratación pública: una nueva dimensión no formal 45

III. La revisión de las prácticas que permiten opacidad. Soluciones normativas 53

IV. La simplificación administrativa en la valoración de la solvencia como instrumento de concurrencia 69

V. Confidencialidad y control preventivo de los conflictos de intereses ... 73

Página

VI. El sistema de recursos en contratación pública: tutela y buena administración. La experiencia Española 77

VII. Epílogo.– Hacia la transposicion efectiva de los principios de la contratacion pública y, en especial, del principio de integridad 94

CAPÍTULO III

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA 107

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

I. Introducción: la trascendencia de la regulación de la modificación de los contratos en el sistema de contratación pública 108

II. *Ius variandi* y riesgo imprevisible en la jurisprudencia del TJUE 110

1. La aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la fase de ejecución contractual y sus consecuencias 110

2. ¿Cuándo una concreta modificación del contrato afecta a las condiciones esenciales del contrato? 114

2.1 Modificaciones relativas al precio y a la ampliación del objeto del contrato 115

2.2 Modificaciones de la duración del contrato 120

2.3 Sustitución del contratista o del subcontratista 122

3. La regulación del «riesgo imprevisible» en la Directiva 2004/18/CE: la adjudicación directa al contratista original de las prestaciones complementarias 124

4. Conclusiones 127

III. ¿Era predecible la matización de la doctrina sobre lo imprevisible? 129

IV. La disciplina de las modificaciones contractuales en las nuevas Directivas sobre contratación pública. Las modificaciones objetivas 133

1. Consideraciones generales 133

2. Supuestos de modificación del contrato 139

2.1 Modificaciones convencionales 139

2.2 Prestaciones adicionales 142

2.3. Circunstancias imprevisibles 146

2.4. Modificaciones que no alcanzan determinados umbrales mínimos 154

Página

2.5. Modificaciones que carecen de carácter sustancial 156
V. Breve referencia a las modificaciones subjetivas 158
VI. Modificación del contrato y mecanismos de control 162
VII. Conclusiones finales 165

CAPÍTULO IV

LA NUEVA DIRECTIVA DE CONCESIONES. UN LARGO VIAJE CON FINAL ESPERADO 169

FRANCISCO L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

I. ¿El porqué de una directiva sobre concesiones?: La seguridad jurídica como excusa y el mercado interior como fin 170
1. El punto de partida: la exclusión de las concesiones de las Directivas sobre contratación pública 170
2. La polémica en torno a la aprobación de una Directiva ad hoc 174
II. ¿A qué tipo de contratos afecta la Directiva? Ámbitos objetivo y subjetivo 178
1. El concepto europeo de "concesión": la transferencia del riesgo de explotación como elemento nuclear 178
2. Ámbito subjetivo: órgano contratante y operadores económicos 191
A. Dualidad de órganos contratantes: poder adjudicador *versus* entidad adjudicadora 191
B. Los operadores económicos: en particular, las prohibiciones de contratar. 194
III. ¿Están todas las concesiones sujetas a la Directiva? El generoso régimen de exclusiones 199
1. Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes y entidades adjudicadoras 199
2. Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas a empresas vinculadas 202
3. Concesiones entre entidades del sector público 203
A. Las contrataciones domésticas (cooperación vertical) 205
B. La cooperación horizontal (público-público) 209
4. Exclusión de las relaciones administrativas de naturaleza no contractual 211

Página

IV. ¿Impone la Directiva un procedimiento de adjudicación? Principios y garantías procedimentales 212
1. La publicidad como garantía de concurrencia y transparencia 212
2. Garantías procedimentales básicas 215
3. Criterios de selección y de adjudicación 218
V. ¿Se ocupa el legislador comunitario de regular la ejecución de las concesiones? 223
1. Mayor control y transparencia en la subcontratación 223
2. El nuevo régimen de modificación de las concesiones 225
3. Resolución anticipada de las concesiones 231
VI. Consideraciones finales 232

COMUNICACIONES

CAPÍTULO V

EL IMPACTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN LA TRANSPOSICIÓN A ESPAÑA DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE 241

RUBÉN MARTÍNEZ GUTIÉRREZ

I. Introducción 242
1. Planteamiento general 242
2. El concepto de contratación pública electrónica 243
II. La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública *electrónica* 244
III. Conclusiones. La transposición a la legislación española de la Directiva en materia de contratación pública electrónica 246
1. La obligatoriedad de la utilización de instrumentos o herramientas electrónicas en la contratación pública. En especial, las comunicaciones electrónicas 247
2. Transparencia, simplificación y acceso a la información y documentación contractual por medios electrónicos 248
3. Los sistemas de contratación pública electrónica en sentido estricto (sistemas dinámicos de adquisiciones, subasta electrónica, etc.). La tasación de supuestos de utilización obligatoria de estos sistemas en determinados circunstancias 250
IV. Nota bibliográfica 251

Página

CAPÍTULO VI

INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: PATOLOGÍAS AL USO 253

ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL

I. Introducción 253

II. El estudio especial de la contratación pública en el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE de 2014 255

III. Patologías en la prelicitación 258

IV. Patologías en la fase de licitación 259

V. Patologías postlicitación 261

VI. Conclusiones 263

CAPÍTULO VII

LA PROBLEMÁTICA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DEL ORDEN CONTENCIOSO EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA PRECOMERCIAL 265

RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO / PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ

I. Aspectos introductorios 266

1. *Aproximación al ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la contratación del sector público* 266

2. *"Neutralidad" del Derecho europeo en la materia* 267

3. *La compra pública de innovación en su modalidad de compra pública precomercial: concepto y naturaleza jurídica* 269

II. Tesis acerca de la competencia del orden contencioso en relación con los contratos de compra pública precomercial (CPP) 271

III. Conclusiones 276

IV. Bibliografía 277

CAPÍTULO VIII

LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2014/24/UE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE 279

Mª CONSUELO ALONSO GARCÍA

I. Introducción 279

Página

II. La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública 281

1. La generosa admisión de las cláusulas ambientales en la contratación pública 281

2. Fases del contrato en los que es posible la inclusión de los criterios ambientales 281

2.1. Fase 1ª: Preparación del contrato: definición de su objeto y redacción de los pliegos de condiciones 281

2.2. Fase 2ª: Requisitos exigidos a los operadores económicos: prohibiciones para contratar y acreditación de la solvencia técnica 284

2.3. Fase 3ª: Adjudicación de los contratos y valoración de las ofertas 285

2.4. Fase 4ª: Ejecución o cumplimiento del contrato 287

III. Conclusiones 288

IV. Bibliografía 289

CAPÍTULO IX

UN PROBLEMA PENDIENTE: LA INEFICACIA DE LOS CONTRATOS AFECTADOS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN 291

CARLOS AYMERICH CANO

I. La obligación de dejar sin efecto los contratos derivados de actos de corrupción 292

II. La anulación de actuaciones administrativas por la jurisdicción penal como cuestión prejudicial administrativa no devolutiva 294

III. La anulación de actuaciones administrativas como manifestación de la competencia civil adhesiva del juez penal 295

IV. Un caso excepcional: la jurisdicción penal se declara incompetente para anular actuaciones administrativas 298

V. Conclusión. La anulación de actos y contratos administrativos como decomiso de los productos del delito (art. 127 CP) 301

VI. Bibliografía 302

Página

CAPÍTULO X

LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA EN LA NUEVA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 305

MARINA RODRÍGUEZ BEAS

I. Introducción 306

II. Aproximación al concepto de "compra pública innovadora" 307

III. Régimen jurídico de la compra pública innovadora en España 308

IV. La innovación en la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 310

1. La asociación para la innovación: un nuevo procedimiento de adjudicación para adquirir soluciones innovadoras 311

V. Conclusiones 314

VI. Bibliografía 315

CAPÍTULO XI

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SE TIÑE DE VERDE 317

MIREN SARASÍBAR IRIARTE

I. El contexto normativo de la contratación pública verde 317

II. Los límites de la integración de las consideraciones ambientales en la contratación pública 321

III. ¿La aplicación de criterios ambientales es un requisito de solvencia o un criterio de adjudicación? 323

IV. Conclusiones 327

CAPÍTULO XII

LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA ADJUDICACIÓN DE CONCESIONES 329

DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO

I. Introducción 329

II. Tipos de concesiones y normativa aplicable 330

1. Concesiones de obras o de servicios 330

2. Concesiones de dominio público 333

III. Procedimientos y criterios de adjudicación 334

Página

IV. Conclusiones 338

CAPÍTULO XIII

UN NUEVO PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS: LA "ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN" 341

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI

I. Introducción 342

II. Asociación para la innovación 344

1. Características generales 344

2. Procedimiento 347

III. Conclusiones 349

IV. Bibliografía 349

CAPÍTULO XIV

CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL 351

JUAN ANTONIO UREÑA SALCEDO

I. Introducción 351

II. Las referencias a la propiedad intelectual en el TRLCSP y en la Directiva 2014/24 352

1. Titularidad y alcance de los derechos de propiedad intelectual. Las especificaciones técnicas y los pliegos contractuales 353

2. Acceso a la información, confidencialidad de la documentación presentada y derechos de propiedad intelectual 357

3. Ius variandi y derechos de propiedad intelectual 360

4. La existencia de derechos de propiedad intelectual como causa justificativa del procedimiento negociado sin publicidad 362

5. Negocios y contratos excluidos. Contratos privados 363

III. Conclusiones 365

IV. Bibliografía citada 365

Página

CAPÍTULO XV

BUENA ADMINISTRACIÓN APLICADA A LOS CONTRATOS PÚBLICOS: DIRECTIVA DE RECURSOS, INSTRUMENTOS DE PUBLICIDAD ACTIVA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA 367

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ / ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ

I. Introducción: Buena Administración y contratación pública europea 368

II. Directiva de Recursos y Buena Administración 370

III. La importancia del perfil de contratante como instrumento de publicidad activa 372

1. Plataforma de contratos del sector público 373

2. Utilización de medios electrónicos para la participación ciudadana en las decisiones de compra pública: mecanismos de gobierno abierto 376

IV. Conclusiones 379

V. Bibliografía 380

CAPÍTULO XVI

LA APLICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA 383

TERESA MEDINA ARNÁIZ

I. Introducción 384

II. Los principios generales del Derecho de la Unión Europea en la contratación pública y las prohibiciones de contratar 385

III. Los comportamientos que afectan a la credibilidad profesional del candidato o licitador y que pueden habilitar una prohibición de contratar 389

IV. Conclusiones 392

V. Bibliografía 393

CAPÍTULO XVII

LA DISTINCIÓN ENTRE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS Y OTROS CONTRATOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2014/23/UE: REPERCUSIONES PARA EL DERECHO ESPAÑOL 395

LUIS MÍGUEZ MACHO

Página

I. Introducción 396

II. Desarrollo 398

1. *La caracterización inicial de las concesiones de servicios en los documentos y el Derecho de la Unión Europea* 398
2. *La transferencia del riesgo operacional como criterio definitorio de los contratos de concesión de obras y de servicios en la Directiva 2014/23/UE* 400
3. *La configuración del contrato administrativo de gestión de servicios públicos en el Derecho español y el concepto de concesión de la Directiva 2014/23/UE. Perspectivas de futuro* 405

III. Conclusiones 408

CAPÍTULO XVIII

LOS EFECTOS DE LOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 411

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

I. Introducción 412

II. Desarrollo 412

1. *El Compliance como instrumento de autorregulación* 412
2. *Los programas de Compliance en el «nuevo» Derecho de los contratos públicos* 415
3. *Valoración crítica de la medida* 417
4. *Para la reflexión durante el proceso de transposición…* 420

III. Bibliografía 422

CAPÍTULO XIX

CONTRATOS PÚBLICOS, CONCESIONES Y CONTRATOS MIXTOS. NOVEDADES EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 423

XIMENA LAZO VITORIA

I. Antecedentes generales: nuevos y antiguos tipos contractuales y la vis expansiva del Derecho comunitario de la contratación pública 424

II. La transferencia del riesgo: elemento fundamental del concepto de concesión de obras o de servicios 426

Página

III. Los contratos mixtos 430

1. Estado de la cuestión: la regulación vigente 430

2. Las reglas establecidas en las nuevas Directivas para los contratos mixtos (visión general). Sobre el carácter separable o no de las prestaciones y el objeto principal del contrato 432

2.1. Contratos mixtos *ad intra*: la combinación de prestaciones reguladas todas ellas por la Directiva 2014/24 433

2.2. Contratos mixtos *ad extra*: la combinación de prestaciones reguladas por la Directiva 2014/24 y por otros regímenes jurídicos 434

IV. Bibliografía 434

Presentación

Se recogen en este volumen los textos correspondientes a una de las sesiones del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA), celebrado en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid durante los días 6 y 7 de febrero de 2015.

El comité organizador, formado por los profesores J. M. Sala Arquer, J. Guillén Caramés, L. Rams Ramos, M. Hernando Rydings y J. L. Muga Muñoz, asumió con generosidad, eficacia e imaginación el reto de sacar adelante las variadas cuestiones logísticas que siempre plantea una reunión de casi trescientas personas. Todo ello bajo la coordinación del presidente F. López Menudo y del secretario I. Martín Delgado, quienes, junto con los colegas de la junta directiva, han cumplido un papel esencial en la consolidación de nuestro congreso y de nuestra asociación.

Además de la sesión sobre "Las nuevas Directivas de contratación pública", se desarrollaron las tres sesiones siguientes: a) la general "Sobre la reconstrucción del Estado autonómico", b) "Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias", y c) "La resolución extrajudicial de conflictos". En cada una de ellas se presentaron ponencias y comunicaciones que dieron pie a interesantes debates dirigidos por los correspondientes presidentes, recogiéndose la síntesis de todo ello por los diferentes relatores.

Los resultados del congreso son relevantes en sus variadas partes. Por ello procede felicitar a cuantos han intervenido con rigor, espontaneidad y brillantez en las diversas tareas, haciendo que los debates pudieran desarrollarse con fundamento en cuanto a los datos, buen tono en los argumentos y utilidad en las conclusiones.

La estructura del congreso en cuatro sesiones diferentes explica que se haya tomado la decisión de fragmentar las actas, procediendo a publicarlas de manera separada. El objetivo perseguido con ello es facilitar la visibilidad de las distintas cuestiones objeto de debate ofreciéndolas de

manera independiente. Los textos de la sesión sobre "Las nuevas Directivas de contratación pública" ven la luz gracias al apoyo de *Observatorio de Contratación Pública* y al especial interés de su director y querido compañero J. M. Gimeno Feliú.

F. LÓPEZ RAMÓN
Presidente AEPDA

Capítulo I

Relación de síntesis sobre las nuevas Directivas de contratación pública

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

La tercera ponencia sectorial del Congreso estuvo moderada por la profesora Concepción Barrero, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, e intervinieron como ponentes los profesores José María Gimeno, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, Isabel Gallego, Titular de la Universidad de Castilla-la Mancha y Francisco L. Hernández, Titular de la Universidad de La Laguna, quienes analizaron desde diversas perspectivas el nuevo Derecho europeo de la contratación pública, tanto las directivas aprobadas en 2014 como la decisiva jurisprudencia del TJUE que ha marcado desde hace años la ruta por la que se ha desarrollado este hoy completo *corpus iuris* europeo en la materia.

La aprobación de las nuevas directivas se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y supone ya la cuarta generación de normas europeas en la materia: se trata de las Directivas 2014, 24/UE sobre contratación pública; 2014, 23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014, 25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y 2014, 55/UE relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Por primera vez se regulan en sede europea tanto las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos como las de ejecución y re-

solución de los mismos. El objetivo principal de los nuevos textos consiste, por una parte, en simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de las normas y los procedimientos contractuales en la Unión Europea y, por otra, en permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social.

El Estado español tiene la obligación de transponer las Directivas 2014/23/24 y 25 hasta el 16 de abril de 2016, lo que va a obligar a aprobar dos nuevas normas legales (la intención del Gobierno es incorporar las Directivas 2014/23 y 24 en un mismo texto y la 2014/25 sobre sectores especiales en otro texto separado). Pero más allá de esta obligación de transposición, se trata de una excelente oportunidad para reflexionar sobre la materia y plantear una nueva regulación que en verdad simplifique e impulse la transparencia, igualdad, concurrencia y uniformidad jurídica en toda la contratación del sector público español. Como bien apunta el profesor GIMENO, nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado.

De las brillantes ponencias y reflexiones de la moderadora, así como de las comunicaciones presentadas y de las vivas intervenciones posteriores de los participantes en el debate desarrollado, se pueden extraer las siguientes conclusiones, que para facilitar su análisis agruparé en torno a unos grandes ejes temáticos.

PRIMERA. Objetivos, valoración y balance crítico de las nuevas directivas europeas sobre contratos públicos

Alcanzada ya una visión completa y "estratégica" de todas las fase de la contratación, la cuarta generación de Directivas de contratos públicos puede ser para el profesor GIMENO el fin de un primer ciclo de la regulación en la materia, máxime cuando existe una importante doctrina del TJUE que ya se ha incorporado y que, en todo caso, sirve de pauta interpretativa de cara a la integración y armonización de los Derechos atendiendo a los principios, categorías e instituciones de los Ordenamientos nacionales.

En este sentido, como primer aspecto destacable de las nuevas directivas, la profesora GALLEGO llama la atención en su ponencia sobre el hecho de que ya no se limitan, como ha sido tradicional, a coordinar los procedimientos de adjudicación de los contratos, sino que introducen reglas aplicables en la fase de ejecución y dentro de éstas regulan las modificaciones que en el sujeto y en el objeto puede experimentar el contrato.

Las tres ponencias coinciden en apuntar la novedad regulatoria de las modificaciones contractuales, que han sido objeto de una especial preocupación europea por el hecho de ser un aspecto clave para la lucha contra el fraude y la corrupción, lo que ha llevado a que tanto la Directiva 2014/24 como la 2014/23 y la 2014/25 regulen su régimen de forma común, a diferencia de lo que sucede con el procedimiento de adjudicación, que es mucho más flexible en las Directivas 23 y 25 que en la 24 de 2014.

El profesor GIMENO advierte con carácter general de la mayor "densidad" de las nuevas directivas con respecto a sus predecesoras y observa parecidas deficiencias técnicas que complican la correcta adaptación de sus reglas a las normas nacionales. Pero a pesar de ello destaca que suponen un importante avance pues han de permitir replantear el modelo teórico y práctico de la legislación de contratación.

Respeto a la nueva Directiva de concesiones, el profesor HERNÁNDEZ considera que el hecho más relevante de la reforma es la aprobación de la Directiva en sí misma, dada la oposición que encontró la regulación en la materia, y subraya que supone una ruptura con la tradición anterior al establecer una regulación propia, diferenciada del resto de contratos públicos; y al unificar el régimen jurídico aplicable a todas las concesiones de obras y de servicio que tengan un valor igual o superior a 5.186.000 euros, teniendo en cuenta el volumen de negocios total generado por el concesionario, excluido el IVA. Ahora, ambos tipos de concesiones quedan sujetos a regulación armonizada.

El legislador comunitario justifica la regulación en el principio de seguridad jurídica y su finalidad en la eliminación de obstáculos al funcionamiento del mercado interior. Ello se concreta para el profesor HERNÁNDEZ en tres objetivos prioritarios: a) el uso óptimo de los fondos públicos por parte de las autoridades públicas; b) el acceso efectivo y no discriminatorio de todos los operadores económicos al mercado; y c) el disfrute por los ciudadanos de unos servicios de calidad al mejor precio.

A diferencia de la Directiva 2014/24 sobre contratación pública, que culmina un proceso ya muy desarrollado de uniformización procedimental, la Directiva 2014/23 sobre concesiones se limita únicamente a "establecer una coordinación mínima" de los procedimientos nacionales para la adjudicación de los contratos de concesión que alcancen el umbral comunitario. Así, en materia de concesiones el legislador comunitario ha renunciado a regular tanto los procedimientos de contratación, como los criterios de selección del contratista y de adjudicación de los contratos. Su objetivo es mucho más modesto, aunque como destaca el profesor HERNÁNDEZ no

menos importante si nos movemos en un contexto europeo: establecer una regulación de mínimos, que garantice la aplicación uniforme en todos los Estados miembros de los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia.

Por todo ello, la impresión que le queda al profesor HERNÁNDEZ es que el legislador comunitario ha perdido una gran oportunidad para llevar a cabo una regulación más exhaustiva de las concesiones, tanto de las fases de preparación como de adjudicación, concretando aspectos relativos a los procedimientos y criterios de adjudicación, las ofertas temerarias o al mantenimiento del equilibrio económico-financiero, entre otras cuestiones.

La profesora GALLEGO subraya como, en relación con la modificación de los contratos públicos, el nuevo Derecho europeo da clara prevalencia al principio de libre concurrencia frente al principio de eficacia en el servicio al interés público, por el que sin embargo se ha inclinado siempre el Derecho español. Las nuevas directivas ya no se definen en función de las prerrogativas de la Administración, sino del respeto a los principios generales. En este punto, el estudio del poder de modificación unilateral del contrato reviste un indudable interés dogmático.

En el ámbito de las modificaciones contractuales, la regulación que se establece tanto en el art. 72 de la Directiva sobre contratación pública como en el art. 43 de la Directiva sobre concesiones difiere de forma significativa del texto de la propuesta, aunque entre ambas Directivas sigue existiendo un importante grado de paralelismo.

La regla general, en opinión de la profesora GALLEGO, sigue siendo que la modificación de los contratos públicos, en cuanto puede comprometer el efecto útil de los objetivos de la normativa sobre contratación pública, ha de admitirse sólo con carácter excepcional. Cierto es que se han ampliado notablemente alguno de los límites cuantitativos establecidos y que en algunos aspectos la redacción de la norma es ciertamente confusa. Pero 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 –y las normas sobre modificación de los contratos sin duda lo son– deben ser objeto de una interpretación estricta.

Una modificación sustancial de un contrato durante su vigencia requiere una nueva adjudicación. Así se desprendía de la jurisprudencia del TJUE y este principio general ha sido codificado en las nuevas Directivas.

Respecto a la nueva regulación en la Directiva 2014/24 de los criterios de adjudicación de los contratos públicos y la determinación de la oferta

económicamente más ventajosa, el profesor GIMENO subraya que se mantiene la necesidad de vinculación al objeto contractual –aunque extiende su ámbito al proceso de producción o comercialización del producto–, lo que excluye, per se, la posibilidad de criterios sociales en tanto no se vinculen directamente al objeto.

Por lo que se refiere a la regulación de las causas de exclusión del procedimiento de contratación, la Directiva de concesiones mantiene la distinción entre causas preceptivas y causas facultativas de exclusión, si bien como señala el profesor HERNÁNDEZ lo hace con una redacción confusa y errónea ya que a pesar de que su tenor literal parece indicar lo contrario, tanto los motivos previstos en el apartado 4 como en el apartado 5 del artículo 38 determinan la exclusión obligatoria del operador económico del procedimiento de adjudicación de la concesión.

Las comunicaciones presentadas analizan desde diferentes perspectivas las principales novedades de las nuevas directivas europeas y complementan de forma muy destacable los temas abordados en las ponencias: así las profesoras ALONSO GARCÍA y SARASÍBAR IRIARTE destacan el impulso de la contratación pública verde; el profesor MARTÍNEZ GUTIÉRREZ estudia el impacto de la contratación pública electrónica; los profesores RODRÍGUEZ BEAS, FERNÁNDEZ ACEVEDO, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI analizan, respectivamente, los contratos de compra pública precomercial, la compra pública innovadora y el nuevo procedimiento de la asociación para la innovación; las implicaciones de la Directiva de concesiones son objeto de los trabajos de los profesores LAZO VICTORIA, MÍGUEZ MACHO y UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO; el profesor BERNAL BLAY estudia los efectos de los programas de Compliance; el profesor UREÑA SALCEDO algunas cuestiones de propiedad intelectual; los profesores RASTROLLO SUÁREZ y GARCÍA JIMÉNEZ plantean su estudio en torno a la buena administración aplicada a los contratos públicos; y la profesora MEDINA ARNÁIZ analiza la aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del TJUE.

SEGUNDA. Decisiva influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el nuevo Derecho de los contratos públicos

Las ponencias y las intervenciones en los debates pusieron de manifiesto la decisiva influencia de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia en el nuevo derecho derivado comunitario sobre contratación pública.

En relación con los principios generales, el profesor GIMENO señala que una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una ges-

tión más eficiente de los fondos públicos como una gestión compatible con el derecho a una buena administración, como indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2003, Interporc. En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia (Sentencia del TJ de 25 abril de 1996, Autobuses Valones).

Advierte el profesor GIMENO de las previsiones normativas en el Derecho interno que han amparado la opacidad y prácticas clientelares muy alejadas de los principios inherentes a la contratación pública y, también a la actuación administrativa. Pone de ejemplo al respecto la sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2013, España/Comisión.

El profesor HERNÁNDEZ, tras comentar la definición de la Directiva 2014/23 de contrato de concesión, modalidad de colaboración público-privada de naturaleza contractual en la que los elementos claves son el derecho del concesionario a cobrar peajes o tarifas a los usuarios y la transferencia al concesionario de la responsabilidad de explotación, destaca que al concretar el significado de la expresión "riesgo de explotación", la Directiva sigue la doctrina que de forma progresiva ha venido perfilando el Tribunal de Justicia, en la que el elemento determinante es la presencia de un riesgo operacional de carácter económico.

Para identificar el tipo de riesgos al se refiere el legislador comunitario y su posible equiparación con el concepto de riesgo y ventura, el profesor HERNÁNDEZ advierte que la clave se encuentra en la STJ de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst, como resultado de diferenciar el "riesgo de explotación económica" de la "mala gestión" empresarial; siendo así que el riesgo operacional va a tener un significado más restrictivo que el riesgo y ventura inherente a la ejecución de todo contrato público (art. 215 TRLCSP).

Otro aspecto influenciado por la jurisprudencia europea es el relativo a la exclusión de determinados contratos celebrados entre diferentes entidades del sector público: los supuestos de contratación doméstica (*in house providing*) y los de "cooperación horizontal". El profesor HERNÁNDEZ entiende que la consolidada doctrina al respecto del Tribunal de Justicia es acogida en su esencia por el legislador comunitario, introduciendo algunos cambios significativos destinados, principalmente, a reducir el margen de discrecionalidad de algunos criterios jurisprudenciales poco precisos.

En este sentido, la Directiva de concesiones da un paso más en la labor de concretar el concepto de "cooperación" horizontal, introducien-

do dos importantes novedades que tienen como cometido flexibilizar los criterios establecidos por el TJ: también en este caso exige un vínculo de actividad, que se cumple cuando "las entidades o poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades que se lleve a cabo mediante la cooperación" (art. 17.4); o, lo que es lo mismo, que el 80% de su actividad esté directamente relacionada con la prestación de una misión de servicio público (porcentaje que se calculará de acuerdo con los criterios expuestos más atrás).

Y, de otra parte, como contrapartida se suprime la referencia a la inexistencia de capital privado en cualquiera de los poderes o entidades adjudicadoras, lo que significa que, al menos como regla de principio, los organismos de derecho público que tengan participación de capital privado también podrán estar en condiciones de hacer uso de la excepción por cooperación horizontal.

El estudio de las modificaciones contractuales en las nuevas Directivas resulta ineludible para la profesora GALLEGO ya que introduce cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia. Resultar llamativo en este sentido que culminado el colosal esfuerzo para el Derecho español de adaptarse al Derecho de la Unión, lo que sólo se consiguió con la aprobación de Ley de Economía Sostenible, éste nos sorprenda ahora con una regulación mucho más posibilista.

Tras criticar la ordenación sistemática de los artículos 72 de la Directiva sobre contratación pública y 43 de la Directiva sobre concesiones y sus eventuales dificultades interpretativas, la profesor GALLEGO razona que al margen del contundente tenor de los preceptos reseñados, la llamada a la jurisprudencia del TJUE que efectúan los considerandos de ambas Directivas demuestra a todas luces que esta doctrina no ha perdido ni un ápice de vigencia. De esta forma, toda modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público/concesión durante su periodo de vigencia será considerada una nueva adjudicación a efectos de lo dispuesto en las directivas y conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación regido por la misma, salvo en los supuestos tasados y de interpretación restrictiva que las propias normas europeas establecen.

La correcta exigencia de solvencia y su adecuada proporcionalidad es uno de los elementos clave para una correcta licitación y ejecución de la prestación. El profesor GIMENO destaca que debe primar un concepto funcional, y no formal, del operador económico. Así, el artículo 63 de la Directiva 2014/24 viene a aclarar la discrepancia sobre qué tipo de solvencia

puede acreditarse utilizando recursos ajenos adoptando la regla de que se pueden integrar todo tipo de solvencia, incluida la económica.

Esto significa que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud no puede ser de adjudicación, tal y como ha venido a recordar la STJUE de 4 de junio de 2003, GAT. Así debe interpretarse la mención del apartado b) del artículo 67 de la Directiva 2014/24, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido "intelectual", y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia.

TERCERA. La transposición y sus retos en el Derecho español

Resulta una idea compartida por las tres ponencias el considerar la transposición de las nuevas directivas europeas al Derecho español como una importante oportunidad para regular correctamente una materia tan sensible y de tanta importancia económica y social.

Para el profesor GIMENO, esta transposición, además de simplificar y favorecer una transparencia efectiva, debe preservar la idea de uniformidad jurídica como fin en sí mismo, por lo que deben preverse soluciones normativas donde resulte indiferente la cuantía o importe del contrato. Los objetivos de las nuevas Directivas –y los principios que las inspiran– deben servir de modelo general para toda la contratación pública y deben permitir implantar una nueva gobernanza pública que incorpore como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad que permita impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, que ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico e impulsar la reactivación económica y empresarial.

El contenido de estas directivas, y la experiencia práctica de nuestra legislación nacional aconsejan una nueva normativa, completamente distinta del actual TRLCSP en tanto parece lógico que existan tres normas legales distintas o bien, como propone el profesor GIMENO, un "Código de Contratos Públicos", que dote de seguridad jurídica y predictibilidad al sector, con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos.

La profesora GALLEGO plantea en relación con los modificados contractuales la sorpresa que se deriva de lectura literal de las nuevas normas europeas, de las que se desprende que en determinadas circunstancias podrán introducirse modificaciones sustanciales al contrato. Pero inmediata-

mente advierte que la posibilidad de modificar las condiciones esenciales del contrato no es en ningún caso ilimitada. Porque las modificaciones, de acuerdo con lo previsto por el art. 43 de la Directiva de concesiones y 72 de la Directiva sobre contratación pública, bien no deben alterar la naturaleza global del contrato [supuesto a)], bien no deben sobrepasar determinados límites cuantitativos [supuesto b)] o bien deben respetar ambas limitaciones simultáneamente [supuestos c) y d)]. De esta forma, el principal reto que planteará la aplicación práctica de las nuevas Directivas sobre contratación pública es definir el concepto de «naturaleza global del contrato». En este caso, independientemente de la causa que pudiera motivar la alteración del contenido obligacional, la prohibición de modificar el contrato es absoluta.

Por lo que se refiere a la entrada en vigor de la Directiva de concesiones, el profesor HERNÁNDEZ considera que muchas de las obligaciones que conlleva están ya presentes en el TRLCSP.

La primera cuestión pasa por dilucidar si se mantiene la actual regulación bicéfala de las concesiones de obras y de servicios; o, por el contrario, siguiendo el modelo impuesto por la Unión Europea, se opta por establecer una regulación común, diferenciada del resto de contratos públicos, que salvaguarde las peculiaridades de cada modalidad de concesión en materia de adjudicación, ejecución, extinción y régimen económico-financiero, entre otras.

En segundo lugar, para el profesor HERNÁNDEZ procede revisar la vigente distinción entre contratos de servicios y contratos de gestión servicios públicos, que resulta ajena al Derecho de la Unión Europea. En la actualidad, suprimida la distinción entre servicios prioritarios y no prioritarios, no parece tener mayor justificación mantener un régimen jurídico diferenciado para los contratos de servicio y de gestión de servicio público, que no sea el régimen especial previsto para los sectores excluidos.

En tercer lugar, la tarea de simplificar las categorías contractuales puede alcanzar también a la supresión de la sociedad de economía mixta como un tipo de contrato de gestión de servicios públicos singularizado.

CUARTA. El sistema de recursos como garantía de la integridad

Como defiende con acierto el profesor GIMENO, el sistema de control de la contratación continúa siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria para preservar la integridad. De ahí la importancia de las Directivas conocidas como de "recursos", que tienen una vocación de mejora en la gestión de la contratación pública, más allá de instrumento

para la tutela de los licitadores. El nuevo paquete legislativo comunitario refuerza esta idea con la implementación de un modelo de gobernanza.

Los recursos en materia de contratación pública son un instrumento de integridad y mejora en la gestión, lo que obliga a que existan órganos de control independientes y especializados que resuelvan las cuestiones que se susciten en los plazos previstos, de forma motivada para poder corregir las irregularidades detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones.

En este sentido, la profesora Gallego opina con contundencia en su ponencia que, sin transparencia y sin mecanismos efectivos de control, la regulación sobre los límites a la realización de modificaciones sustanciales de los contratos públicos no producirá los efectos deseados. Por ello defiende que la decisión de modificar el contrato debe incluirse como objeto del recurso especial en materia de contratación. Y es que Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de reiterar que Directiva 89/665/CEE se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, sin que se establezca ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y al contenido de dichas decisiones (entre otras, STJUE de 19 de junio de 2003 C-315, 01, GAT).

La misma postura sostiene el profesor Gimeno cuando advierte que se debe regular la publicidad de los modificados así como la posibilidad de impugnación. Esta medida (ya reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014) permitirá, no solo transparencia, sino una mejor praxis al tener que explicar y justificar que no es una nueva adjudicación, pues podría ser anulada por los órganos de control competentes. Frente a quienes argumentan que esta regulación de los modificados condiciona al interés público y que supone aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, razona el profesor Gimeno que de lo que se trata es de articular un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato (del que es elemento esencial las posibles modificaciones), en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración.

QUINTA. Hacia una revisión del modelo regulatorio y organizativo de la contratación pública en España

Son muchas las ideas y reflexiones planteadas en las ponencias que apuntan a la imperiosa necesidad de un nuevo marco regulatorio en materia de contratos públicos en el ordenamiento jurídico español.

El profesor GIMENO plantea directamente que es momento de revisar en profundidad nuestro modelo de contratación pública, que tiene además un marcado carácter horizontal y las soluciones para reformarlo una gran carga dogmática, y reivindica el papel del Derecho Administrativo como elemento transformador de la sociedad.

Para el profesor HERNÁNDEZ, las nuevas directivas suponen una oportunidad para abrir un periodo de reflexión sobre el vigente modelo regulatorio, que ha alcanzado un nivel de dificultad que lo hace incomprensible para muchos operadores jurídicos y económicos.

Advierte el profesor GIMENO que vivimos tiempos de cambios que exigen reformas en profundidad de la normas administrativas y en concreto de las de contratación pública, que permitan, ahora sí, configurar un modelo armonizado y uniforme de contratación pública en Europa que permita una adecuada optimización de los fondos públicos para consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que incorpore como premisas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad. Simplificación y uniformidad de regímenes con independencia de su carácter o no de Administración pública, pues lo que urge es encontrar un escenario común para todo poder adjudicador, simplemente sencillo, eficiente y garante tanto de los principios constitucionales como de los específicos principios de la contratación pública que derivan del TFUE.

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. Sobre esta misma idea reflexionan con lucidez los profesores GALLEGO y GIMENO, que concluyen que debe hacerse un esfuerzo por incorporar las nuevas categorías y conceptos.

En este sentido, y desde la coherencia del modelo, el profesor GIMENO plantea que el contenido "armonizado" que se propone en las Directivas debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sean posibles regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública. Esto significa que los principios comunitarios 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.

El nuevo marco regulatorio de la Unión no solo obliga a repensar en 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. Obliga, también, a repensar la organización administrativa y, también, parte de los propios fundamentos del derecho público. En lo que se refiere a la contratación pública, ya no solo contrato administrativo, el profesor GIMENO constata como se diluyen las prerrogativas públicas, se reorienta el problema de la privatización de formas jurídicas, al ser indiferente para la aplicación de los principios y reglas inherentes a la contratación pública y se "escora" la regulación hacia el paradigma del derecho a una buena administración como elemento del control y de rendición de cuentas. El interés público como justificación a los privilegios del contrato administrativo, se subordina al principio de transparencia, libre competencia y eficiencia de los fondos públicos. La ecuación caracterizadora del Derecho Administrativo como "privilegios en más, privilegios en menos" se inclina hacia este último aspecto.

La profesora GALLEGO también plantea en su ponencia que la regulación de las novaciones objetivas merece una reflexión serena y ha de encuadrarse en un marco conceptual amplio ya que la normativa europea no se ha limitado a regular la modificación del contrato, sino que ha trazado pautas en torno al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, que también afecta al factum principis, la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible y la revisión de precios. Y como bien apunta la profesora aunque la perspectiva funcional que domina el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea a veces se resiste a la utilización rígida de las categorías dogmáticas nacionales, el recurso a éstas, aun con las debidas precauciones, puede facilitar su adecuada comprensión.

El Derecho de la contratación pública de la Unión europea no protege al contratista, sino a los licitadores. Por ello, las nuevas Directivas no reconocen el derecho del adjudicatario a mantener el equilibrio económico del contrato sino que –antes al contrario– se ciñen a fijar los límites que los Ordenamientos nacionales deben respetar allí donde reconozcan este derecho. Será plenamente admisible la revisión del precio del contrato, siempre que este mecanismo se contenga en la documentación contractual en cláusulas claras, precisas e inequívocas. Se empequeñece al ius variandi, que queda convertido en una técnica de incorporación de adaptaciones menores del contrato cuando concurran causas de interés público. Pero se reconoce abiertamente que la doctrina del riesgo imprevisible, sometida a ciertos límites, no es incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

En todo caso, insiste la profesora GALLEGO en que el enfoque de las directivas es parcial, pues tiene como exclusivo objetivo la salvaguardia de

la libre concurrencia y, en consecuencia, se limita a establecer unas "líneas rojas" que no podrán sobrepasarse en la ejecución contractual. De ahí que el legislador nacional pueda optar por acotar la regulación de alguno de los supuestos de modificación permitidos, reduciendo por ejemplo la generosidad con la que, en lo relativo a algunos límites cuantitativos, en ocasiones se han reconocido. De ahí también que son los Derechos nacionales los llamados a regular la vertiente de garantía del contratista, estableciendo, entre otros aspectos, en qué supuestos nace el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato o si, como se ha discutido de forma reciente en nuestro Ordenamiento, existen límites a las modificaciones a la baja que se ha realizado ante la intensidad de la crisis económica.

En relación con los contratos de concesión, el profesor HERNÁNDEZ considera que la Directiva 2014/23 constituye un primer paso hacia una regulación detallada de los contratos de concesión de obras y servicios. Es por ello que se aventura a predecir una evolución similar a la experimentada por los contratos clásicos desde las primeras directivas de los años setenta, cuyo destino final sea equiparar los procedimientos de adjudicación de ambos tipos de contratos.

Para el profesor HERNÁNDEZ resulta sorprendente comprobar cómo, a pesar de la dilatada experiencia regulatoria, nuestro país se sitúa entre los Estados que acumulan mayor número de condenas por parte del Tribunal de Justicia. Es probable que esta situación no se invierta en tanto que no estemos dispuestos a renunciar a nuestra tradición jurídica, lo que ha dado lugar a un modelo normativo de enorme complejidad, al estar integrado por dos legislaciones superpuestas (la nacional y la comunitaria). La reversión de esta situación pasaría para el profesor por implantar un régimen uniforme, común a todos los contratos con independencia de su cuantía, de acuerdo con el modelo armonizado. Mientras que esto no suceda, una solución alternativa podría ser regular en leyes diferentes los contratos de interés comunitario (que superen el umbral determinado por las Directivas) y los contratos de interés nacional, lo que facilitaría una ordenación legal más simple y precisa, rodeada de menos matizaciones y excepciones.

Se hace necesario también en opinión del profesor HERNÁNDEZ simplificar la regulación, recuperando la clásica relación Ley-reglamento, despojando la futura ley o leyes de contratación pública de todo su contenido reglamentario, lo que aportaría una mayor flexibilidad, evitando la proliferación de modificaciones sucesivas del texto legal que, en ocasiones, hace muy difícil algo tan elemental como es conocer el derecho vigente.

El profesor GIMENO también comparte la necesidad de un contexto de predictibilidad de normas y de confiabilidad en el modelo de compra, vinculado a la idea o regla de la integridad. Además, si la estabilidad del marco normativo es deseable, también resulta necesario a su entender abordar el reto de la profesionalización en aras a promover una nueva "cultura" de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejado de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles ya desde una perspectiva financiera ya desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad.

En todo caso, insiste el profesor GIMENO en que el correcto funcionamiento de la contratación pública con objetivos de política pública como vectores de su concreto diseño exige la existencia de mecanismos de control efectivos y rápidos por autoridades independientes ya sean judiciales –mediante la oportuna reforma procesal–, o mediante "arbitrajes administrativos" independientes y con estatus de juez, como exige la Directiva "recursos". De esta manera se puede avanzar en un modelo que preserve el principio de integridad y en esta línea debe valorarse positivamente la experiencia del modelo español a través del recurso especial ante los tribunales administrativos.

PONENCIAS

Capítulo II

La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad*

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ
Catedrático Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: LA CONTEXTUALIZACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: UNA NUEVA DIMENSIÓN NO FORMAL. III. LA REVISIÓN DE LAS PRÁCTICAS QUE PERMITEN OPACIDAD. SOLUCIONES NORMATIVAS. IV. LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA VALORACIÓN DE LA SOLVENCIA COMO INSTRUMENTO DE CONCURRENCIA. V. CONFIDENCIALIDAD Y CONTROL PREVENTIVO DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES. VI. EL SISTEMA DE RECURSOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: TUTELA Y BUENA ADMINISTRACIÓN. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA. VII. EPILOGO.– HACIA LA TRANSPOSICION EFECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION PÚBLICA Y, EN ESPECIAL DEL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD.

I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTUALIZACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las nuevas Directivas de contratación pública (23/24 y 25 de 2014, de 26 de febrero), la denominada "cuarta generación", persiguen dos objetivos complementarios[1]: el primero es incrementar la eficiencia del gasto públi-

* Trabajo realizado en el marco del *Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado "Hacia una contratación pública eficiente", REF: DER 2012-39003-C02-0.*

co, para lo cual resulta crucial aumentar la eficiencia de los procedimientos de contratación, lo que pasa por su racionalización y simplificación. De una visión burocrática, se aspira a una visión estratégica con la finalidad de conseguir objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad[2]. Estas Directivas, cuyos principios se extienden a todas las fases de la contratación (artículo 18 de la Directiva 2014/24) 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[3]. 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[4]. 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[5].

El Estado español tiene la obligación de realizar la transposición en el plazo de dos años desde su publicación, es decir, abril de 2016, lo que obligara a la adopción de una nueva norma legal (o dos, si contamos con la regulación en los denominados sectores "especiales" de agua, energía, transporte y servicios postales) que sustituirán al vigente Texto Refundido

1. *Vid.* J. A. Moreno Molina, "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; M. M. Razquin, "Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España", *RAP* nº 196, 2015, pp. 97-13 y J. M. Gimeno Feliú, "Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *REDA*, nº 159, 2013, pp. 25-89.
2. Sobre este aspecto 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 poderefs públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
3. *Vid.* "Verso le Direttive di quarta generazione", en G. A. Benacchio/ M. Cozzio, *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, p. 8.
4. Especialmente crítico, también con el Derecho de la Unión Europea, se manifiesta J. Santamaria Pastor, "La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública" *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 159, 2013, p. 35.
5. 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.*

de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3, 2011, así como a la Ley 31, 2007, de contratación en los sectores "especiales").

Ciertamente, la obligación de transposición debe ser considerada como una "nueva" oportunidad para regular correctamente una materia tan sensible y de tanta importancia económica y social[6]. Transposición que, además de simplificar y favorecer una transparencia efectiva debe preservar la idea de uniformidad jurídica como fin en si mismo, por lo que deben preverse soluciones normativas donde resulte indiferente la cuantía o importe del contrato. Los objetivos de las nuevas Directivas –y los principios que las inspiran[7]– deben servir de modelo general para toda la contratación pública[8].

Es momento también para actualizar los conceptos y pilares sobre los que se diseño 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[9]. Por supuesto, debe hacerse un esfuerzo por incorporar las nuevas categorías y conceptos, pues solo así se puede consolidar el objetivo de uniformidad jurídica pretendido por la normativa comunitaria[10]. Lo que exige un contexto de predictibilidad de normas y

6. Sin olvidar el carácter estructurante del ordenamiento jurídico de esta norma, por bien ha explicado M. Carlon en su trabajo "La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico", en libro colectivo dirigido por R. Gómez-Ferrer Morant *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,* Civitas, Madrid, 2004, pp. 1801-1823.
7. 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.
8. *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*, nº 50, 2014, pp. 73-101.
9. Idea que expone con claridad el trabajo de J. L. Meilan Gil, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión", *RAP* nº 191, 2013, pp. 11 y ss. Esta necesidad de actualización es evidente en los temas de los modificados contractuales (p. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado, por un derecho exhorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de Ariño Ortiz, "El enigma del contrato administrativo", *RAP* nº 172, 2007, pp. 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.
10. No puede olvidarse que, como bien recuerda J. B. Auby ("Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere", *Public Law*, spr, 2007, p. 57), los distintos ordenamientos jurídicos nacionales se enfrentan a los mismos proble-

de confiabilidad en el modelo de compra, vinculado a la idea o regla de la integridad. Principios alejados de una visión burocrática de la contratación pública, que lo que pretenden es modernizar y racionalizar los modelos productivos y de provisión de servicios desde una perspectiva estratégica tanto en la planificación como en la adquisición y ejecución de los contratos públicos. En pleno siglo XXI, caracterizado por una globalización económica y una competencia sobre modelos diversos de productividad, la estrategia sobre cómo realizar las adquisiciones públicas, se presenta como el principal elemento diferenciador en la propia configuración del modelo económico y social.

Por supuesto, y desde la coherencia del modelo, el contenido "armonizado" que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública[11]. Esto significa que los principios comunitarios 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[12].

---

mas y que lo hacen con un grado de similitud superior al que uno pueda inicialmente imaginar. Por ello, un "lenguaje único" es un objetivo irrenunciable. De ahí la importancia de la jurisprudencia del TJUE, que debe seguir siendo el principal parámetro interpretativo de esta nueva normativa comunitaria (que no se caracteriza por la técnica normativa ni fácil comprensión de lo dispuesto). Sobre esta rol de la jurisprudencia comunitaria me remito al trabajo de M. Cozzio, "La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 89-114.

11. No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo 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.

12. *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* nº 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J. M. Baño León, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato

Lógicamente, no pueden ser abordadas todas estas cuestiones en esta ponencia, lo que aconseja "limitar" la misma al impacto que puede y debe tener en nuestra vigente Ley de Contratos del Sector Público desde la perspectiva del principio de integridad ya que la contratación pública (mediante adecuada regulación) debe ser un instrumento principal que asegure la gestión eficiente y libre de corrupción de los contratos públicos[13].

La realidad nos presenta como en los procedimiento y ejecución de contratos públicos concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas (la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE que se estiman en unos 120.000 millones de euros al año –1% del PIB europeo– y conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior –Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, p. 3– y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas[14].

---

está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *RAP* 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. Carbonell Porras en su trabajo "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?", en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

13. 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. Muy sugerente sobre esta cuestión son los trabajos de También A. Saban Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991; M. Sánchez Morón, "La corrupción y los problemas de control de las Administraciones", en Laporta, F. J. y Álvarez, S. (eds.) *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997; y libro colectivo *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004. Como obra de referencia sobre esta cuestión debe recordarse el excelente libro del profesor A. Nieto, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997. Más recientes, Jesús González Pérez, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014 (2ª ed) y E. Jiménez Franco, "Administración pública y corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad", en libro colectivo *El nuevo derecho administrativo* (libro homenaje al prof. Dr. Enrique Rivero Ysern) 2011, pp. 199-225.

14. Lo que explica el interés de las instituciones comunitarias por el control financiero de los contratos públicos. Así se explica la existencia del Reglamento financiero y de la creación de la Oficina de Lucha Anti Fraude (OLAF). *Vid*. T. Medina Arnáiz, "Las disposiciones financieras de la Unión Europea y su aplicación a la contratación pública: especial referencia al nuevo Reglamento financiero y sus normas de desarrollo", libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2012,*

El mercado de los contratos públicos es donde existen "mayores tentaciones" y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público[15]. De hecho la organización Transparencia Internacional afirma que «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial»[16].

Asimismo, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que "el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riegos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea", e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las

---

Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 188-190. Resultan también de especial interés los datos aportados por M. Villoria y F. Jiménez, "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos, Reis nº 138, abril-junio de 2012, pp. 109 y ss.

15. 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 Feliú, "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2010, nº 147, pp. 517-535; T. Medina Arzaiz, "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, pp. 299-344; *ibídem*, "Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública", Diario La Ley, nº 7382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010. A. Cerrillo i Martínez, *El principio de integridad en la Contratación pública*, 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), pp. 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).

16. *http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.*

Directivas sobre contratos públicos, merced a los "efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior[17].

La Unión Europea viene insistiendo en esta idea y es abiertamente combativa contra los supuestos de corrupción[18]. Por ello, en el *Informe Anticorrupción de la UE 2014*, se insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión[19].

Una de las principales razones que explican el avance de estas prácticas se encuentra, como ya se ha indicado, en el elevado volumen de recursos que moviliza la contratación del sector público[20]. Entre los tipos contractuales potencialmente más expuestos a la corrupción, se viene mencionando que son los contratos de obras los que han dejado al descubierto los escándalos más sonados de casos de corrupción. Los grandes proyectos de obras o infraestructuras, las telecomunicaciones o los relacionados con el sector energético y el de la defensa son igualmente considerados como propensos a prácticas corruptas, ya que la complejidad tecnológica

17. Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011.
18. La Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011 [P7_TA (2011) 0454], sobre la modernización de la contratación pública, señala en su apartado 44 que "la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas". Al mismo tenor responde el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), sobre el Libro Verde de la Comisión al que "uno de los objetivos de las directivas consiste en combatir el favoritismo, del fraude y la corrupción", apartados 1.14 y 6.1 (DOUE C 318, de 29 de octubre de 2011) y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre las Propuestas de Directivas, SEC (2011) 1585 final, de 20 de diciembre de 2011, p. 30.
19. *EU Anti-Corruption Report*, COM (2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014. El informe consta de: I. Introducción; II. resultados de la encuesta Eurobarómetro 2013; III. un capítulo horizontal sobre tendencias de corrupción y conclusiones; IV. un capítulo transversal centrado en la contratación pública; V. Anexo sobre metodología; VI. Capítulos nacionales que se recogen en Anexos para cada Estado miembro, completado con futuras medidas y seguimiento. El aspecto más destacado del *Informe 2014* es la especie de vademécum que proporciona de prácticas contrarias a la integridad, lo que permitirá reaccionar, prevenir y poner solución a los problemas que plantean. Aquel consta materialmente de dos partes. La primera de ellas realiza una visión global de la corrupción, mientras que la segunda se dedica específicamente a la contratación pública. Ese estudio se acompaña de un análisis singularizado para cada Estado, que en caso español es el *Anexo 9*.
20. L. Martín-Retortillo, «Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción», en libro colectivo *Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa*. Madrid: Universidad Complutense, 2000, p. 87.

de dichos sectores ofrece una mayor oportunidad para ocultar diversas y variadas prácticas corruptas. Pero en los últimos años han crecido exponencialmente estas prácticas indebidas en los contratos menores, que, en ocasiones, se han utilizado para financiación ilegal de partidos políticos o adjudicar directamente a personas o empresas afines.

Los efectos de la corrupción en la gestión administrativa son evidentes[21]. Amén de una clara ineficiencia en la gestión de fondos públicos[22], es una pérdida de competencia que afecta a la solvencia cualitativa del sector empresarial. Sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. En tiempos de crisis como los actuales son muchos más visibles estos efectos (como acaba de poner de relieve el citado Informe de la Comisión Europea sobre corrupción[23]).

Esta cuestión no puede resultar indiferente para quienes enseñamos el Derecho Administrativo y creemos en su carácter transformador de la sociedad[24]. Por ello, frente a la opción de una descripción propedéutica de los cambios que contiene las nuevas Directivas comunitarias, parece oportuno reflexionar sobre los puntos críticos de nuestra legislación de contratos públicos, que, pese a su extensión y detalle ha fracasado en el objetivo de prevención de la corrupción. Intentaré sistematizar lo que considero "ideas fuerza" para reforzar, desde el paradigma de la integridad y buen gobierno, la legislación nacional de contratos públicos[25].

---

21. Las analizo en mi trabajo "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", ob. cit., pp. 517-535.
22. Según D. Strombom ("Corruption in Procurement", en *Economic Perspectives*, 1998, nº 3, p. 22) los costes añadidos al contrato pueden llegar a ser de un 20%, pudiendo alcanzar incluso un 50% del monto total del contrato.
23. *http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm.* También interesa el trabajo de T. Medina Arnáiz, "Las disposiciones financieras de la Unión Europea y su aplicación a la contratación pública: especial referencia al nuevo reglamento financiero y sus normas de desarrollo", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 165 a 191 y, en especial, 188 a 190.
24. Por mucho que el fenómeno de la corrupción sea muy antiguo. Basta recordar la celebre frase de Cicerón expuesta para defender la acusación contra el pretor de Sicilia Gaio Licinio Verre, acusado de corrupción y apropiación indebida (*Verrem*, 70 a.C, Actio Prima, I, 4): "*Nihil esse tam sanctum quod non violari, nihil tam munitum quod non expugnari pecunia posset*".
25. Sigo la sistemática de mi trabajo "Regole e strumenti per la prevenzione della corruzione nell'ordinamento spagnolo con particolare riferimento al sistema di contrattazione pubblica",_DIRITTO E PRATICA AMMINISTRATIVA, Numero

II. LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: UNA NUEVA DIMENSIÓN NO FORMAL

La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar, sobre la función y el efecto de la trasparencia[26]. Y ello, principalmente, porque el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior y desarrollo de la actividad económica transfronteriza. Los últimos estudios publicados por la Comisión Europea son elocuentes: en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del producto interior bruto (PIB) europeo y en el 2010 más del 19%[27]. Una adecuada y

---

speciale del mensile di documentazione giuridica e gestionale: "Appalti e contratti pubblici appalti pubblici e legalita", a cura di M. Agostina Cabiddu y M. Cristina Colombo, 2014; así como mi opinión "Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos", publicada en *www.oncp.es: http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.208/relmenu.3/chk.1b2c9f6d99eecf44223c17ac60720747.*
Interesa en trabajo de M. Cozzio (tambien en este monográfico), "Gli strumenti giuridici per contrastare la corruzione nelle nuove Direttive europee". En la doctrina española, sobre esta concreta cuestión de prevención en la contratación pública resultan de interés los trabajos de I. Gallego Corcoles "La prevención de la corrupción en la contratación pública", en la obra colectiva *Prevención de la corrupción en las Administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 61-92 y T. Medina Arnáiz, "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 295-340. Desde la perspectiva del Derecho penal, puede consultarse V. Musacchio, "Corrupción y adjudicaciones públicas en el ámbito europeo", *Revista General de Derecho Penal*, nº 19, mayo 2013. Desde la perspectiva del derecho comparado: S. Williams-Elegbe, *Fighting corruption in public procurement: A comparative analysis of disqualification measures*, Hart Publishing, Oxford, 2012; y G. Racca, C. Yukins (eds), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally,* Bruylant, 2014.

26. *Vid.* J. M. Gimeno Feliú, "Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos", en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2013,* Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. *27-80.* Principio de publicidad (y competencia) que ya habían sido recogidos en nuestra primitiva legislación de contratación administrativa, (Real Decreto de 27 de febrero de 1852, relativo a los contratos de servicios públicos), como bien explica M. Bassols Coma en su estudio "Evolución de la legislación sobre contratación administrativa", en libro col. coord. por B. Pendas, *Derecho de los contratos públicos*, Práxis, Madrid, 1995, pp. 25 a 25.

27. Son datos, respectivamente, extraídos del documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008,* de 27 de abril de 2010, disponible en *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf* y del documento *Public Procurement Indicators 2009,* Comisión Europea (DG Mercado Interior), 11

efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos –de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de recortes–, como de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración (como indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2003, Interporc)[28]. En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 abril de 1996, Autobuses Valones). Y son varias las estrategias a adoptar para hacer de la transparencia el eje de la contratación pública[29].

El significado del principio de transparencia en la contratación pública ha sido bien definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relacionándolo con el principio de igualdad de trato de los licitadores. De hecho, se ha llegado a afirmar que el principio de transparencia es el corolario del principio de igualdad. Si el principio de igualdad de trato de los licitadores,

---

de noviembre de 2010, en *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf*. Conviene advertir que la importancia de los contratos públicos por estados miembros es muy variable: desde el 11,1% del PIB de Grecia, al 18,5% de España, pasando por el 19,3% de Francia o el 30,9% que significan en Holanda. Según datos aportados por la Comisión, en el año 2012 el porcentaje de gasto destinado a las compras públicas a nivel de la UE se han fijado en un 19 por ciento del PIB. Véase el Documento de trabajo *Public procurement indicators* 2012, de 12 de noviembre de 2014, *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/20141105-indicators-2012_en.pdf* [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2015].

28. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España "PRO/CNMC/001, 15: *Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia*" (*http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf*). En él reconoce una serie de fortalezas así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia y cifra en 47.000 millones de euros al "ineficencia" del modelo de contratación pública en España.

29. S. Arrowsmith ha identificado certeramente los cuatro ejes esenciales: a) asegurar una publicidad adecuada de las licitaciones que garantice el conocimientos por los potenciales interesados de las posibilidades de contratación; b) garantizar que los poderes adjudicadores ponen en conocimiento de los potenciales licitadores las reglas o criterios de adjudicación de los contratos; c) favorecer la consolidación de un sistema que limita en lo posible las facultades discrecionales de los órganos de contratación; d) facilitar que se pueda verificar que se han cumplido las reglas que han de observarse y, en su caso, poder garantizar su respecto a través de un sistema de recursos que tenga por finalidad hacer cumplir las normas observables. "The revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions", *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*; Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 286.

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, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores, el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (evitar, en suma, la práctica de redes clientelares). Resulta, por tanto, que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se preserve su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470, 99, apartado 91, y de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki, T-345, 03, apartado 142 y ss.).

Esto explica que la publicidad no es –ni puede serlo– un mero principio formal. La publicidad, mediante los instrumentos que se utilicen –técnicos y regulatorios– debe generar competencia o concurrencia empresarial, tal y como bien advierte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, al afirmar que «los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados». La obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21)[30].

Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública:

> *«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458, 03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332, 03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y*

30. En esta línea de exigencia de publicidad adecuada: STJUE de 13 de abril de 2010, Asunto Landgericht Frankfurt am Main; STJUE de 9 de septiembre de 2010, Asunto Ernst Engelmann; STJUE de 3 de junio de 2010, Asunto Raad van State.

efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas 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, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203, 96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213, 07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251, 09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). ***El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad*** *por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica 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 que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de es-*

tas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

Resulta necesario 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[31]. También, debe servir para evitar que mediante fraccionamiento del objeto contractual –que "alteran" el nivel de publicidad– se eludan los principios de publicidad y concurrencia[32], o modificados de los contratos ya celebrados, alterando el objeto se eludan el principio de igualdad de trato, falseando la concurrencia[33]. Y lo mismo con una inadecuada tipificación de la prestación, lo que aconseja la extensión de la aplicación de los códigos CPV[34].

La transparencia en la contratación pública, como principio instrumental, exige una implementación compatible con su finalidad[35]. Son necesarios sistemas ágiles, accesibles y de alcance universal, que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación y comprender las reglas de esta, sin que existan incertidumbres –o costes o cargas innecesarias– que favorezcan que se desista a presentar ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determina-

31. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutt*a, apartado 111. También STJUE de 6 de noviembre de 2104, *Cartiera dell'Adda*, C-42, 13, apartado 44 y STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538, 13, apartados 33 y 34.
32. Me remito a mi opinión en *www.obcp.es* de marzo de 2012: "Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles de contratante". Por otra parte, como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 1, 2009, de 25 de septiembre, existe fraccionamiento, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa.
33. 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*, nº 161, 2013, pp. 551-575.
34. Por todos, A. Ruiz De Castañeda, "La nomenclatura CPV en la contratación", en la obra colectiva *Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 203 y ss.
35. Interesa 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, que da cuenta de posibles acciones para asegurar la máxima concurrencia.

dos licitadores[36]. Los medios electrónicos y la transición hacia la compra pública electrónica, se manifiestan, en este contexto, como un eje de reforma irrenunciable, si bien parece existir, como destaca M. Caño, cierta falta de visión[37]. Lo que puede explicarse, como ha advertido M. Razquin, por la lenta puesta en marcha de la administración electrónica[38].

En este aspecto la legislación española ha manifestado una clara "debilidad". La práctica española tras la LCSP de 2007 instrumentó el principio de publicidad mediante los perfiles de los contratantes, argumentado que estos medios informáticos de publicidad estaban recomendados por la propia Comisión Europea. Sin embargo, el desarrollo efectivo de esta previsión se aleja del objetivo pretendido, pues se permitió que todo ente contratante pueda crear su propio perfil de contratante (miles de ellos), lo que supone una clara fragmentación del mercado (al fragmentar la información), máxime cuando en los contratos no armonizados los poderes adjudicadores no administración pública solo publican sus licitaciones en su perfil (artículo 191 TRLCSP). Nos encontramos así ante una barrera de entrada para nuevos operadores económicos que introduce innecesarias dosis de inseguridad jurídica, que pueden conducir a la postre a un mercado «cautivo», que potencia la compra del «cercano» e impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad, por cuanto la actividad contractual realizada por los entes instrumentales no es en modo alguno residual, tanto por el número de entes existentes en la actualidad, como por el volumen de los contratos que realizan.

---

36. Puede también resulta interesante trabajar en técnicas semánticas para la contratación pública (como ejemplo el proyecto ContSem y ontología PPROC: *http://contsem.unizar.es/def/sector-publico/pproc-primer_1.0.0_es.html*).

37. M. Caño, "La nueva contratación pública: cuadro para una exposición", *http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.177/relcategoria.121/relmenu.3/chk.4308fc461a71df71b1729e420f574f9b.* Sobre las posibilidades de la contratación electrónica resulta de interés la monografía de R. Martínez Rodríguez, *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. El *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE* (Documento COM 2010 [571] Final), publicado por la Comisión Europea en octubre de 2010 ha definido la contratación pública electrónica de forma general, incluyendo no sólo los procedimientos de contratación efectuados íntegramente por medios electrónicos (noción estricta) sino también la utilización de las TIC en cualquier fase de los procedimientos de contratación pública (noción amplia). Resulta de interés la Comunicación de la Comisión de 2013 titulada "Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública" (Documento COM [2013] 453 final).

38. M. Razquin Lizárraga, "La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales", *RAP* nº 186, 2011, p. 57.

Para intentar corregir esta consecuencia, algunas Comunidades Autónomas reaccionaron intentando coordinar, mediante plataformas de contratación, la información de los contratos públicos en su ámbito geográfico. Ahora el Estado, para intentar corregir el error de fragmentación del modelo de publicidad –debilidad detectada en el Informe CORA– ha modificado el sistema de transparencia de la contratación pública mediante la Ley 20, 2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, donde aparece una disposición adicional que afirma:

> *"Plataforma de Contratación del Sector Público.*
>
> *La Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3, 2011, de 14 de noviembre, pasará a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público.*
>
> *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 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".*

Con esta reforma legal, al margen de consideraciones de técnica normativa (hubiera sido mejor una reforma del TRLCSP y unos plazos claros de cumplimiento, así como las consecuencias jurídicas del incumplimiento), se introduce la obligación de publicar en la Plataforma de Contratos del Sector Público toda licitación pública de cualquier poder adjudicador, sea o no estatal[39]. Y ello, sobre el fundamento de la unidad de mercado, con apoyo en el artículo 139 CE, del que deriva esta obligación de "uniformidad jurídica de los sistemas de publicidad". De ese modo, cualquier operador jurídico, con independencia de su procedencia, podrá conocer cuál es el objeto de la licitación y decidir si resulta de su interés o no.

Sin efectiva transparencia no hay concurrencia y sin información accesible por todos los licitadores, no hay transparencia. Esta es la patología que se corrige con la obligación introducida por la Ley de Unidad de Mer-

39. Sobre la Plataforma de contratación del sector público puede consultarse García Jiménez, A., "La Plataforma de contratación del Sector Público y su incidencia en las Entidades Locales", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 24, 2014, pp. 2661 a 2670. Y y R. Martínez Gutiérrez, "La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. límites legales a las potestades discrecionales y la aportación de las TIC", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 34, 2014.

cado de 2013 que, respetando, eso sí, la lógica del reparto competencial con Comunidades Autónomas, permite implementar un sistema de información conjunto sobre las licitaciones en el Estado, que resulte accesible por todos los potenciales licitadores y, en especial, por las PYMES. Este acceso único redundará en mayores oportunidades de negocio para las empresas independientemente de su ubicación geográfica, y una reducción de costes al poder acceder a toda la documentación en un solo punto de manera gratuita y sin necesidad de desplazamientos.

En todo caso, si esta reforma estatal es sin duda un gran acierto para corregir las disfunciones existentes en la contratación pública en España, la cuestión de la publicidad efectiva que se promueve por la Ley de Unidad de Mercado queda muy condicionada con la complejidad jurídica derivada del artículo 3 TRLCSP y la dualidad de regímenes jurídicos de poderes adjudicadores según sean, o no, administración pública, ya que este complejo entramado –y que parece un tanto oculto– es la consecuencia que se deriva de que en los contratos no armonizados (no sujetos al umbral fijado por la normativa comunitaria) a quienes no son administración pública se les excepciona de las previsiones de la Ley (a modo de deslegalización) y se determina –artículo 191 TRLCSP–, que los mismos aprobarán manuales de instrucción que den plasmación, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Esta «deslegalización procedimental» ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para nuevos operadores económicos, introduciendo, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado que favorece que aparezcan prácticas de naturaleza clientelar, lo que impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala, lo que limita el principal objetivo de la reforma introducida por la Ley de Unidad de Mercado. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación[40]. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), per se, conlleva a tal dispersión de reglas distintas (de difícil

40. Sobre esta patología vengo insistiendo desde mi trabajo "El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras", *RAP* 176, 2008, pp. 9-54.

localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado "cerrado" claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia.

El actual sistema dual normativo español en contratos armonizados y no armonizados abre, por tanto, un portillo peligroso que ha derivado en la inaplicación de las previsiones y principios del TRLCSP, y en especial del principio de transparencia, mediante la configuración, por ejemplo, de entes de derecho público con personalidad jurídica privada que, conservando prerrogativas públicas, se dotarán de un régimen *ad hoc* por debajo del umbral comunitario. La publicidad, en un contexto de «dispersión de normas jurídicas», no podrá cumplir su función, y solo servirá como argumentario formal al cumplimiento de los principios de la contratación pública. Urge, por tanto, una reforma que unifique el régimen normativo de todos los poderes adjudicadores en lo relativos a los procedimientos de adjudicación y de control, con indiferencia de su naturaleza o no de Administración pública.

III. LA REVISIÓN DE LAS PRÁCTICAS QUE PERMITEN OPACIDAD. SOLUCIONES NORMATIVAS

La arquitectura jurídica de nuestra legislación de contratos desde 2007 contenía, a modo de caballo de Troya contra el principio de integridad, ciertas previsiones normativas que han amparado la opacidad y, por ende, prácticas clientelares muy alejadas de los principios inherentes a la contratación pública y, también a la actuación administrativa. Sirva de ejemplo, y paradigma de la patologías en España, la sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2013 (asunto T-384, 10, *España/Comisión)*. En esta sentencia se relatan una serie de irregularidades relativas al incumplimiento por parte de las autoridades españolas de las normas en materia de contratación pública tras la auditoría de determinados contratos relativos al abastecimiento de agua a poblaciones ubicadas en la cuenca hidrográfica del río Guadiana. Estas malas prácticas comprenden: el fraccionamiento artificial del contrato con el fin de eludir la obligación de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea; la inclusión entre los criterios de adjudicación el criterio de la experiencia en España, en Andalucía y con la empresa GIASA (Gestión de Infraestructuras de Andalucía S.A); el recurso al procedimiento negociado sin la concurrencia de las circunstancias que lo posibilitan; la previsión de un procedimiento de «pre-adjudicación» y, finalmente, el establecimiento de un plazo insuficiente para la presentación de las ofertas. Todas ellas incluidas en las denominadas *red flags* (ban-

deras rojas) en el estudio que sobre corrupción y contratación pública ha elaborado la Oficina de Lucha Anti Fraude de la Unión Europea (OLAF)[41].

Sobre estas cuestiones debe insistirse en varias ideas básicas. La primera, que resulta necesario 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[42].

Respecto a la elección de procedimientos, debe insistirse en la correcta utilización del procedimiento negociado en España. El procedimiento de licitación con negociación, regulado en el artículo 29, está contemplado en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP), siempre que se contemple en el anuncio de licitación[43]. Pero esta opción, como bien advierte J. A. Moreno Molina, debe estar supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo[44]. La normativa comunitaria "extiende" la aplicabilidad de este procedimiento, considerado muy útil en ciertos supuestos[45].

41. Resulta de interés el documento sobre Public Procurement: *costs we pay for corruption Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU* (2013), que se puede consultar en *http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/pwc_olaf_study_en.pdf.*

42. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, «Succhi di Frutta», apartado 111.

43. Los considerandos de la Directiva reconocen que existe una necesidad generalizada de mayor flexibilidad y, en particular, de un acceso más amplio a un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones, como las que regula el ACP explícitamente para todos los procedimientos. Por ello plantea que, salvo disposición en contrario en la legislación del Estado miembro de que se trate, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de utilizar un procedimiento de licitación con negociación conforme a lo establecido en la Directiva, en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.

44. *Vid.* J. A. Moreno Molina, "La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública", en *obcp.es* (*http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/relcategoria.121/relmenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1*).

45. S. Arrowsmith ha sido una de las más firmes defensoras de esta opción de que la mayor flexibilidad en las licitaciones se produzca a través de la conversión del procedimiento negociado con publicidad en un procedimiento ordinario. Según la citada profesora, las negociaciones pueden mejorar la relación calidad/precio

Así, conforme al artículo 26 podrá acudirse al procedimiento de licitación con negociación o al diálogo competitivo por motivos de adaptación, diseño, complejidad o incapacidad de precisar previamente las condiciones técnicas[46]. Existen, pues, varios supuestos dónde los procedimientos que incluyen negociación pueden ser especialmente útiles[47]:

a) Proyectos innovadores, en la ejecución de grandes proyectos de infraestructuras de transporte integrado o en las redes o proyectos informáticos de gran tamaño que requieran financiación compleja y estructurada.

b) Contratos de obras que incluyan obras que no sean edificios convencionales o las obras que incluyan el diseño o soluciones innovadoras.

c) Servicios o suministros que exijan un esfuerzo de adaptación o de diseño, lo que resulta especialmente necesario en los casos de adquisiciones complejas, como por ejemplo cuando se trata de productos sofisticados, servicios intelectuales, como algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería de grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC)[48].

Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. Por ello, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que re-

---

por varias razones, y la adopción de esta solución para toda la contratación pública permitiría a los Estados miembros ampliar las posibilidades de negociación a sus poderes adjudicadores en todas las situaciones en las que lo consideren útil. A la vez, permitiría eliminar la inseguridad existente en relación a la delimitación de los supuestos en los que puede utilizarse el procedimiento negociado y el procedimiento competitivo, así como el alcance de las negociaciones en el ámbito de los distintos procedimientos. "Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility", *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012, pp. 71 a 82.

46. El considerando 42 de la Directiva 2014/24 es claro al afirmar que «es realmente necesario que los poderes adjudicadores gocen de mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones».
47. En este sentido se expresan los Considerandos 42 y 43 de la Directiva 2014/24.
48. Como se ha destacado, en estos casos la dificultad en fijar las especificaciones no justifican la eliminación de la concurrencia, pero hace que un procedimiento formal y rígido sea inadecuado. *Vid.* S. Arrowsmith, "The Public Sector Directive 2004, 18-Contract award procedures", en Arrowsmith (ed.), *Introduction to EU Procurement Law, www.nottingham.ac.uk*, p. 195.

gistren los términos en que se desarrolla la negociación[49]. Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación. Por supuesto, durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato, por lo que no podrán facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este[50].

Como bien ha advertido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010, (C-337, 1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, establece que «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato […]»[51]. Es este, por tanto, un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente[52]. La negociación debe respetar la igualdad de trato y por ello las condiciones de la negociación y del contrato deben ser conocidas y no susceptibles de modificación. En consecuencia, en las negociaciones de un procedimiento negociado no se pueden variar las prescripciones técnicas obligatorias, tal y como acaba de afirmar el TJUE en su sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, relativo a una licitación pública de un contrato con objeto de «Concepción y construcción del tramo de carretera Aruvalla-Kose de la E263» que licitaba un Organismo público del Estado de Estonia mediante procedimiento nego-

49. Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta la doctrina de la STJUE de 15 de octubre de 2009. Sobre la misma, es de interés el comentario de I. Gallego Corcoles, "Procedimiento negociado con publicidad y competencia efectiva (Comentario a la STJCE de 15 de octubre de 2009)", *Noticias de la Unión Europea,* nº 332, año 2012, pp. 119 a 128.

50. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de soluciones específicas u otra información confidencial.

51. Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio de 2011, *Evropaïki Dynamiki contra Banco Central Europeo.*

52. Y es que, sin efectiva negociación no hay un procedimiento negociado, que devendría, por ello, en ilegal. Sobre cómo negociar resulta de interés el trabajo de F. Blanco, «El procedimiento de negociación de adjudicación de contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, 2011, nº 111, pp. 34 a 41, e *ibídem,* «El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal», nº 116, pp. 36 a 43.

ciado con publicidad. Una prescripción técnica obligatoria era que el ancho de la carretera a construir fuera de seis metros y medio pero durante la fase de negociación atendiendo que una de las empresas realiza su oferta ofreciendo que el ancho sea de seis metros el órgano de contratación invita a todos los candidatos a que realicen nueva oferta variando la prescripción técnica inicial. El TJUE declara en los considerandos 37 y 38 que:

> *"37. Así pues, si bien la entidad adjudicadora dispone de una capacidad de negociación en el marco de un procedimiento negociado, tiene en todo caso la obligación de garantizar que se cumplen las exigencias del contrato que el mismo ha calificado de imperativas. De no ser así, se incumpliría el principio según el cual las entidades adjudicadoras obran con transparencia y no se cumpliría el objetivo que se recuerda en el anterior apartado de la presente sentencia.*
>
> *38. Asimismo, admitir en las negociaciones una oferta no conforme a los requisitos imperativos privaría de utilidad a la fijación de requisitos imperativos en el anuncio de licitación y no permitiría a la entidad adjudicadora negociar con los licitadores sobre una base común a todos ellos formada por dichos requisitos, ni, en consecuencia, darles un trato igualitario".*

Cuando el poder adjudicador piense concluir las negociaciones, informará a los licitadores restantes y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. De esta forma, se prohíbe así designar a un licitador preferente (*preferred bidder*) que tenga la oportunidad exclusiva de finalizar la negociación y hacer la oferta final, ya que ello implicaría una discriminación de los licitadores que no han sido excluidos de manera objetiva.

Se "relanza", pues, un modelo de adjudicación, flexible, que permite, bien gestionado, una mejor relación *valey por money*, y que preserva los principios inherentes a toda compra pública. Frente a las reservas que en España pueda suscitar tal posibilidad, conviene advertir que es la publicación del anuncio de licitación la que viene a preservar el respeto del principio de la concurrencia necesaria al no condicionarse la posibilidad de presentar ofertas (funcionando en fase de selección como un procedimiento restringido). La necesaria transparencia que ésta implica supone un contrapeso al riesgo de utilización fraudulenta del procedimiento (más propia, por motivos evidentes, en los procedimientos negociados sin publicidad)[53].

53. En los casos del art. 26.2 b) de la Directiva 2014/24, se permite que no se publique anuncio de licitación. No obstante, el riesgo de fraude se elimina ya que en estos casos sólo pueden presentar ofertas los candidatos que previamente respondieron al anuncio de licitación del procedimiento ordinario.

Obviamente, este procedimiento negociado se debe motivar en la conveniencia, a la vista de la prestación, de negociar sucesivamente (en fases o tiempo, explicando el pliego con detalle suficiente los aspectos formales y sustantivos de la negociación y la ponderación de los distintos aspectos) con la finalidad de mejorar las ofertas y conseguir la mejor relación calidad/precio. Conviene insistir en ello porque se ha detectado en nuestro país un incorrecto uso del procedimiento negociado –preferentemente en los casos de sin publicidad por cuantía–, no solo porque se ha entendido que, para estas cuantías existe libertad de elección, sin necesidad de una motivación especial[54], sino, principalmente, porque se ha convertido, de hecho, una "consulta simplificada" (y en ocasiones contratación directa) sin que exista en el condicionado ni en las actuaciones de la mesa de contratación actuación alguna relacionada con la negociación de las ofertas que se presentarán a la licitación[55]. Lo que es manifiestamente incorrecto pues, como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 50, 2011, este es un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente, y sin ésta, existe vicio de nulidad de pleno derecho (en este mismo sentido el Acuerdo 8/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Por ello, sería conveniente "ajustar" la normativa nacional, eliminando la posibilidad de este procedi-

54. Como bien advierte la *Recomendación 1, 2011*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, aun cuando la ley posibilite la utilización de este procedimiento el órgano de contratación debe motivar el porqué de su elección atendiendo, lógicamente, a las ventajas que se derivarían de la utilización de este procedimiento –más complejo en tanto obliga a una negociación, y cuyo desarrollo debe incluirse en el expediente– tal y como exige el artículo 109.4 TRLCSP. Todo ello conduce a la conclusión de que este procedimiento solo será posible cuando se justifique debidamente en el expediente la insuficiencia de una respuesta adecuada mediante el procedimiento abierto o restringido, para lo que debe tenerse en cuenta el riesgo de distorsión de la competencia con este procedimiento, que se incrementa con una incorrecta praxis. *Vid.* J. F. Fernández García, «Contratación administrativa y libre competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2013, nº 158, p. 103 y C. Ruiz Rubia, «La justificación del procedimiento negociado», *Contratación Administrativa Práctica*, 2012, nº 12, pp. 60-62.

55. Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra. Esta ausencia de negociación decide la anulación del procedimiento por existir vicio de nulidad de pleno derecho. El Tribunal de Cuentas viene criticando de forma reiterada la «ausencia de auténtica negociación en los contratos adjudicados por procedimiento negociado» entre otros en su informe nº 947, donde critica que el órgano de contratación fiscalizado «se limitó a invitar a diversas empresas a presentar ofertas para sin ulterior negociación adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación predeterminados en el correspondiente pliego, sin establecer con esas empresas la negociación exigida tanto por el artículo 92.3 TRLCAP como por el artículo 162.4 LCSP».

miento en los supuesto de determinado importe, y reconducir dichos supuestos a una tramitación simplificada del procedimiento abierto (opción ya regulada por la Ley 3, 2011, de medidas de contratos del Sector Público de Aragón)[56].

Existe también un riesgo especial de prácticas calificadas como *red flags* en la fase de los criterios de adjudicación. El artículo 67 de la Directiva 2014/24 establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos, vinculados al objeto de la prestación, se adjudicarán a la oferta económicamente más ventajosa. Se mantiene la necesidad de vinculación al objeto contractual –aunque extiende su ámbito al proceso de producción o comercialización del producto–, lo que excluye, per se, la posibilidad de criterios sociales en tanto no se vinculen directamente al objeto[57]. La oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base de*l 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[58]. *Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:*

a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, *las caracte-*

56. Asimismo, frente a las posibles ventajas de una mayor flexibilidad de la figura del contrato menor (diseñado como procedimiento simplificado) deben contraponerse los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores. Por ello, exigir por medios electrónicos al menos tres ofertas válidas atendiendo al criterio precio (es el caso de Aragón o Galicia) puede servir de "freno" a un uso indebido o las patalogías del mismo así como de estímulo a cierta concurrencia efectiva.

57. Este criterio es uniforme en los Tribunales y órganos administrativos de recursos contractuales. Así, El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, ha destacado la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora: "*La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone –dato de especial relevancia– que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios*".

58. De gran interés el trabajo sobre esta cuestión de R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández, "Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector", en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 199-274.

rísticas sociales, medioambientales *e* innovador*as, y la comercialización y sus condiciones*;

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; o*

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y *condiciones* de entrega *tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega* y el plazo de entrega o *el plazo* de ejecución;

El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad.

En definitiva, se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilita la economía de escala a fin de conseguir una óptima eficiencia de fondos públicos que ponga en valor la relación calidad/precio[59]. El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, tal como los que se citan expresamente, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán[60]. Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del

59. No se contempla el criterio de experiencia –contrario a derecho por no estar vinculado al objeto del contrato– sino la mejor calidad que en ciertas prestaciones personales puede aportar la cualificación personal. Lo explica bien el considerando 94 de la Directiva 24/2014: "*Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad".* Resulta de interés el trabajo de R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández, "Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector", en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 239-261. Como bien precisa P. Valcárcel, este criterio no supone más que una precisión al criterio calidad en prestaciones personales muy cualificadas, donde el valor proviene no de la empresa sino del concreto personal que se adscribe al contrato. "Valoración de la experiencia en el marco de los criterios de adjudicación", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 131, 2014, pp. 22-24.

60. *Vid.* G. Domenech Pascual, "La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos Públicos", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 30, 2012. En este trabajo se realiza un exhaustivo repaso de la jurisprudencia en la materia.

interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. En resumen, la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone –dato de especial relevancia– que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl; y el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

La previa concreción de los distintos criterios de adjudicación que serán objeto de valoración es un requisito esencial pues como ha recordado STJUE de 24 de noviembre de 2008, *Alexandroupulis*, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores[61]. Así, cada criterio tiene asignado un máximo de ponderación; lo que explica la utilización del adverbio «hasta», con el que se limita el peso total que puede alcanzar. Tras la ponderación fijada para cada criterio, hay que precisar mediante conceptos métricos el peso relativo que, en la valoración global de la oferta, se asigna a cada uno de los criterios de adjudicación fijados a fin de que las valoraciones parciales –efectuadas a la luz de cada uno de ellos– puedan ser agregadas aritméticamente, de manera exacta, transparente y controlable. Por ello, en su concreta aplicación para la asignación de la puntuación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de valoración diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia, tal y como ha recordado la Sentencia TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402, 06)[62].

61. La Resolución 107, 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 15 de abril de 2011, analiza la cuestión de la necesaria precisión en el Pliego de cláusulas Administrativas particulares sobre los criterios concretos que se seguirán por el órgano de evaluación de ofertas en relación con la determinación de los criterios de adjudicación, siendo insuficiente la simple mención en los Pliegos de la puntuación máxima a otorgar.
62. Especial interés sobre esta cuestión tiene el Informe 6, 2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma

Conviene insistir en la necesidad de que los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJUE de 4 de diciembre de 2003 (*EVN y Wienstrom*), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. Criterios que, lógicamente, deben ser comprensibles y de sencilla ponderación, pues de lo contrario existe el riesgo de generar una complejidad que impida la efectiva concurrencia[63]. Por ello, el criterio de producto "innovador" o medida innovadora, exige una clara precisión en el pliego de lo que es innovación y de la forma de su valoración (advirtiendo que el concepto innovación solo puede tener una única interpretación y que esta nunca puede depender del "desconocimiento" del órgano de contratación sobre los aspectos técnicos de la licitación, de manera que puede decidirse, por desconocimiento previo, que una solución merece ese carácter innovador).

En todo caso, como bien recuerda la STJUE de 24 de enero de 2008 (*Lianaki*s) cuya doctrina confirma la STJUE de 12 de noviembre de 2009, Comisión República Helénica, no pueden confundirse los criterios de aptitud con los de oferta económicamente más ventajosa:

> *"26 Se desprende de la jurisprudencia que, si bien es cierto que la Directiva 92/50 no excluye, en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, no lo es menos que ambas operaciones son operaciones distintas y que se rigen por normas diferentes (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31, 87, Rec. p. 4635, apartados 15 y 16).*
>
> *27 En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa»)*

---

de Aragón, sobre la Posibilidad de establecer fórmulas en la ponderación del criterio precio que no asignen necesariamente la totalidad de la puntuación prevista a la oferta de menor precio.

63. Un ejemplo lo son los criterios ambientales, pues si bien su utilización es, sin duda, una buena práctica, debe intentarse utilizar fórmulas que permitan una parametrización objetiva sencilla. Sobre esta cuestión me remito al excelente tratamiento que realiza J. Pernas García, en su trabajo "Contratación pública y eficiencia energética", en libro col. *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 292-327.

especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva (véase, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 17).

28 Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 18).

29 Si bien es cierto que, en este último supuesto, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, las sentencias Beentjes, antes citada, apartado 19; de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19, 00, Rec. p. I-7725, apartados 35 y 36, así como, respecto de los contratos públicos de servicios, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513, 99, Rec. p. I-7213, apartados 54 y 59, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315, 01, Rec. p. I-6351, apartados 63 y 64).

30 Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión".

Esto significa, –como ya hemos advertido– que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud no puede ser de adjudicación, tal y como ha venido a recordar la STJUE de 4 de junio de 2003 (*GAT*)[64]. Cuestión dis-

64. Recuérdese que esta era ya la doctrina fijada en la STJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*. La STJUE de 9 de octubre de 2014, (España/Comisión As. T-2, 07), que desestima el recurso interpuesto por el Reino de España contra la sentencia –del Tribunal General– mediante la cual se desestimó su pretensión de anulación de la Decisión de la Comisión de reducción de la ayuda financiera concedida mediante el Fondo de Cohesión, por incumplimiento de determinadas normas de la Unión Europea sobre adjudicación de contratos públicos, al haber previsto la experiencia, las cualificaciones y los medios a emplear como criterios de adjudicación, insiste en que bajo ningún concepto puede admitirse como criterio válido la experiencia. El Tribunal (apartado 35) declara que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratistas, de acuerdo con las disposiciones relativas concretamente a los criterios denominados de «selección cualitativa». Y

recuerda que: *"los apartados 30 a 32 de la sentencia Lianakis y otros, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España" (apartado 36*). Criterio consolidado igualmente en España. *La Sentencia Tribunal Supremo de 31 octubre 2014 (RJ 2014, 5440) insiste en la doctrina sobre ilegalidad de la experiencia como criterio de adjudicación: "En la Sentencia de 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 8471), recurso de casación 410, 2004, FJ 7º de la Sección Cuarta de esta Sala se recordaba que "este Tribunal en Sentencia de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4013), recurso de casación 7759, 1999, ha sostenido que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento. Criterio que se reiteró en la Sentencia de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7426), recurso de casación 2029, 2000 al declarar que "si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares". Asimismo en la de 28 de febrero de 2005 (RJ 2005, 3453), recurso de casación 161, 2002 se afirmó que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria pero en dicha cuestión no se entraba al no haber sido alegada por las partes.*

Por ello en la Sentencia de 5 de julio de 2005 (RJ 2005, 5205), recurso de casación 852, 2003 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valencia que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares. Otro tanto acontece con la Sentencia de 28 de abril de 2005 (RJ 2005, 4702), recurso de casación 418, 2003, al rechazar asimismo un recurso de casación deducido por un Ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso del Abogado del Estado contra un acuerdo de un Ayuntamiento relativo a la adjudicación de un concurso en que se valoraba la experiencia de empresas que la hubiesen adquirido precisamente en Cataluña. Se declaró que no cabía acoger la alegación municipal relativa a que la escasa puntuación asignada a la experiencia hacía que el citado criterio resultase prácticamente irrelevante. También en la Sentencia de 10 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3495), recurso de casación 44, 1999 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife que anula el pliego de condiciones económico administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable lo que infringía el principio de libre concurrencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771 y 1026).

La pervivencia de cláusulas como la aquí controvertida en los Pliegos de Condiciones resulta notoria a este Tribunal al haber examinado recursos de casación en que era objeto de impugnación la puntuación derivada de los criterios de valoración asignados al concepto experiencia (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8416), recurso de casación 7065, 1994 ; 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 31), recurso de casación 5769, 2001 ; 23 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3460), recurso de casación 2129,

tinta es que se valore la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido "intelectual", y para ello resulte relevante los medios personales que se adscriben al contrato, tal y como pone de relieve la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601, 13, en el que se considera una licitación de un organismo portugués que incluía la experiencia del equipo profesional como criterio de adjudicación[65], que concluye que no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículo de sus miembros. Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido "intelectual", y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia[66].

Por último, aunque no puedo extenderme, al ser esta una de las ponencias de este Seminario a cargo de la profesora I. Gallego, conviene reseñar en que una de las principales "puertas" de la corrupción en España ha sido la gene-

2002), o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987, 2000 ; sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511, 2002 ; sentencia de 24 de enero de 2006 (RJ 2006, 2726), recurso de casación 7645, 2000 ; sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677, 2003; sentencia de 5 de junio de 2006 (RJ 2006, 3211), recurso de casación 9067, 2003)".

65. Se fijaba el criterio valoración del equipo un cuarenta por ciento en la ponderación. La puntuación se asignará teniendo en cuenta la constitución del equipo, la experiencia probada y el análisis curricular.

66. Lo explica bien el considerando 94 de la Directiva 24/2014: "*Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad".* Resulta de interés el trabajo de R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández, "Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector", en libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 239-261. Como bien precisa P. Valcárcel, este criterio no supone más que una precisión al criterio calidad en prestaciones personales muy cualificadas, donde el valor proviene no de la empresa sino del concreto personal que se adscribe al contrato. "Valoración de la experiencia en el marco de los criterios de adjudicación", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 131, 2014, pp. 22-24.

rosa 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[67]. Debe insistirse en la limitación de la potestad de los modificados (regulados en el artículo 72 de la Directiva 2014/24 y artículo 43 de la Directiva 2014/23). Ya no existe el *ius variandi*, al ser esta una posibilidad (que ya no potestad) que exige el cumplimiento de unos criterios estrictos (que deben ser interpretados de conformidad a la doctrina TJUE, tal y como advierte el considerando 107 de la Directiva 2014/24) que tratan de evitar que existan adjudicaciones ilegales. 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[68]. 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 en la documentación de la licitación[69]. Previ-

67. Esta cuestión de la modificación de los contratos 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, pp. 83-140. Resulta también de interés el estudio de J. Vázquez Matilla, "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, pp. 275-306.

68. 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.

69. *Vid*. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, nº 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 ésta 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.

sión que se deberá tener en cuenta a efectos de calcular el valor estimado del contrato[70].

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente y, por tanto, ilegal. 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[71]. Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia[72] –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" (apdos. 116-118)–. De especial interés es la citada Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235, 11) que enjuicia un recurso del Reino de España[73]. La

70. 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).

71. *Vid.* J. L. Meilan Gil, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit., p. 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, pp. 142-145.

72. 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, p. 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, pp. 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*, 2ª ed. La Ley, 2010, p. 1035.

73. 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 nº 1999. ES.16. C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase)» (CCI nº 2000. ES.16. C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza» (CCI nº 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 nº 2001. ES.16. C.PT.007), y «Nuevo acceso ferroviario de Alta Veloci-

sentencia condena al Reino de España y critica 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"*.

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 comunitario[74]. Por ello, sin concurrir los requisitos de la modificación debe licitarse la nueva necesidad[75].

Para ello, además de una regulación precisa, que permita como excepción la modificación del contrato se debe regular la publicidad de los modificados así como la posibilidad de impugnación. Esta medida (ya reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014. Asunto C-161, 13) permitirá, no solo transparencia, sino una mejor praxis al tener que explicar y justificar que no es una nueva adjudicación, pues podría ser anulada por los órganos de control competentes. Frente a quienes argumentan que esta regulación de los

---

dad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)» (CCI nº 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 casi 24 millones de euros.

74. 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, p. 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 del 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*, nº X, 2008, ob. cit., pp. 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 éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en el TRLCSP.

75. 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*".

modificados condiciona al interés público y que supone aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se les puede razonar que de lo que se trata es de articular un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato (del que es elemento esencial las posibles modificaciones), en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración.

IV. LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA VALORACIÓN DE LA SOLVENCIA COMO INSTRUMENTO DE CONCURRENCIA

La correcta exigencia de solvencia y su adecuada proporcionalidad –que debe preservar el principio de igualdad de trato– es uno de los elementos clave para una correcta licitación y ejecución de la prestación. Y debe primar un concepto funcional, y no formal, del contratista (operador económico, en la terminología de las Directivas)[76]. Así, el artículo 63 de la Directiva 2014/24 viene a aclarar la discrepancia sobre qué tipo de solvencia puede acreditarse utilizando recursos ajenos adoptando la regla de que se pueden integrar todo tipo de solvencia, incluida la económica, *"un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar al poder adjudicador que dispondrá de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. En cuanto a su solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir que el operador económico y dichas entidades sean responsables solidarios de la ejecución del contrato".*

Por supuesto, puede tenerse en cuenta, en esta fase de valoración de solvencia, la concreta subcontratación, que se regula en el artículo 71 de la Directiva 2014/24. Opción admitida ya por la doctrina del TJUE. Así, en sentencia de 23 de diciembre de 2009, (CoNISMa), se reconoce que: *"tanto de las normas comunitarias como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia 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 la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación"*[77]. En todo caso, como bien advierte el considerando 102 de la Directiva 2014/24, debe garantizarse también adecuada transparencia en esta fase:

76. Estos requisitos deben ser proporcionales al objeto del contrato y no debe exigirse una forma jurídica determinada, tal y como ha recordado la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2007, Frigerio Luigi.

77. Tal posibilidad puede desempeñar una gran importancia práctica pues permite que realmente se seleccionar a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez que garantizar una verdadera concurrencia, se

> *"Asimismo, es preciso velar por que haya cierta transparencia en la cadena de subcontratación, pues así se facilita a los poderes adjudicadores información sobre quién está presente en los lugares en que se realizan las obras de construcción encargadas por ellos o qué empresas están prestando servicios en edificios, infraestructuras o zonas tales como ayuntamientos, escuelas municipales, instalaciones deportivas, puertos o autopistas que dependen de los poderes adjudicadores o sobre los que ejercen una supervisión directa. Es necesario aclarar que la obligación de facilitar la información necesaria incumbe en cualquier caso al contratista principal, tanto en función de cláusulas específicas que cada poder adjudicador debe incluir en todos los procedimientos de contratación como en función de obligaciones impuestas por los Estados miembros a los contratistas principales mediante disposiciones de aplicación general"*[78].

Para valorar la solvencia, podrán exigirse uno, diversos o todos los medios de acreditación que ofrecen las Directivas. El órgano de contratación deberá considerar qué medios permiten valorar adecuadamente la

---

favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución. Ésta es, por lo demás, la solución adoptada por Francia en su Código de Contratos públicos aprobado por Decreto 2001, 2010, de 7 de marzo, que entró en vigor el 9 de septiembre. Posibilidad que si se recoge expresamente en la Ley 48, 1998, de 30 de diciembre, en su artículo 42: "En el pliego de condiciones, la entidad contratante podrá pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que, en su caso, tenga la intención de subcontratar con terceros. Dicha comunicación tendrá carácter meramente informativo correspondiendo al contratista asumir la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante". Y ahora se recoge expresamente en el artículo 25 de la Directiva 18/2004: "*En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.*
Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal".

78. El artículo 71.3 de la Directiva prevé que los Estados miembros puedan disponer que, a *petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (el contratista principal). Tales disposiciones podrán incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en los pliegos de la contratación*. Se trata de la acción directa, recogida en nuestro Código Civil en el artículo 1597. Sobre esta cuestión, de indudable interés en las relaciones contractuales públicas, me remito a las observaciones de F. Blanco López, "La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 del Código civil", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 38, 2011, pp. 221-257.

solvencia económica y técnica o profesional de las empresas licitadoras. En general, será conveniente establecer diversos criterios, con carácter complementario, para tener una visión más amplia de la capacidad de la empresa y permitir que exista una concurrencia empresarial suficiente. Todos estos criterios pretenden comprobar los aspectos económicos y técnicos generales de la empresa que se consideren suficientes para ejecutar contratos de un determinado tipo y/o los medios materiales y/o humanos con que cuenta la mencionada empresa para la ejecución del contrato en particular que se licita. La sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2012 aclara como se debe realizar y afirma al respecto lo siguiente:

> *"Para la elección de estos elementos, el artículo 47 de la Directiva 2004/18 deja un margen bastante amplio a las entidades adjudicadoras. En contra de lo que dispone el artículo 48 de la misma Directiva, que, en relación con las capacidades técnicas y profesionales, establece un sistema cerrado que limita las opciones de evaluación y de verificación con que cuentan dichos poderes y, por lo tanto, su posibilidad de formular exigencias (véase, en lo que respecta a disposiciones análogas de directivas anteriores a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de febrero de 1982, Transporoute et travaux, 76, 81, Rec. p. 417, apartados 8 a 10 y 15), el apartado 4 del citado artículo 47 autoriza expresamente a las entidades adjudicadoras a elegir las referencias probatorias que deben aportar los candidatos o licitadores para justificar su capacidad económica y financiera. Dado que el artículo 44, apartado 2, de la Directiva 2004/18 se refiere a dicho artículo 47, existe la misma libertad de elección por lo que se refiere a los niveles mínimos de capacidad económica y financiera.*
>
> *29 No obstante, esta libertad no es ilimitada. Conforme al artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, el nivel mínimo de capacidad debe estar vinculado y ser proporcional al objeto del contrato. Por consiguiente, el elemento o los elementos del balance elegidos por la entidad adjudicadora para formular el nivel mínimo de capacidad económica y financiera deben ser objetivamente apropiados para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad en el operador económico* ***y este nivel debe adaptarse a la importancia del contrato en cuestión, de manera que constituya objetivamente un indicio positivo de la existencia de una base económica y financiera suficiente para la ejecución del contrato, sin ir más allá de lo razonablemente necesario a este respecto****". (negrita nuestra).*

Con el fin de permitir la mayor concurrencia de licitadores, el artículo 59 de la Directiva 2014/24, prevé la obligación de aceptar las declaraciones responsables de los licitadores como prueba suficiente a efectos de parti-

cipación en la licitación (opción ya contemplada en el artículo 6 de la ley de Aragón 3, 2011 de medidas de Contratos del Sector Público y en la Ley 6, 206, de contratos públicos de Navarra, e introducida parcialmente por la Ley 13, 2013, de Emprendedores)[79]. Se confirma así la tesis de que son aplicables los principios de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, porque la aparente exclusión no lo es para las otras previsiones del artículo 5 (simplificación administrativa)[80]. En nada se cuestiona las reglas de capacidad del contratista con este modelo, pues los criterios de solvencia lo son para poder contratar y no para poder licitar. Esto justifica que exista ahora un primer trámite de declaración responsable para posterior comprobación antes de la adjudicación al licitador seleccionado. En pleno siglo XXI y en un contexto de simplificación parece lógico posponer a un trámite posterior más sencillo la comprobación documental, lo que se traduce en un ahorro de costes no solo para la administración sino para los potenciales licitadores, facilitando el que puedan presentar ofertas y funciones adecuadamente el principio de economías de escalas (adviértase que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos). Con esta opción, propia del procedimiento abierto, se permite efectuar propuestas de adjudicación, que no adjudicaciones, condicionadas a la presentación de determinados documentos antes de la adjudicación. Así, esta última fase se configura como momento clave del proceso contractual, puesto que presupone la previa comprobación de los requisitos exigidos para contratar y abre el camino a la fase de ejecución.

---

79. Me remito a mi trabajo "La Directiva Servicios y la contratación pública: hacia la simplificación administrativa", Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº XII, 2010, pp. 409-443.

80. Así debe entenderse el considerando 57 de la Directiva "Servicios". No en vano ambas Directivas –impulsadas por el mismo Comisario europeo, Bolkenstein–, tienen o persiguen un mismo objetivo: la consecución efectiva del mercado interior europeo mediante la simplificación, flexibilización y modernización. *Vid*. T. Medina Arnáiz, "Impacto sobre la Administración autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites a los prestadores de servicio", en Libro colectivo *Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León*, nº 13, dedicado al IMPACTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN CASTILLA Y LEÓN dirigido por D. J. Vicente Blanco y R. Rivero Ortega, 2010, p. 435. También A. Sanmartín Mora defiende la necesidad de simplificación del marco de la contratación pública. "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, p. 19.

V. CONFIDENCIALIDAD Y CONTROL PREVENTIVO DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

Cualquier ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan "prevenir" de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto[81]. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como "generador o facilitador" de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos[82]. Los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública un ámbito expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción. La nueva normativa europea pretende mejorar las salvaguardias existentes contra tales riesgos –son muchos los casos de *red flags* en esta fase– y ofrece una protección suplementaria[83].

La confidencialidad viene a ser regulada (artículo 21 de la Directiva 2014/24), a modo de complemento, para evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento[84].

---

81. Me remito a mi monografía *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*, ob. cit., pp. 297-313.

82. Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", ob. cit., pp. 517-535. Recientemente, en extenso, se ocupa de esta cuestión el trabajo de A. Cerrillo, *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

83. *Vid*. T. Medina Arnáiz, "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", ob. cit., pp. 299-344.

84. Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. Sobre esta cuestión resulta de interés el Informe 15, 2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre "Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores, donde se recuerda que la necesidad de coexistencia y equilibrio necesarios entre este derecho de confidencialidad y el principio de transparencia, antes apuntada, de tal manera que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario. *Vid*. el trabajo de A. I. Beltrán Gómez, "El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas", en nº Extraordinario *Revista Estudios Locales*, nº 161, 2013, pp. 287-308 y M.

La confidencialidad, por tanto, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores, pues como advierte la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, *Cosepuri Soc. Coop. p.A.* contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada. *Y para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.*

Sin garantía de confidencialidad se genera inseguridad jurídica y se pervierte un modelo que se ancla en la confianza. Por ello, hay que preservar este principio.

Por otra parte, la Directiva 2014/24 contiene en su artículo 24 una regulación específica sobre los conflictos de intereses (a desarrollar de forma pormenorizada por los Estados[85]), que se refiere a situaciones de conflicto de intereses reales, potenciales o percibidos, que afecten al personal del poder adjudicador o de los prestadores de servicios contratados que intervienen en el procedimiento y a miembros de la dirección del poder adjudicador que pueden influir en el resultado de un procedimiento de contratación pública aunque no participen en él oficialmente[86].

Razquin Lizárraga, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España*), Iustel, 2013.

85. Sobre este régimen de conflicto de intereses en la Directiva nos remitimos a los trabajos de T. Medina Arnáiz, "Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 271-300; A. Cerrillo I Martínez, *El principio de integridad…*, ob. cit., pp. 157-250 y A. L. Fernández Mallol, "La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno"; *REALA*, nº 2, julio-diciembre 2014.

86. Según la jurisprudencia europea, la facultad de un licitador de influir en las condiciones de licitación en un sentido que le sea favorable, aunque sea involunta-

El concepto de conflicto de intereses (también contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)[87], comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

La percepción de objetividad es un elemento necesario de cara a la credibilidad del modelo, por lo que, con carácter preventivo y didáctico deben tenerse muy en cuenta los conflictos de interés[88]. No en vano, esta en juego el principio de igualdad de trato, como bien advierte la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo* ya que implica el "*riesgo de que el poder adjudicador*

---

riamente, es constitutiva de una situación de conflicto de intereses. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21, 03 y C-34, 03, apartados 29 y 30, y las sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, *AFCon Management Consultants y otros/Comisión*, T-160, 03, apartado 74 y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy*, T-415, 10, apartado 114.

87. Asimismo, el artículo 8 incluye una serie de exigencias generales respecto de los códigos de conducta para funcionarios públicos desde la promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad, además de procurar "*sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos*" (artículo 8.5).

88. Los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos 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. Por tanto, deben instaurarse mecanismos eficaces para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses. Es necesario implementar un mapa de riesgos –y las señales de alerta– en la tramitación de las distintas fases de la contratación pública y "monitorizar" dichas fases de forma activa para evitar conductas patológicas. A estos efectos resulta de interés el *Informe anual de Tribunal de Cuentas europeo relativo al ejercicio 2011* (DOUE C-344, de 12 de noviembre de 2012). En este Informe se identifican incumplimientos de la normativa nacional y de la UE en materia de contratación pública en cuanto a la utilización de adjudicaciones directas sin justificación; adjudicaciones directas de obras adicionales en ausencia de circunstancias imprevisibles; adjudicación del contrato a un único licitador sin obtener reducción del precio durante las negociaciones; división artificial de las ofertas; incumplimiento de requisitos de información y publicidad (así como la publicación tardía de los anuncios de adjudicación); deficiencias en los pliegos de condiciones e insuficiencias en la aplicación de criterios de selección y adjudicación.

público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho" (apartado 35).

La solución que se propone no es de exclusión automática, ya que se reconoce, como posibilidad, la denegación de la participación del miembro del personal público en donde exista el conflicto de interés del procedimiento de contratación en cuestión, o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades (abstención); pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por estos medios, el licitador en cuestión será excluido del procedimiento (prohibición de contratar)[89]. En todo caso, conviene advertir que los intereses privados que colisionan con el interés público no debieran limitarse a aquellos de contenido económico, sino que también deben incluir todo interés que pueda generar en el servidor público un beneficio directo o indirecto respecto de sus querencias[90].

Como explica T. Medina, –en atención a garantizar la máxima apertura posible a la competencia– es preciso que el riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación del licitador[91]. Para ello, sirve e pauta interpretativa la doctrina del TJUE[92]:

a) El concepto de conflicto de intereses tiene un carácter objetivo y se requiere, para caracterizarlo, hacer abstracción de las intenciones de los interesados.

b) No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación y que no supone un

89. A. Cerrillo I Martínez argumenta, con razón, que "*los conflictos de interés pueden ser un indicador, un precursor o, incluso, un motor que acabe generando un caso de corrupción si no se hace nada al respecto*". *El principio de integridad en la contratación pública*, ob. cit., p. 30.

90. Es una opinión compartida con A. Cerrillo I Martínez, *El principio de integridad…*, ob. cit., p. 33.

91. T. Medina Arnáiz, "Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública", ob. cit., pp. 271-300.

92. Sentencias del TJUE de 10 de julio de 2001, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas*, C-315, 99 P; de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21, 03 y C-34, 0316; de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213, 07; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538, 07; de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, C-376, 08. Sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, *AFCon Management Consultants y otros/Comisión*, T-160, 03; de 12 de marzo de 2008, *Evropaïki Dynamiki/Comisión*, T-345, 03 y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy*, T-415, 10.

riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores.

c) La exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia[93].

Con todo, la experiencia práctica en España obliga a repensar el sistema de prohibiciones y exclusiones de la licitación, muy formal pero poco operativo. Debe vincularse además las exclusiones de las licitaciones en función del grado de cumplimiento de los contratos y extender las prohibiciones en mayor grado de consanguineidad. La posible solución podrían ser las denominadas *blacklists* en toda la Unión para todos los poderes adjudicadores. Opción que exige la coordinación en la información entre las distintas Administraciones Públicas y poderes adjudicadores con el poder judicial, con el objetivo de tener "actualizado" este registro.

VI. EL SISTEMA DE RECURSOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: TUTELA Y BUENA ADMINISTRACIÓN. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Por motivos evidentes, el sistema de control de la contratación continúa siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria para preservar la integridad. Idea en la que insisten el nuevo paquete legislativo

93. Conviene advertir, que la Directiva ha eliminado la disposición específica 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 que si se contenía en la versión inicial (artículo 22). Resulta de especial interés la opinión de P. Valcárcel "Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española" publicada en *www.obcp.* es, (11 de marzo de 2013), *http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.92/relmenu.3/chk.ce79f7126b46bafe20017646abf71e3f.* Las consultas del mercado son un instrumento que resulta útil a los poderes adjudicadores para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado, al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia. Por lo tanto, la propuesta contiene una disposición específica de protección contra el trato de favor injustificado a participantes que hayan asesorado al poder adjudicador o hayan participado en la preparación del procedimiento. *Vid.*, también López Miño, A. y Valcárcel Fernández, P., "Colusión en la contratación pública (bid rigging): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/14/UE sobre contratación pública", en la obra colectiva *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 425-487.

comunitario (y que se pretende reforzar con la implementación de un modelo de gobernanza[94]), De ahí la importancia de las Directivas "recursos", que tienen una vocación de mejora en la gestión de la contratación pública –más allá de instrumento para la tutela de los licitadores[95]– como se refleja claramente en el Considerando 21 de Directiva de 2007/66, de reforma de las Directivas 89/665 y 92/13, al afirmar que: "La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la presente Directiva tiene por objeto garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo de la Carta"[96].

Esto significa que el sistema de recursos, además de la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contra-

94. El artículo 83 de la Directiva 24/2014, aunque muy limitada en el texto definitivo tras las críticas de las autoridades nacionales –que obligaría a que los Estados miembros designasen a una única autoridad nacional, de naturaleza independiente, con funciones de supervisión y control de la contratación pública en lo que se pretende sea una nueva gobernanza de la contratación pública. Solo un organismo único en cada Estado, para proporcionar una visión de conjunto de las principales dificultades de aplicación, con competencia expresa para proponer soluciones adecuadas para los problemas de carácter más estructural. Entidad que asumiría, además, una competencia de vigilancia para los contratos de un valor relativamente elevado: 1.000.000 de euros para los suministros y los servicios, y de 10.000.000 de euros para el resto. A tal fin, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas–además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos– lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas –que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática– conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos públicos.
Este organismo de supervisión, en tanto pueda contar con medios y preparación suficiente, es un instrumento fundamental en el cambio de los paradigmas de la gestión de los contratos públicos en tanto sea capaz de proporcionar información real e inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, postulando con rapidez las soluciones más adecuadas.

95. Especial interés tiene la monografía de S. Díez, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.

96. Me remito a mis trabajos, "El derecho a tutela judicial efectiva mediante recursos rápidos y eficaces: el modelo de los contratos públicos ", en *Libro Derecho Fundamentales y Otros estudios,* Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín Retortillo Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008, pp. 1473-1498 y El nuevo sistema de recursos en materia de contratación", libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 211-258.

tos públicos celebrados ilegalmente, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción atendiendo al parámetro de respeto al derecho fundamental de la Unión Europea a una buena administración. En consecuencia, el sistema de recursos en materia de contratación pública exige una interpretación compatible con estos derechos (incorporados ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1, 2008, de 31 de julio), atendiendo a las pautas interpretativas determinadas por los tribunales, de la Unión o nacionales.

Cobra así especial importancia el sistema de recursos, como instrumento de integridad y mejora en la gestión, lo que obliga a que existan órganos de control independientes y especializados que resuelvan las cuestiones que se susciten en los plazos previstos, de forma motivada para poder corregir las irregularidades detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones. Por ello, aun sin ser una acción pública, la legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos.

Del sistema diseñado se infiere que los poderes adjudicadores estarán obligados a cancelar una adjudicación declarada ilegal por el órgano de control (STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), sin que sea admisible la regla general de que un contrato nulo continúe su ejecución (STJUE de 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España). Y así debe interpretarse el régimen del recurso especial contenido en el TRLCSP, con el fin de garantizar su efecto útil. Es decir, dentro del plazo de recurso especial, el incumplimiento del plazo suspensivo de la formalización no puede derivar en una cuestión de nulidad. Así, la estimación del recurso especial dará lugar a la anulación de la adjudicación y "arrastrara a esa invalidez sobrevenida" lógicamente, al contrato indebidamente formalizado. Por lo tanto, la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso supone directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho[97].

97. Así lo ha entendido el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del TACPA, donde se afirma, ante un supuesto de formalización incumpliendo el periodo de espera que "En el diseño inicial de la «Directiva Recursos» de 1989 se establecía que los efectos de la declaración de invalidez de la adjudicación se determinarían con arreglo al Derecho nacional. Era, por tanto, este derecho el que determinaba la sanción que anudaba a la declaración de invalidez de los actos precontractuales (artículo 1.6), que, en consecuencia, podía ser bien la conservación del contrato, bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del Derecho europeo, como ha sido la solución tradicional en nuestro ordenamiento. Es decir, la Directiva permitía la declaración de invalidez de un contrato aun en

impugnación de un acto de adjudicación. Sin embargo, las prácticas nacionales eludían el efecto del recurso, permitiendo que un contrato nulo pudiera continuar desplegando efectos, lo que fue considerado ilegal en la STJUE de 3 de abril de 2008, por la que se condenaba al Reino de España por este motivo.

El objetivo explicitado por la vigente Directiva 2007/66/CE es reforzar los mecanismos de recurso, para matizar la regla tradicional de indiferencia del Derecho europeo en relación con la suerte que habría de correr el contrato adjudicado con vulneración de las normas europeas sobre contratación pública. La actual Directiva de recursos pretende incorporar una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria que funcione como mecanismo de cierre del sistema y que garantice el cumplimiento de todo el sistema de garantías de las normas sustantivas sobre contratación (de hecho, en la propuesta original de la Comisión la ineficacia era una posibilidad sólo en la circunstancia de que el período de suspensión no se observase por parte de la entidad contratante). De esta forma, el Derecho de la Unión Europea obliga ahora a los Estados miembros a sancionar con «ineficacia» lo que la norma considera violaciones más groseras del Derecho de la Unión europea. Estos supuestos de especial gravedad son dos: las llamadas adjudicaciones directas –es decir, las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, siempre que ello sea preciso– y los casos en los que, además de haberse producido una infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor, no se respete el periodo de suspensión previo a la formalización del contrato, o la suspensión automática de la adjudicación en los supuestos de interposición del recurso, establecidos en nuestro ordenamiento en los artículos 40.3 y 45 TRLCSP, respectivamente.

Es cierto que el recurso especial se limita a los actos de preparación y adjudicación. Sin embargo, para garantizar el efecto útil del recurso, y atendiendo a los principios de *favor actionis* y de economía procedimental, conviene acumular a este recurso la acción de nulidad –que no la cuestión de nulidad– derivada de nuestra resolución, tal y como aparece en el *petitum* de la UTE recurrente. Opción compatible con una tradición jurídica como la española, en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite como lógica consecuencia al contrato, se haya perfeccionado o no.

Procede, en definitiva, una interpretación integradora del sistema de control por el Tribunal Administrativo de los distintos incidentes del contrato impugnado, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que deriva del artículo 24 CE y la eficacia del sistema de control administrativo diseñado por el TRLCSP (con fundamento en la Directiva 2007/66).

En definitiva, procede la tramitación del recurso especial. Y siendo ilegal la adjudicación, que debe recaer a favor de la UTE recurrente, al ser el operador económico que realiza la oferta económicamente mas ventajosa no incursa en anormalmente baja, debe declararse igualmente, y de forma simultánea, la nulidad del contrato del IASS con la empresa ARALIA por infracción del artículo 62.1 e) de la Ley 30, 1992, de 27 de noviembre, al ser un acto que no ha respetado el procedimiento debido. Así se deriva por lo demás de la doctrina del TJUE en la Sentencia de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, que considera contrario al derecho de la Unión que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. En consecuencia, de conformidad con el artículo 35 TRLCSP, el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo".

Con ello no solo se impide alcanzar el efecto útil del recurso preconizado por las Directivas comunitarias, sino que también se afecta gravemente a la perfección del contrato y a los aspectos financieros que le son propios, pues en los contratos llamados de pasivo (obras públicas, suministros y servicios, entre otros) la disposición del compromiso del gasto se produce no con la adjudicación del contrato sino con su formalización por lo cual si esta se hace irregularmente los pagos al contratista serian nulos y otro tanto ocurriría con los contratos de activo como son los contratos de gestión de servicios públicos que convertirían las tarifas de los usuarios y los cánones concesionales percibidos por las Administraciones públicas como manifiestamente ilegales.

La opción española se ha decantado por crear Tribunales administrativos, a los que se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el contenido de la resolución final[98]. La novedad es ciertamente relevante, tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica[99]. No en vano, como se ha venido recordando, un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan "reparar y corregir" de forma eficaz las contravenciones a lo dis-

98. Me remito a mis trabajos (y la bibliografía allí citada) "Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva", *Revista Derecho Público de Cataluña*, nº 47, 2013 y "Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?", en libro colectivo coord. Por Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014; pp. 25-138.

99. M. A. Bernal Blay, "El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento", *REDA*, nº 160, 2013, pp. 190-213. La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. De La Sierra ("Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública", *REDA*, nº 149, 2011, pp. 107-1089) o A. Serrano Pascual ("La Ley 3, 2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar", *El Consultor de los Ayuntamientos,* Rev. 12, 2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, al exigir que en nombramiento del presidente sea equivalente al de juez. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiende ajustada a la Directiva 2007/66 esta regulación M. A. Bernal Blay, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger, apartado 29– admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente "una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos".

puesto[100]. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como "generador o facilitador" de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos[101]. Es éste un tema crucial, pues del mismo depende la esencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el adecuado equilibrio de las prerrogativas en más y menos de la Administración.

La función de los órganos de control de los contratos públicos es la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. Y, con la nueva regulación comunitaria, también de las cuestiones que puedan esconder actuaciones que afecten al procedimiento de licitación, como los modificados, convenios que sean contratos públicos o encargos a entes instrumentales si no se cumplen los requisitos para tener la consideración de medio propio. En todo caso, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable[102]. En definitiva, corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. Si de ello deriva que la adjudicación se realice a favor de otro licitador, se concederá al órgano de contratación un plazo un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado para que se presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (art. 47.2 TRLCSP).

---

100. Me remito a mi monografía *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*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 297-313.
101. Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo "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*, nº 147, 2010, pp. 517-535.
102. Acuerdo TACPA 13/2011, de 14 de julio.

La novedad del nuevo recurso especial y de los tribunales administrativos, tras la puesta en funcionamiento y más de tres años de "recorrido", puede ser calificada como de relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica[103]. El cumplimiento de plazos con carácter general y contenido de las resoluciones han permitido validar el sistema, como se acredita en el volumen de recursos. La creación y puesta en funcionamiento de estos órganos de recursos contractuales ha supuesto un notable avance en la necesidad de un efectivo control que, además de garantizar el derecho a la tutela, permita una gestión más eficiente de los fondos públicos y posibilite la eficacia del derecho a una buena administración[104].

Aunque este sistema pueda resultar cuestionable desde la perspectiva del derecho comparado, donde mayoritariamente se ha optado por un modelo jurisdiccional[105]. Esta opción, desde la lógica del sistema quizá parece la más coherente –como bien destaca el profesor Baño León[106]– aunque desde la realidad práctica quizá no resulta tan desacertada la opción del tribunal administrativo, a la vista de los tiempos que actualmente marcan los Tribunal contencioso-administrativos en la resolución de los recursos[107].

---

103. *Vid*. M. A. Bernal Blay, "El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento", *REDA*, nº 160, 2013, pp. 190-213.

104. Así lo advierte J. Ponce en su trabajo "El órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración", *Revista Documentación Administrativa*, nº 288, 2010, p. 206.

105. En el Derecho comparado europeo tenemos los ejemplos del "référé précontractuel" francés (Ley de 4 de enero de 1992, modificada por la Ley de 30 de junio de 2004), inspirador de las directivas comunitarias sobre recursos 42 o del contencioso precontractual portugués regulado en el Código del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15, 2002, artículos 100 a 103, que conforman la sección II del capítulo I, "De las impugnaciones urgentes", del Título IV, "De los procesos urgentes"). Véase sobre este recurso, que se destaca junto a los de Francia y Alemania y en contraste con la ausencia de una regulación similar en España, Noguera De La Muela, B., "El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30, 2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE", en J. M. Gimeno Feliú (Ed): "El Derecho de los contratos públicos", Monografía nº X de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, p. 329.

106. J. M. Baño León, "Jurisdicción y recursos", *Diccionario Contratación Pública* (Dir. J. Bermejo), Iustel, Madrid, 2008, p. 390.

107. Basta con analizar los datos elaborados por el CGPJ. *La Justicia dato a dato. Año 2008*, Madrid, 2009. Sobre la dimensión sociológica de la jurisdicción contencioso administrativa, con un pormenorizado análisis de la congestión de los Tribunales y su lentitud en la resolución de asuntos, resulta de gran interés consultar las ediciones anuales elaboradas por Martín Rebollo, L. de las *Leyes administrativas*,

El cumplimiento estricto de los plazos, la publicidad de los acuerdos y resoluciones –y su fundamentación– han dotado de credibilidad el sistema al cumplirse con las notas de rapidez, eficacia e independencia que se pretendía con este nuevo recurso[108]. Sistema de recursos que lejos de la idea de gasto, debe contemplarse como una eficaz y rentable inversión, pues está permitiendo una mejor gestión en la administración, corrigiendo prácticas viciadas, lo que se traduce en importantes ahorros económicos[109].

No es menos cierto que junto a las luces se observan ciertas sombras. Una, es el escaso conocimiento por los licitadores de esta posibilidad de recurso, que deriva, quizá, de la no visualización pública de este nuevo mecanismos de recurso y sus especiales características.

Además, como principales "lagunas" podemos señalar lo siguiente[110]. La primera, la no extensión integral del sistema ya que este recurso no debe depender del importe del contrato[111]. Eso significa que para los contratos no armonizados no existe este recurso y el TRLCSP remite a la legislación

---

Aranzadi, Pamplona (16 ed., 2010), "Estudio preliminar. Introducción a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa".

108. Resulta de interés el Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Especial contratos públicos (coord. por S. Díez), elaborado por el Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid que centra su atención, en particular, en Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial, que debe servir de base tanto para la toma de decisiones de política legislativa y de justicia. (se puede consultar en: *http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2015, 03/Informe-sobre-la-Justicia-Administrativa-2015. pdf*).

109. *Vid.* M. A. Bernal Blay, "El sistema de tutela…", ob. cit., pp. 210-211.

110. También crítico por cierta insuficiencia, se manifiesta J. A. Razquin Lizárraga, "El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector público", *Revista General Derecho Administrativo*, nº 25, 2010, pp. 50 a 52.

111. Basta recordar lo afirmado por el profesor J. M. Baño León a propósito del sistema de recursos previsto en las Directivas de la Unión Europea de las que se infiere que en la medida que se considere el mismo como un reflejo de los principios de libre prestación de servicios y de no discriminación, los países como España, que establecen un sistema de menor protección jurídica en los contratos no sujetos a la Directiva incumplen el Derecho europeo de contratos públicos, "Tutela judicial precontractual", en J. Bermejo Vera/ M. A. Bernal Blay, *Diccionario de contratación pública*, Iustel, 2008, p. 689. Igual análisis en la doctrina en mi monografía *Las reformas legales de la Ley 30, 2007, de contratos del sector público*, Civitas, 2011, pp. 93-101; y los trabajos de J. A. Moreno Molina, *La reforma de la ley de contratos del sector público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34, 2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 173-182; y M. M. Razquin Lizárraga, "La Ley de contratos del Sector público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para las Entidades locales", *Revista de Administración Pública*, nº 186, 2011, p. 59.

general[112], lo que genera una dualidad de recursos con reconocimiento de la doble jurisdicción –civil o administrativa– en función de su naturaleza o no de Administración pública, con la quiebra del principio de los actos

112. La Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado mediante Informe 48, 08, de 29 de enero de 2009, analiza qué recursos proceden en la adjudicación provisional en contratos no sometidos a regulación armonizada afirmando que sólo pueden interponerse los recursos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 107 de la misma: "Contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición". Se recuerda que el recurso a interponer será normalmente el potestativo de reposición como previo al contencioso administrativo, pues por regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa. Sin embargo, existe un supuesto en el que esto no es así. En efecto las Juntas de Contratación, tienen el carácter de órganos de contratación pero no ponen fin a la vía administrativa por lo que sus resoluciones, antes de ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, deberán ser objeto de recurso de alzada ante el superior jerárquico de la misma, debiendo entenderse por tal el órgano del que han recibido las competencias que tengan atribuidas. Interesa destacar la naturaleza del acto de a provisional (cuestión analizada ya con detalle por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 18, 2008, de 21 de julio) afirmando: En primer lugar debe ponerse de manifiesto, en contra de lo que parece decir la consulta, que los actos de adjudicación provisional del contrato no son propiamente actos de trámite ni se acuerdan por la Mesa de contratación.
Por el contrario, son actos resolutorios del procedimiento de adjudicación tal como se desprende del artículo 135 de la Ley de Contratos del Sector Público en sus apartados 4 y 5 en los que al hablar de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional en ningún caso contempla la posibilidad de que ésta sea modificada por aquélla, limitándose a admitir la posibilidad de que no se convierta en definitiva sólo en el caso de que el adjudicatario no cumpla las obligaciones complementarias que la Ley le impone a este efecto.
Con independencia de ello, o tal vez precisamente por ello, las adjudicaciones provisionales se acuerdan por el órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.3 LCSP.
De igual modo conviene indicar que entre la adjudicación provisional y la definitiva no existe ningún acto administrativo propiamente dicho, sino el mero transcurso de un plazo que en los casos contemplados en este informe no tiene más finalidad que permitir la presentación de la documentación complementaria contemplada en el precepto mencionado. Sentado lo anterior, y en cuanto al régimen jurídico de los recursos que pueden interponerse contra los actos de trámite previos a la adjudicación provisional del contrato, fuera de aquellos casos en que se admite la interposición del recurso especial del artículo 37 de la Ley, procede señalar que serán los indicados en el artículo 107 de la Ley 30, 1992 antes mencionado. Ello supone que el plazo de interposición de los recursos que tal artículo contempla será el de un mes (artículo 115.1 y 117.1) sin que

separables[113]. Convendría, por ello, diseñar un concreto régimen de recursos único al margen del importe del contrato[114]. Y, en todo caso, recuperar la unidad de jurisdicción a favor del contencioso administrativo para las fases de preparación y adjudicación, con indiferencia del carácter o no de Administración pública del poder adjudicador[115].

Por último, es cierto que la articulación práctica en España pone de manifiesto ciertas disfunciones, en tanto la planta autonómica de estos Tribunales a fecha de hoy no está cerrada, generando asimetrías poco compatibles con el principio de seguridad jurídica. Y la extensión –a mi juicio sin justificación legal– al ámbito local genera indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo[116]. Además, las restricciones presupuestarias actuales condicionan la función de control que puede afectar a la consecución de la rapidez de este recurso, con los perjuicios desde la perspectiva de la eficacia que se ocasiona para el órgano demandante de la prestación suspendida hasta la resolución expresa.

En todo caso, conviene insistir en que el correcto funcionamiento de la contratación pública con objetivos de política pública como vectores de su concreto diseño exige la existencia de mecanismos de control efectivos y rápidos por autoridades independientes ya sean judiciales –mediante la oportuna reforma procesal–, o mediante "arbitrajes administrativos" independientes y con estatus de juez (así lo exige la Directiva "recursos"). De esta manera se puede avanzar en un modelo que preserve el principio de

---

por el mero hecho de interponerlos se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado.
Como consecuencia es posible, desde el punto de vista legal, que la resolución del recurso se dicte después de haber concluido el procedimiento de adjudicación del contrato e incluso, podría ocurrir que el contrato se encontrase al menos parcialmente ejecutado. Ésta es una situación que sólo se puede evitar si el recurrente solicita la suspensión y el órgano de contratación encargado de resolver el recurso acordase concederla antes de resolver sobre el fondo".

113. S. Del Saz, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?", *RAP,* 174, 2007, p. 349. *Vid.* también Gimeno Feliú, José María, "El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras", *RAP* nº 176, 2008, pp. 9-54.

114. Postulan un recurso especial de alcance general, con independencia de la cuantía del contrato, entre otros, J. M. Baño León, El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional", en el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., p. 337; Noguera De La Muela, "El recurso especial…", *cit.,* pp. 105-106.

115. *Vid*., por todos, sobre esta interesante cuestión, el clásico trabajo del profesor L. Martín-Retortillo, "Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública", *RAP* nº 49, 1966, pp. 196 y ss.

116. Igualmente, P. Valcárcel Fernández y R. Fernández Acevedo, "Organos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España", ob. cit., p. 373.

integridad[117]. Y la experiencia del modelo español a través del recurso especial ante los tribunales administrativos, con las insuficiencias descritas, ha supuesto un notable avance, que en modo alguno puede ser considerado como gasto innecesario o prescindible[118].

Lo importante, en definitiva, es preservar un control útil, basado en la pronta respuesta y en la especialización e independencia de estos tribunales administrativos, estatal o autonómicos, regulando una planta de carácter cerrada, que impida su extensión en el ámbito local o institucional, y que incluya mecanismos de coordinación que favorezcan la unidad de doctrina y, por ello, la predictibilidad y seguridad jurídica[119]. Ese debe ser, en definitiva, el eje de reforma que avance en la senda del control efectivo y sirva de herramienta efectiva frente a la corrupción y dote de credibilidad al sistema[120]. Este sistema de "justicia administrativa especial" ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido –al menos inicialmente– a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203, 14), lo que supone reconocer que estos Tribunales adminis-

117. Me remito a mi trabajo "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar al integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública", *REDA*, nº 147, 2010, pp. 517-535. Igualmente critico con la escasa regulación del arbitraje en el artículo 320 LCSP (ahora 50 TRLCSP) y su no extensión en la fase de ejecución a las Administraciones Públicas, se muestra J. A. Moreno Molina, *La reforma de la Ley…,* ob. cit., p. 138.

118. Esta opinión favorable es también defendida por P. Valcárcel Fernández y R. Fernández Acevedo, "Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España", ob. cit., pp. 371-373: "…estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato". También por M. A. Bernal Blay, que destaca la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la *auctoritas* de su doctrina. "Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

119. Sobre la cuestión de la seguridad jurídica, entre otros, es cita imprescindible en trabajo de J. Bermejo Vera, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005.

120. Esta es la conclusión defendida en mi trabajo "Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva, *Revista Derecho Público de Cataluña*, nº 47, 2013", donde se viene a argumentar sobre la complementariedad del modelo (y no duplicidad) y el efecto útil en el control y su función profiláctica. Por ello, encaja mal con esta filosofía la exigencia de una tasa para la interposición del recurso (opción adoptada en Cataluña mediante Ley 2, 2014, de 27 de enero).

trativos –con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007–, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54, 96 *Dorsch Consult*).

Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario, tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y ejecutorios. Aspecto sobre el que interesa dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, en el recurso de casación nº 3014, 2013 (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña)[121], donde se concluye, en relación a los efectos de las resoluciones dictadas en estos recursos especiales que en su fundamento octavo afirma:

> *"Se trata éste de un recurso de tramitación ágil pensado para, según la Directiva, poner remedio a la práctica observada en los poderes adjudicadores y las entidades contratantes de proceder a la firma acelerada de los contratos para "hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida" (considerando 4°).* ***Por eso, el artículo 2.8 requiere a los Estados velar «por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz».***
>
> *Así, pues, la perspectiva, desde la que debemos enjuiciar este litigio es la querida por los legisladores europeo y, en consonancia con él, español. Esto es, la de preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa (artículo 57.1 de la Ley 30, 1992, de 26 de noviembre,*

121. Se recurre el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en auto de fecha 26 de marzo de 2013 razona que: *"Sin embargo, no puede dejar de señalarse ya a priori la profunda influencia que tiene en esta materia el Derecho europeo, que ha establecido unos estándares que deben seguir los Estados miembros en cuanto se refiere a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, contenidos en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE.*
La normativa europea pretende asegurar la existencia de mecanismos eficaces de garantía para los licitadores, de modo que se eviten las situaciones relativamente frecuentes en que el tiempo necesario para sustanciar los procedimientos ordinarios hace inviable revertir una situación ilegal, que se convierte por ello en un hecho consolidado. A tal fin, se establece la paralización inicial de los acuerdos de adjudicación de los contratos públicos, a fin de que un órgano independiente del poder adjudicador pueda resolver el recurso antes de que aquéllos desplieguen sus efectos. Además, se otorga una especial eficacia ejecutiva a las resoluciones de dicho órgano independiente, (…)".

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)" (negrita nuestra).

Criterio confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014 en relación al recurso de casación contra resolución TSJ de Cataluña en relación a la tutela cautelar sobre la resolución del OARC en el caso de la privatización de las aguas Ter-Llobregat, que viene a recordar las especiales características de los tribunales administrativos contractuales. En concreto, puede resaltarse que no es necesario que la resolución del OARCC declare la nulidad del contrato, pues la resolución que declaró que el adjudicatario debió ser excluido del procedimiento de licitación "lleva consigo la anulación del contrato", y el carácter ejecutivo y ejecutorio de las resoluciones de los tribunales administrativos si no se ha acordado tutela cautelar por la jurisdicción.

Interesa mucho esta afirmación pues el efecto útil del mecanismo del recurso especial exige respetar y hacer cumplir lo resuelto, salvo que se suspenda por órgano jurisdiccional competente, que atenderá, tras petición de tutela cautelar por quien recurre (la Administración), como juegan los distintos interés públicos. Por lo que respecta al caso consultado, el Tribunal Supremo confirma la decisión del TSJ de no conceder tutela cautelar al advertir que:

> "Es correcta la ponderación de intereses efectuada por la Sala de Barcelona. Ante todo, debemos confirmar el punto de partida desde el que los autos se pronuncian sobre la cuestión, que no es otro que el adoptado por la Directiva 2007/66/CE de la que trae causa el recurso especial en cuya virtud se adoptó la resolución que ACL quiere ver suspendida. Punto de partida que consiste en dar preferencia al interés público cuya satisfacción se ha buscado instituyendo ese remedio. O sea el de hacer posible una revisión eficaz de la legalidad de la adjudicación de contratos como la disputada por una instancia especializada, dotada de independencia, mediante un procedimiento ágil que lleve a una decisión rápida que, además, se lleve a efecto. Por eso, insisten tanto los considerandos de la Directiva en que este recurso debe ser eficaz y su artículo 2.8 lo enfatiza cuando ordena a los Estados velar para que las resoluciones que lo resuelvan sean ejecutadas de modo eficaz".

Para finalizar afirmando, dato muy relevante, que las resoluciones de los tribunales y órganos de recursos contractuales, tienen una "singular relevancia" por haberlo querido así el legislador europeo y, en consonancia, el español, resaltando que *"Y es que, frente a la indicada especial significa-*

ción de las decisiones del órgano llamado a impedir las adjudicaciones precipitadas y los hechos consumados en materia de contratos del sector público, no nos ha ofrecido razones bastantes para desvirtuar las que llevaron a la Sala de Barcelona a denegar la medida cautelar".

Así, una resolución de estos Tribunales, en tanto órganos "jurisdiccionales" (lo que explica que no tengan la condición de demandado, tal y como previene la LJ), deben ser cumplidas en sus propios términos[122]. Máxime cuando se ha incumplido con la regla de la suspensión *ex lege* en

122. Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, C-212, 02, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apartado 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, asunto C-246, 09, Susanne Bulicke. Igualmente apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, asunto C-272, 10, Souzana Berkizi-Nikolakaki). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr 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, apartados 30 a 32). En ese sentido, en mi opinión, la interpretación que se está haciendo del concepto de Pliegos «puestos a disposición» de los licitadores a que se refiere el art. 44.2. a) TRLCSP –posiblemente por la deficiente redacción normativa– para determinar el *dies a quo* del plazo para interponer el recurso, se opone al efecto útil de la Directiva 89/665 y a la protección de los derechos que dicha directiva propugna. En primer lugar, porque veta la posibilidad de interponer recurso contra el pliego más allá de los quince días tras su publicación en el perfil de contratante, aun cuando el plazo de presentación de ofertas se encuentre todavía abierto, dejando desprovisto al interesado de un mecanismo rápido y eficaz para corregir posibles infracciones, o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Y en segundo lugar, porque una interpretación *secundum directivam* de las normas nacionales que incorporan a los Ordenamientos nacionales el art. 2 quater de la Directiva 89/665 exige que el recurrente haya tenido conocimiento del acto a recurrir para iniciar el cómputo del plazo para la interposición del recurso. Los conceptos de «comunicación», «envío» o «recepción» de las actuaciones recurribles que utiliza el mencionado precepto evocan esa idea de acceso efectivo al acto recurrible, y exigen algo más que una mera «puestos a disposición» al licitador materializada en la publicación del acto recurrible en una página web. De ahí que el cómputo del *dies a quo* del plazo para interposición del recurso no pueda comenzar, salvo que haya certeza del acceso previo al pliego, hasta el último día de presentación de ofertas, momento último en que un interesado en la licitación ha podido tener conocimiento del pliego, si éste fue dado a conocer mediante su publicación en el perfil de contratante.

los supuestos de adjudicación y se ha procedido a formalizar, de forma indebida, un contrato[123].

Esto significa que, salvo que el Tribunal competente de la jurisdicción contencioso, haya dictado auto concediendo tutela cautelar donde se suspenda la eficacia de lo resuelto por estos Tribunales administrativos, sus resoluciones deben ser cumplidas de forma directa y sin demora, sin que pueda condicionarse en modo alguno al fallo definitivo del Tribunal contencioso. Solo así se da cumplimiento a la arquitectura jurídica del recurso especial y su fundamento, no se olvide, en las Directivas recursos[124].

123. Cuestión analizada y resulta por el Tribunal Administrativo de Contratos públicos de Aragón en su Acuerdo 55/2013, en relación a la formalización de un contrato sin respetar el plazo de *stand hill* que exigen las Directivas, de tal manera que tramitando el recurso especial, al aceptar las pretensiones del mismo y declarar ilegal el acto de adjudicación, acuerda declarar la nulidad del contrato indebidamente celebrado, acordando, ex artículo 35 TRLCSP, que el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo.

124. Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, C-212, 02, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apartado 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, asunto C-246, 09, Susanne Bulicke. Igualmente apdo. 38, STJUE de 18 de enero de 2011, asunto C-272, 10, Souzana Berkizi-Nikolakaki). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr 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, apartados 30 a 32). En ese sentido, en mi opinión, la interpretación que se está haciendo del concepto de Pliegos «puestos a disposición» de los licitadores a que se refiere el art. 44.2. a) TRLCSP –posiblemente por la deficiente redacción normativa– para determinar el *dies a quo* del plazo para interponer el recurso, se opone al efecto útil de la Directiva 89/665 y a la protección de los derechos que dicha directiva propugna. En primer lugar, porque veta la posibilidad de interponer recurso contra el pliego más allá de los quince días tras su publicación en el perfil de contratante, aun cuando el plazo de presentación de ofertas se encuentre todavía abierto, dejando desprovisto al interesado de un mecanismo rápido y eficaz para corregir posibles infracciones, o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Y en segundo lugar, porque una interpretación *secundum directivam* de las normas nacionales que incorporan a los Ordenamientos nacionales el art. 2 quater de la Directiva 89/665 exige que el recurrente haya tenido conocimiento del acto a recurrir para iniciar el cómputo del

En consecuencia, la Administración afectada por una resolución de estos tribunales, en tanto son decisiones ejecutivas y ejecutorias en sus propios términos (y que no responden a criterios jerárquicos, pues debe insistirse en la nota de independencia), no puede justificar la inaplicación de la misma bajo ningún concepto. Así lo ha destacado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 28/2013, de 14 de junio de 2013, en relación a la decisión de no cumplir lo acordado con carácter previo por el Ayuntamiento al alegar este que era un tema todavía *subiudice* por que lo había impugnado un particular (aunque no existía auto cautelar de suspensión)[125]. El argumento del Tribunal administrativo, instando a cumplir en sus propios términos lo acordado, es el siguiente:

> *"El principio de lealtad institucional, así como el de buena fe en la actuación de las Administraciones Públicas quedan en entredicho por las actuaciones adoptadas por el Ayuntamiento de Huesca, y pueden comprometer los fines de una justicia administrativa que debe ser eficaz. Esta actuación implica el mantenimiento del estatus jurídico de la empresa recurrente, en su condición de mediador con el Ayuntamiento de Huesca, que deriva de un Convenio originario con la FEMP, celebrado al margen de la legislación de contratos públicos.*
>
> *El Ayuntamiento de Huesca pudo, de considerarlo adecuado a sus intereses, recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón el referido Acuerdo. No ha sido así, y por ello el Acuerdo ha adquirido firmeza administrativa y existe cosa juzgada. Y esa debió ser la respuesta jurídica ante la pretensión de recurso de AON.*
>
> *El Ayuntamiento de Huesca, al no recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón el Acuerdo 51/2012 consintió la decisión adoptada por este Tribunal administrativo. Y debió poner en conocimiento de este Tribunal administrativo el recurso interpuesto por AON, pues no es admisible que este Tribunal administrativo conozca, seis meses después, la interposición del recurso contencioso-administrativo, y lo*

---

plazo para la interposición del recurso. Los conceptos de «comunicación», «envío» o «recepción» de las actuaciones recurribles que utiliza el mencionado precepto evocan esa idea de acceso efectivo al acto recurrible, y exigen algo más que una mera «puestos a disposición» al licitador materializada en la publicación del acto recurrible en una página web. De ahí que el cómputo del dies a quo del plazo para interposición del recurso no pueda comenzar, salvo que haya certeza del acceso previo al pliego, hasta el último día de presentación de ofertas, momento último en que un interesado en la licitación ha podido tener conocimiento del pliego, si éste fue dado a conocer mediante su publicación en el perfil de contratante.

125. Este Tribunal administrativo, desde sus inicios, viene exigiendo a la Administración a la que se le anula un pliego o acto de exclusión o adjudicación que informe de las decisiones adoptadas para el efectivo cumplimiento.

sea por el requerimiento de información derivado del incumplimiento de lo establecido en el acordando Tercero del Acuerdo".

Y, quizá lo más significativo, el TACPA acuerda requerir al Ayuntamiento de Huesca la ejecución del Acuerdo 51/2012 en sus justos y precisos términos, teniendo por anulados con todas sus consecuencias los pliegos de la licitación. La respuesta del Ayuntamiento fue inmediata y declaro la nulidad de sus actuaciones contrarias al Acuerdo del TACPA.

Pudiera ser que una Administración, a pesar de todo lo expuesto, decida no cumplir las resoluciones de estos tribunales administrativos. Tal decisión, que, por arbitraria, puede encajar en alguno de los supuestos de nuestro Código penal, no debe ser consentida, pues dejaría sin efecto todo el modelo de recursos en materia de contratos públicos. En esa situación, claramente patológica desde la lógica procedimental, puede ser corregida si la parte interesada insta, en primer lugar, a que el Tribunal administrativo requiera a la Administración el cumplimiento de su acuerdo de forma inmediata en sus propios términos (advirtiendo, incluso, si fuera el caso, de que un contrato indebidamente perfeccionado como consecuencia de la anulación del acto de adjudicación, debe entrar en liquidación por nulidad ex artículo 35 TRLCSP).

Y de no dar adecuada respuesta, al ser un claro supuesto de inactividad material de una Administración, se podrá utilizar por los interesados el artículo 29.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa[126], al ser la decisión del órgano de recursos contractuales título ejecutivo firme[127]. Así, los afectados podrán solicitar el cumplimiento y ejecución de esta Resolución por parte de la Administración "condenada", y si ésta no se produce en el plazo de tres meses desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, para que el juez contencioso

126. Recordamos que este precepto indica que *"Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración".*

127. Recuérdese que la Exposición de Motivos de la Ley de 1998, en relación a este recurso por inactividad afirma que "Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración" (Apartado V. párrafo 1). Sobre esta cuestión, por todos, me remito al excelente trabajo de M. Gómez Puente, La inactividad de la Administración, 2ª ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 739-763.

inste, con su *auctoritas,* al cumplimiento inmediato[128]. De no admitirse esta interpretación, la aplicación formal de la LJ de 1998 para un supuesto no previsto, conduciría a una inaplicación de facto de los principios de control útil, rápido y eficaz en contratos públicos y consolidaría una práctica de incumplimiento, solo atenuada por la tutela resarcitoria de los Tribunales contencioso, alejada de los fines del control de la contratación pública y, en especial, de protección de la integridad.

VII. EPÍLOGO.– HACIA LA TRANSPOSICION EFECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION PÚBLICA Y, EN ESPECIAL, DEL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD

A modo de conclusiones finales, puede afirmarse que la cuarta generación de Directivas de contratos públicos puede ser el fin de un primer ciclo de la regulación en la materia (alcanzada ya una visión completa y "estratégica" de todas las fase de la contratación[129]), máxime cuando existe una importante doctrina del TJUE que ya se ha incorporado y que, en todo caso, sirve de pauta interpretativa de cara a la integración y armonización de los Derechos atendiendo a los principios, categorías e instituciones de los Ordenamientos nacionales[130]. A modo de sucinto catálogo de decisiones a tener en cuenta podemos concluir lo siguiente:

a) Codificación y depuración conceptual. Este nuevo paquete legislativo exige del Estado español una depuración normativa antes del fin de abril de 2016. El contenido de esta nueva normativa, y la experiencia práctica de nuestra legislación nacional aconsejan una nueva normativa, completamente distinta del actual TRLCSP en tanto parece lógico que existan tres normas legales distintas o bien un "Código de Contratos Públicos" con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos. Un "Código" que dote de seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social[131].

---

128. Por lo demás, si el 136 LJ ya privilegia esta acción limitando los casos de tutela cautelar, debe advertirse que ni siquiera podrá ser alegado por la Administración si la tutela cautelar le ha sido denegada con carácter previo (por ejemplo, en el citado asunto Aguas Ter-Llobregat).
129. Me remito aquí a los trabajos sobre distintas cuestiones "estratégica" de los contratos públicos al libro colectivo dirigido por J. Pernas, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
130. Recuerda este proceso de mutuas influencias, con cita de las sentencias más significativas, S. González Varas en su *Tratado de Derecho administrativo. Tomo II El Derecho administrativo europeo*, Thomson, Pamplona, 2012, 2ª ed., pp. 36 y ss.
131. Al menos, la transposición debería tener esta visión "codificadora" y presentar un texto de fácil comprensión y aplicación práctica, compatible con el derecho

Son tiempos de cambios que exigen reformas en profundidad de la normas administrativas y en concreto de las de contratación pública, que permitan, ahora sí, configurar un modelo armonizado y uniforme de contratación pública en Europa que permita una adecuada optimización de los fondos públicos para consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que incorpore como premisas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad. Simplificación y uniformidad de regímenes con independencia de su carácter o no de Administración pública, pues lo que urge es encontrar un escenario común para todo poder adjudicador, simplemente sencillo, eficiente y garante tanto de los principios constitucionales como de los específicos principios de la contratación pública que derivan del TFUE[132].

b) Refuerzo de los principios de integridad en la contratación pública. Es necesario revisar el modelo de la contratación pública desde el paradigma de la integridad y buen gobierno[133]. Máxime cuando está en juego la protección del 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)[134]. Y no

comunitario.

132. F. Blanco López, "Procedimientos de adjudicación de los contratos en la LCSP", en libro col. *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, en Colás Tenas, J. y Medina Guerrero, M. (Coords.), Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico (Cátedra Royo Villanova), 2009, p. 185.

133. 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: Organo profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, nº 3560, 2014, pp. 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. Sorprende, no obstante, el escaso interés político hasta fechas recientes sobre esta materia. Testimonialmente puede recordarse la *Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción* presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, publicada en *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Serie B, nº 36-1) de fecha 5 de enero de 2012. Por el contrario, en Italia destaca la aprobación del, Informe de la Comisión Para el Estudio de elaboración de medidas para la prevención de la corrupción (octubre 2012), coord. por R. Garofoli, *"La corruzione in Italia-per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma"*.

134. 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

basta con una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos[135]), que, siendo necesaria, no es suficiente[136]. Como bien advirtiera D. KAUFMANN, la corrupción no se combate combatiendo la corrupción[137]. Es necesaria una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil (mediante planes preventivos de la corrupción). La lógica de un Derecho Administrativo garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración[138], aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva, tanto mediante la función de inspección y control de los Tribu-

---

garantía del Derecho a una Buena Administración", en BASSOLS COMA, M. (Dir.): *Documentación Administrativa 288*: monográfico dedicado a Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, 2010, pp. 193 a 206.

135. A este respecto, resultan de interés CASTRO CUENCA, C.: *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2009 y JAREÑO LEAL, Á.: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011. Especial interés, por su vinculación a la contratación pública, el trabajo de A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública*, ob. cit., pp. 37-53.

136. La ciudadanía "exige" esta depuración de responsabilidades penales, pero lo importante es evitar que las conductas patológicas se produzcan. Sobre la responsabilidad penal y administrativas de empresas resulta de interés en estudio de S. BACIGALUPO y J. LIZCANO, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas*, ed. Programa EUROsociAL, Colección Estudios, nº 1, 2013. en delitos relacionados con la corrupción".

137. D. KAUFMANN, "Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción", *Revista Finanzas & Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41-43.

138. Sobre esta cuestión es ineludible la cita al trabajo de J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1, 2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Sobre las consecuencias y sentido del derecho a una buena administración, sin animo exhaustivo, se pueden consultar los trabajos de J. TORNOS MAS, "El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública", libro Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641; B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: INAP, 2005; J. RODRÍGUEZ ARANA, *El Buen gobierno y la buena administración de las Instituciones Públicas*, Madrid: Aranzadi, Cizur Menor, 2006; J. B. LORENZO DE MEMBIELA, «La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2007, nº 30, pp. 445 y ss; y J. CARRILLO DONAIRE, «Buena administración ¿un principio, un mandato, un derecho subjetivo?», *Los principios jurídicos del derecho administrativo.* Madrid: La Ley, 2010, pp. 1137-1165.

nales de Cuentas (a los que debería reforzarse sus potestades, permitiendo investigación de oficio en cualquier momento y con posibilidad de suspender procedimientos)[139], Agencias de Lucha antifraude[140], creación de autori-

139. Sin duda puede ser una importante herramienta función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Sobre ello resulta de interés el trabajo de J. Medina Guijarro y J. C. López López, "La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas", Documentación Administrativa nº 275-276, 2006, pp. 407-424 y el libro de J. A. Fernández Ajenjo, *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas, Cizur Menor, 2011. Obviamente se deberá "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. C. Cubillo Rodríguez, "Las responsabilidades jurídicas derivadas de la contratación del sector público", en libro col. *La contratación en el sector público tras la Ley 30, 2007, de 30 de octubre,* Comares, Granada, 2009, pp. 634-638. 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 nº 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.

140. Un ejemplo es la Ley 14, 2008, del 5 de noviembre (modificada por 7, 2009, de 13 de mayo), por la que se crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público

dades de vigilancia sobre los contratos públicos[141] y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido[142].

Extender la acción pública en el recurso especial –o al menos amplia, más allá de los potenciales licitadores– en defensa del derecho a una buena administración puede ser, como sugiere J. PONCE, una solución muy efectiva[143].

c) La transparencia como fomento de la igualdad de trato y de rendición de cuentas. La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia de forma efectiva mediante medios electrónicos y corrigiendo la "dispersión" de la publicidad y la "oscuridad" en el diseño de criterios o exigencias en los pliegos de las licitaciones, debe servir como instrumento de rendición de cuentas (no en vano este principio guarda íntima relación con la cultura de nueva gobernanza)[144]. A tal efecto

---

(sobre sus funciones, son de interés las reflexiones de A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad…*, ob. cit., pp. 300-330.

En Portugal, desde hace un par de años existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja "con" el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1º da Lei nº 54, 2008).

141. Es el caso de Italia, que regula esta figura en su Código de contratos públicos. De interés el trabajo de S. TORRICELLI, "L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia", en libro colectivo coord. Por Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 493-509. La carencia de una agencia anticorrupción en España es una evidente carencia, tal y como también advierte A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad…*, ob. cit., pp. 331-332.

142. Me remito a mi trabajo "Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe CORA. Balance y prospectiva", *Revista Catalana de Dret Public*, nº 47, 2013.

143. J. PONCE, "La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local", en *Anuario de Derecho Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Esta opinión, que liga la funcionalidad institucional a la dimensión colectiva del derecho a una buena administración es la que mantiene J. PRATS CATALA, en su trabajo "La lucha contra la corrupción como parte integrante del derecho, el deber y las políticas de buena administración", *Cuadernos de Derecho Público* nº 31, 2007, p. 21.

144. El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. *Libro Blanco sobre la*

el artículo 8 de la Ley 19, 2013, de Transparencia obliga a que el portal de transparencia contractual contenga información sobre todo contrato público –y todo contrato patrimonial– al margen de su importe y tipo. Es decir, que aun en los procedimientos sin publicidad que permite el TRLCSP, debe publicarse en transparencia que ese contrato se ha celebrado. Esta información permitirá analizar la política de compra pública. Esto significa que hay que publicar la prestación licitada –concreción del tipo de contrato–, publicidad utilizada, número de licitadores, importe de licitación y adjudicación y adjudicatario. No se trata de replicar la información del perfil de contratante, sino de sistematizar de forma adecuada todos estos conceptos[145]. Obviamente, la información debe poder ser objeto de «tratamiento» mediante sistema de búsquedas que permita, por ejemplo, determinar el número de contratos adjudicados en un mismo licitador; o la baja entre presupuesto de licitación y de adjudicación, o comparar la política de compras entre entes contratantes. Interesa destacar que se debe dar información de todos los contratos menores realizados, con los datos generales de importe, objeto y adjudicatario, lo que supone «sacar» de la penumbra esta modalidad contractual. Esta información pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de su actuación. Y, por ello, en tanto que permite «dar luz» a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública. A tal fin 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, lo que nos permitirá detectar la corrección o no de la utilización de las formas de provisión. Interesa destacar que igualmente debería informarse sobre importe y número de contratos que recaen en los licitadores, desagregando el dato, por tipo de administración, con el fin de

Gobernanza Europea, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001. Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa. *Vid.* R. García Macho, Presentación del libro, *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 8.

145. *Vid.* Por todos J. M. Gimeno Feliú, "Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos", en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27-80; y A. Sanmartin 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", *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 81-122.

detectar prácticas restrictivas o «posiciones privilegiadas» en un concreto mercado público.

La transparencia se comporta aquí como instrumento principal de rendición de cuentas y de legitimación del buen hacer administrativo, directamente vinculado al principio de "buena gobernanza". Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos[146]. Se exige una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual de los distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias[147]. Para este objetivo puede resultar muy útil la incorporación de sistemas de auditoría de costes y precios de

146. La Comunidad Autónoma de Aragón ha dado un primer paso en este sentido. El Portal de Servicios del Gobierno de Aragón ofrece a los ciudadanos el canal Transparencia con la intención de informar y formar a una ciudadanía sensible, responsable y participativa, para que conozca y ejerza sus derechos y obligaciones y colabore activamente en el fomento de una sociedad mejor. La Administración plantea la transparencia en la comunicación de su actividad diaria, porque facilita la confianza y el control directo por parte de la ciudadanía que puede ejercer un mayor control sobre sus gestores y realizar acciones constructivas. La finalidad de este Portal es transmitir información de manera comprensible, sencilla de entender por el conjunto de los ciudadanos/as, de tal forma que estén informados y conozcan las responsabilidades, procedimientos, reglas, normas y demás información generada por el Gobierno de Aragón, en un marco de abierta participación social. En materia de contratación pública, a través del canal Transparencia, del Gobierno de Aragón, se ofrece información sobre contratos adjudicados, contratos modificados y datos estadísticos.

147. Y muy ligada a esta idea de transparencia –vinculada con la de seguridad jurídica y predictibilidad– debería, como bien han sugerido P. Valcárcel y R. Fernández Acevedo, consolidar un adecuada transparencia de los informes o resoluciones dictados por los órganos consultivos en materia de contratación o los especializados en la resolución de los recursos contractuales. La publicación en las distintas páginas web de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal –y de los emanados de los equivalentes órganos autonómicos–, así como de las resoluciones de los Tribunales u órganos especializados en recursos contractuales, ya estatal ya autonómicos, garantizando un acceso fácil y rápido a su doctrina constituye una pieza seminal para el mejor engranaje de un funcionamiento transparente del sistema. "Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España", en libro col dirigido por D. Sorace *Amministrazioni Pubblica dei contratti*, Ed. Scientifica, Nápoles, 2013. Y ello porque, como bien indican, estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato" (pp. 371-373). M. A. Bernal Blay ha destacado también la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la *auctoritas* de su doctrina. "Observatorio de la acti-

contratos públicos (o auditoria de contratos)[148]. De esta manera el precio de los contratos respondería a una realidad y racionalidad del coste de producción y en donde la retribución del contratista sería un beneficio equilibrado y adecuado al valor, el esfuerzo y el riesgo asumido. La auditoría de contratos contribuye a conseguir el objetivo de transparencia en las compras públicas, previene la corrupción y propicia que los responsables de las adquisiciones públicas hagan compras prudentes y eficaces, porque dispondrían en su mano de una información económica y financiera apropiada relacionada con las materias objeto de los contratos; y una información acerca de la eficiencia y economía de las operaciones de los contratistas.

d) Profesionalización y nueva cultura ética de la contratación pública. Resulta necesario –de forma conjunta– abordar el reto de la profesionalización en aras a promover una nueva "cultura" de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejado de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles ya desde una perspectiva financiera ya desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad[149]. Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone *profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación*.

Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias

---

vidad de los órganos de recursos contractuales en 2011", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

148. Propuesta que viene defendiendo, sobre la experiencia norteamericana, J. C. Gómez Guzman. Pueden consultarse sus opiniones "Auditoría de costes y precios de contratos públicos"(*http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.144/relcategoria.121/relmenu.3/chk.4b6869f339a2390b6c9b541de0690529*) y "Directiva 2014/24/UE y auditoría decontratos",(*http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.151/relcategoria.208/relmenu.3/chk.c1c348625fbaea50fef3371f7782ff79*). Más información se puede encontrar en: *http://www.auditoriadecontratos.com*.

149. En este punto resulta de gran interés el trabajo contenido en este libro de M. A. Sanmartin Mora, "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea", en libro col *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, ob. cit., pp. 407-434.

que las impidan[150]. Un adecuada profesionalización –y "descontaminación política" de decisiones estrictamente administrativas, permitirá garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad[151]. Obviamente, los medios y procedimientos electrónicos deber ser herramienta principal de simplificación y transparencia[152]. Las experiencias europeas han demostrado los beneficios de las mismas: mayor rapidez de tramitación y adjudicación, reducción de costes y mayor eficiencia y mejor valoración social desde la perspectiva de integridad. En todo caso, debe tenerse presente que estamos también en un mercado de servicios electrónicos muy diversificado y, por ello, muy sensible a soluciones de "concentración" que conduzcan hacia un único proveedor. Sería aconsejable, en todo caso, la opción de homologación de las empresas que pueden prestar estos servicios para que cada Administración, a la vista de sus características organizativas, pueda decidir cuál es modelo que prefiere, lo que, a su vez, fomentará una cultura de innovación, especialmente útil en este sector**.**

En conclusión, el nuevo marco regulatorio de la Unión –en un contexto de globalización–[153], no solo obliga a repensar en cómo articular una nueva normativa de contratos que satisfaga los intereses públicos con res-

150. Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: *http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580*. También. A. Cerrillo I Martínez, El principio de integridad…, ob. cit., pp. 192-198.

151. *Vid*. Gimeno Feliú, J. M., "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, ob. cit., pp. 518 y ss.

152. La nueva normativa comunitaria pretende un sistema completamente electrónico, al menos en lo referente a la presentación telemática de ofertas o solicitudes en todos los procedimientos de contratación en un plazo de transición de dos años. La Directiva 2014/24 establece la obligación de transmitir los anuncios en formato electrónico, poner la documentación de la contratación a disposición del público por medios electrónicos y adoptar una comunicación totalmente electrónica (lo que obliga a estándares comunes de interoperabilidad), en particular por lo que respecta a la presentación electrónica de ofertas o solicitudes, en todos los procedimientos de contratación. *Vid*. J. Punzón Moraleda, "Simplificación en la contratación administrativa. Especial referencia a la contratación electrónica administrativa", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010,* Civitas, Madrid, 2011, pp. 413 y ss.

153. Un factor es, sin duda, la globalización jurídica, que esta modulando las propias relaciones entre Estado y sociedad, como bien explica J. L. Carro Fernández-Valmayor, "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo", *RAP* nº 193, 2014, 31-44. En este excelente

peto a los principios de igualdad de trato, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas[154]. Aconseja, también, a repensar la organización administrativa y, también, parte de los propios fundamentos del derecho público[155]. En lo que se refiere a la contratación pública –ya no solo contrato administrativo– se constata como se diluyen las prerrogativas públicas (como paradigma la regulación de los modificados contractuales), se reorienta el problema de la privatización de formas jurídicas, al ser indiferente para la aplicación de los principios y reglas inherentes a la contratación pública y se "escora" la regulación hacia el paradigma del derecho a una buena administración como elemento del control (y de un nuevo sistema de justicia administrativa) y de rendición de cuentas. El interés público como justificación a los privilegios del contrato administrativo, se subordina al principio de transparencia, libre competencia y eficiencia de los fondos públicos. La ecuación caracterizadora del Derecho Administrativo como "privilegios en más, privilegios en menos" se inclina hacia este último aspecto.

Estos son los retos de la transposición de las nuevas Directivas cuyo diseño debe permitir implantar una nueva gobernanza pública –junto con otras reformas estructurales–, incorporar como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad que permita impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, que ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, impulsar la reactivación económica y empresarial y,

---

estudio –a cuya completa bibliografía me remito– se da cuenta de la nueva deriva del Derecho público.

154. Como ha destacado A. Cerrillo ("Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local", *Anuario de Derecho local 2011*, IDP, Barcelona, 2012, pp. 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, nº 81 (2-2013), pp. 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.

155. Un factor es, sin duda, la globalización jurídica, que esta modulando las propias relaciones entre Estado y sociedad, como bien explica J. L. Carro Fernández–Valmayor, "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo", *RAP* nº 193, 2014, 31-44. En este excelente estudio –a cuya completa bibliografía me remito– se da cuenta de la nueva deriva del Derecho público.

por supuesto, a legitimar democráticamente nuestro modelo político[156]. Sólo así, en palabras del profesor Lorenzo Martín-Retortillo, se podrá evitar el fantasma de la corrupción[157]. Nueva gobernanza de la contratación pública que debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática (y de ejemplaridad pública)[158], que permitan asentar nuestro modelo institucional público[159].

Por último, no puede olvidarse 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[160].

Las nuevas Directivas de contratación pública nos ofrecen una nueva oportunidad para intentar acotar las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos. Es momento de revisar en profundidad nuestro modelo

156. Como ha destacado A. Cerrillo ("Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local", *Anuario de Derecho local 2011*, IDP, Barcelona, 2012, pp. 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.

157. L. Martín-Retortillo "Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción", en libro colectivo *Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa*, Madrid, 2000, pp. 87 y ss. Un decálogo sucinto de medidas se pueden ver en mi opinión "Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos" publicada en *www.obcp.es* (12 de noviembre de 2014).

158. Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo Javier Gomá, en su obra *Ejemplaridad pública,* Taurus, 2009.

159. 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, pp. 39-60.

160. Resultan de especial interés las reflexiones de R. Cancino, "La transición de China hacia una economía de mercado en el 2016 y sus implicaciones para la contratación pública", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 130, 2014, pp. 42-53.

(es una oportunidad) pues, como ya advirtiera Albert Einstein, *"no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo"*. Y, desde la enseñanza del Derecho Administrativo debemos dar un paso al frente. No podemos aspirar a ser meros exegetas acríticos de la realidad normativa ni a conformarnos con ser meros cronistas de nuestra historia jurídica. La sociedad nos reclama un papel activo y crítico. Y hoy más que nunca dado que la globalización, la crisis económica nos presentan un mundo complejo donde la realidad nos enseña cada día situaciones que nos obligan a posicionarnos y aportar nuestras ideas, pues como bien ha advertido el profesor S. Muñoz Machado (en el interesante Prólogo al libro colectivo dirigido por M. J. Alonso, *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado*, La Ley, 2014), *"Estamos asumiendo, sin contestar, textos normativos relevantes hechos a toda prisa, apoyados en las urgencias impuestas por la crisis económica o por la necesidad de arreglar defectos en la organización y funcionamiento de nuestro Estado, que contienen regulaciones improcedentes e inviables en las que, por lo que dicen sus exposiciones de motivos, se espera apoyar nuestro inmediato progreso. Y no hay una posibilidad entre mil de que el bienestar pueda depender de textos tan poco valiosos"*.

Nuestra principal función, desde la libertad de pensamiento, debe ser la de advertir patologías, orientar pautas de actuación y realizar propuestas de mejora normativa. Es necesaria nuestra implicación directa para conseguir la evolución de las normas administrativas e implantar una nueva gobernanza pública que incorpore como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad.

La importancia del Derecho Administrativo como elemento transformador de la sociedad, y, en concreto, de la materia de la contratación pública, su marcado carácter horizontal, así como la carga dogmática de las distintas soluciones jurídicas, nos aconsejan a estar pendientes en este tiempo de transposición para, con nuestras aportaciones, mejorar y actualizar una normativa como la contractual.

Capítulo III

La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

> «El día señalado se presentaron tres sociedades, cada una con diecinueve miembros, dispuestas a licitar los contratos. Insistieron en dos condiciones: una era que deberían quedar exentos del servicio militar mientras estuvieran ocupados en esta empresa pública, y la otra que los envíos que remitieran deberían quedar asegurados por el gobierno contra tormentas o capturas. Ambas demandas fueron concedidas, y la administración de la república se practicó con dinero privado. ¡Tal era la condición moral y el elevado patriotismo que impregnaba todos los rangos de la sociedad! Como los contratos se habían firmado a partir de un espíritu generoso y noble, fueron ejecutados con la máxima escrupulosidad; los soldados recibieron suministros tan abundantes como los que les entregaba con anterioridad un Tesoro abundante» [Tito LIVIO, *Ab urbe condita* 23.49].

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA TRASCENDENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. *IUS VARIANDI* Y RIESGO IMPREVISIBLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. *1. La aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la fase de ejecución contractual y sus consecuencias. 2. ¿Cuándo una concreta modificación del contrato afecta a las condiciones esenciales del contrato?* 2.1. Modificaciones relativas al precio y a la ampliación del objeto del contrato. 2.2. Modificaciones de la duración del contrato.

2.3. Sustitución del contratista o del subcontratista. *3. La regulación del «riesgo imprevisible» en la Directiva 2004/18/CE: la adjudicación directa al contratista original de las prestaciones complementarias. 4. Conclusiones.* III. ¿ERA PREDECIBLE LA MATIZACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LO IMPREVISIBLE? IV. LA DISCIPLINA DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS MODIFICACIONES OBJETIVAS. *1. Consideraciones generales. 2. Supuestos de modificación del contrato.* 2.1. Modificaciones convencionales. 2.2. Prestaciones adicionales. 2.3. Circunstancias imprevisibles. 2.4. Modificaciones que no alcanzan determinados umbrales mínimos. 2.5. Modificaciones que carecen de carácter sustancial. V. BREVE REFERENCIA A LAS MODIFICACIONES SUBJETIVAS. VI. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO Y MECANISMOS DE CONTROL. VII. CONCLUSIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN: LA TRASCENDENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La nueva disciplina de las modificaciones contractuales merece un ser objeto de un detenido análisis por diversos motivos.

Por un lado, la modificación de los contratos públicos se ha explicado como la respuesta a la tensión que surge entre el principio de eficacia en el servicio al interés público y el principio de libre concurrencia. El primero demandaría la continuidad del contrato ante las diversas circunstancias que surgen en su ejecución. El segundo, que se respete contenido de lo licitado[1]. El Derecho español ha dado tradicionalmente una preponderancia casi absoluta al primero de los principios, mientras que el Derecho europeo se inclina decididamente a favor del segundo[2]. De esta forma, aunque la existencia de poderes exorbitantes ha sido uno de los elementos que tradicionalmente se han empleado para caracterizar a los contratos administra-

1. Explicaba Boquera Oliver, J. M. (*Poder administrativo y contrato,* Escuela de Administración Pública, 1970, p. 80) que el principio de inalterabilidad de los contratos de la Administración es una ineludible consecuencia de la existencia de los procedimientos previos de selección de contratistas. Justificaba no obstante, el *ius variandi* en un poder de la Administración.
2. Pero la explicación expuesta adolece de cierto simplismo, ya que la realización 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.* Pardo García-Valdecasas, J. J., «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, p. 154; Meilan Gil, J. L., «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», nº 191, 2013, p. 38.

tivos[3], el nuevo Derecho de la contratación pública europeizado ya no se define en función de las prerrogativas de la Administración, sino del respeto a los principios generales[4]. En este punto, el estudio del poder de modificación unilateral del contrato reviste un indudable interés dogmático.

Por otro lado, son sobradamente conocidas las disfunciones que ha generado el ejercicio del *ius variandi*. Resultaría abrumadora la cita puntual a todos los pasajes de la doctrina científica, a todos los dictámenes del Consejo de Estado o a todos los informes del Tribunal de Cuentas que alertan de un uso inapropiado de la prerrogativa. Baste así simplemente destacar que el informe de la Comisión de Expertos para la situación y diagnóstico de la contratación pública[5] advertía y 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 su precio no son aquellos por los que se compitió, además de generar un riesgo moral, dado que en ocasiones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que se había pujado excesivamente a la baja. O que, según los datos del primer *Informe de lucha contra la corrupción de la UE*[6], un 69% de las empresas españolas manifestaron que una de las prácticas corruptas más extendidas en los procedimientos de contratación pública son las modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración de contrato. Es indudable así que el análisis de la modificación de los contratos está dotado de una innegable importancia práctica.

Finalmente, el estudio de las modificaciones contractuales en las nuevas Directivas resulta ineludible porque, *a priori*, introduce cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia[7]. Puede resultar paradójico,

3. *Vid.* Ariño Ortiz, G., «El enigma del contrato administrativo», *RAP,* 172, 2007. p. 96.
4. Moreno Molina, J. A./Pleite Guadamillas, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático,* 2 ed. 2009, pp. 63 y ss.
5. *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública.* Ministerio de Hacienda, 2004, p. 118.
6. Bruselas, 3.2.2014 COM (2014) 38 final.
7. *Vid.* Gimeno Feliú, J. M., «La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable», en *La contratación Pública: problemas actuales,* Cano Campos/Bilbao Alexiades (Coord.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, p. 126. En el mismo sentido, advierte Codina García-Andrade, X. («Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas Directivas», *REDA,* 163, 2014, pp. 297 y 298), que el régimen más flexible que el existente hasta ahora, que permite mayor margen de discreción a las entidades adjudicadoras. Para Díez Sastre, S. («La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública», *www.obpc.es*) la regulación de la propuesta de Directiva parece haberse planteado de forma generosa con la posibilidad de modificar los contratos. De la jurisprudencia del

que culminado el colosal esfuerzo de adaptarnos en este ámbito a la Derecho de la Unión, lo que sólo conseguimos con la aprobación de la Ley 2, 2011, de 11 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES)[8], éste nos sorprenda ahora con una regulación mucho más posibilista.

II. *IUS VARIANDI* Y RIESGO IMPREVISIBLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

1. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL Y SUS CONSECUENCIAS

Las normas sobre contratación pública europeas tradicionalmente se han limitado a la fase de formación del contrato, así como a asegurar los recursos en caso de incumplimiento de las reglas relativas a esta etapa porque se entendía que solamente esta fase podía tener incidencia en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE, art. 95 TCE). Sin embargo, el desarrollo de la jurisprudencia comunitaria sobre las reglas de la contratación pública[9] ha tenido ocasión de demostrar que la fase de ejecución del contrato público también puede producir distorsiones en el funcionamiento del mercado interior, en la medida en que puede resultar idónea para favorecer a un competidor frente al resto, contraviniendo así los principios de igualdad de trato y transparencia en los que descansa el sistema de contratación público europeo. De nada sirve el respeto escrupuloso de estos principios en la fase de selección del adjudicatario si, una vez elegido éste, puede alterarse el contenido de lo licitado en su beneficio[10].

Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la actitud de la Comisión añade la autora– podría haberse esperado una regulación más restrictiva.

8. La aprobación de esta norma tuvo como efecto inmediato el cierre por parte de la Comisión Europea del procedimiento de infracción que había iniciado por inadecuación de la normativa española sobre modificaciones contractuales al Derecho de Unión. *Vid.* nota de prensa de la Comisión europea de 6 de abril de 2011 (IP/11, 430).

9. 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 Feliú (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2012,* Civitas, 2013.

10. Como subrayan Racca, G. M.; Cavallo Perin, R. («Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption», *EPPPL,* nº 4, 2013, p. 280) 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.

La conquista del principio de igualdad[11] y de su corolario, del principio de transparencia, se ha ido realizando de forma gradual. Y aunque la Directiva 71/305 no mencionaba expresamente el principio de igualdad de trato de los licitadores, la STJUE del de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243, 89, afirmó con lucidez que «el deber de respetar el principio de igualdad responde a la esencia misma de la Directiva que […] se propone, en particular, el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos».

La primera ocasión que el Tribunal de Justicia se pronunció de forma directa sobre los límites a la modificación del contrato público fue en la ya célebre STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496, 99[12], que tuvo su origen en un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumos de frutas y confituras destinados a las poblaciones de terceros Estados. Según las condiciones iniciales de la contratación, el pago se haría en manzanas o naranjas según el lote del que se tratase. No obstante, una vez adjudicados los contratos, la Comisión permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos retirados del mercado.

Para concluir que esta decisión era contraria a Derecho, el Tribunal de Justicia sólo tuvo que extender al momento de la ejecución contractual su doctrina sobre la igualdad de trato[13]. Y es que si se permite que la modificación del contrato afecte a las condiciones esenciales de la licitación se produciría:

> «la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas».

11. En relación con el principio de igualdad de trato como esencia de la normativa sobre contratación pública, *vid*. Moreno Molina, J. A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas,* Bomarzo, 2006, pp. 33 y ss.
12. Para un análisis exhaustivo de esta sentencia *vid*. Vázquez Matilla, F. J., «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *REDA*, 143, 2009.
13. 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 éstos (STJUE de 5 de diciembre 2013, Comisión/Estonia, C-561, 12).

Para llegar a tal conclusión, se parte de que:

> «Por consiguiente, 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.
>
> De ello resulta que, en una situación como la del caso de autos, la entidad adjudicadora no podía, tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse. […]
>
> Por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente.
>
> En efecto, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados».

Como ya hemos señalado, la aplicación de los principios de igualdad y transparencia no cesa con la adjudicación del contrato, sino que su vigencia se extiende a todo el ciclo contractual. En definitiva,

> «a falta de disposición expresa a tal efecto en el anuncio de licitación, se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia».

Posteriormente, en la sentencia de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, C-454, 06[14], el Tribunal de Justicia tiene ocasión de aclarar y sistematizar cuándo

14. En relación con esta sentencia, *vid*. Brown, A., «When do changes do an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of EU Procurement rules? Guidance at last in Case C-454, 06», *PPLR*, 6, 2008.

una modificación contractual contraviene el Derecho de la Unión Europea. En efecto, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante su vigencia constituyen una nueva adjudicación cuando:

> «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, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C 337, 98, Rec. p. I 8377, apartados 44 y 46)».

Y en la propia sentencia se ejemplifican supuestos en los que existe una modificación sustancial del contrato. En primer lugar,

> «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 de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada».

De esta forma, puede entenderse que constituye una alteración de los elementos esenciales de la contratación la modificación de las condiciones de solvencia o de los criterios que hubieran sido determinantes para la elección del adjudicatario (por ejemplo precio, plazo de ejecución, etc.).

En segundo lugar, de una interpretación sistemática de las Directivas se desprende que la ampliación del contrato «en gran medida», constituye una nueva adjudicación ya que, en estos supuestos y, en estrictas circunstancias, se permite emplear el procedimiento negociado sin publicidad. En los términos de esta sentencia:

> «Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, 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».

Como cláusula de cierre, constituye una modificación sustancial la alteración de cualquier elemento de la documentación contractual que hubiera hecho más atractiva la licitación[15]. En los términos de la sentencia,

15. Como señala la Abogado General Kokott en sus Conclusiones de 13 de marzo de 2008 hay que presumir la existencia de una modificación esencial siempre

> «Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial[16]».

Finalmente, supone igualmente el cambio de uno de los términos esenciales del contrato público la subrogación de una nueva parte contratante en el lugar de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato, a menos que esta subrogación estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, mediante una subcontrata.

En todo caso, dado que limitaciones al *ius variandi* proceden del Derecho originario, son aplicables a todos los contratos, y no sólo a los que son objeto de regulación por las Directivas sobre contratación pública. Así, la STJUE de 13 de abril de 2010, Wall AG, C-91, 08, tuvo ocasión de afirmar que 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 a las del contrato de concesión inicial[17].

2. ¿CUÁNDO UNA CONCRETA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO AFECTA A LAS CONDICIONES ESENCIALES DEL CONTRATO?

Las condiciones esenciales de la contratación constituyen un concepto jurídico indeterminado que se define necesariamente en función de cada caso concreto. De esta forma, incluso en contratos de la misma naturaleza, unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependien-

---

que no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación por un contrato público, o que, a la vista de las nuevas condiciones contractuales podrían estar ahora interesados en la licitación, o que con las nuevas condiciones podría haberse hecho con el contrato un licitante que en su día no lo consiguió.

16. Destaca con acierto Arrowsmith, S. (*The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2005, p. 288) que es éste 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.
17. En este sentido, el Tribunal recuerda que «las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva».

do del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato[18].

Partiendo de esta premisa, resulta útil analizar la jurisprudencia del TJUE para tratar de encontrar cuáles son los criterios específicos que permiten determinar cuándo nos hallamos ante una modificación sustancial del contrato[19].

2.1 Modificaciones relativas al precio y a la ampliación del objeto del contrato

No cabe duda alguna que el precio es una «condición importante» del contrato, como tuvo ocasión de afirmar el Tribunal de Justicia en las sentencias *Succhi di Frutta* y *Pressetext.* Sin embargo no toda la alteración del mismo constituye una modificación sustancial. En la primera sentencia, el TJUE concluyó que el cambio en la modalidad de pago –al alterarse la especie inicialmente prevista– constituía un supuesto de alteración de una de las condiciones esenciales del contrato. En los términos de la sentencia,

> «El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende 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, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.
>
> Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento

18. *Vid.* IJCCA Estado 43, 2008, de 28 de julio.
19. En relación con el análisis y sistematización de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificaciones contractuales se puede consultar: Gimeno Feliú, J. M., «La modificación de los contratos», *op. cit.;* Gimeno Feliú, J. M., «El régimen de modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *REDA,* nº 149, 2011; Garcés Sangustín, M., «El nuevo régimen jurídico de los contratos públicos», en Parejo Alfonso y Palomar Olmeda, *El nuevo marco de la contratación pública,* Bosch, 2012; Gallego Córcoles, I., «¿Qué es una modificación esencial de un contrato público?», *Contratación Administrativa Práctica,* nº 110, 2011; Puerta Seguido, F./Punzón Moraleda, J./Rodríguez Alonso, A. P, «La nueva regulación en la Directiva de la fase de ejecución de los contratos y la repercusión de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificación de contratos», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 129, 2014. *Vid.* Igualmente Medina Arnáiz, T., «Las principales novedades en la normativa contractual del sector público» en S. A. Bello Paredes (Coord.), *Comentarios a la ley de economía sostenible,* La Ley, 2011.

> 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».

En definitiva, los licitadores formularon su oferta desconociendo un elemento relevante de la licitación: la especie en la que serían remunerados. De esta forma, no conocieron todos los condicionantes que les permitirían formular una oferta seria, y no puede en absoluto descartarse que la nueva modalidad de pago hubiera podido hacer para determinadas empresas más atractiva la licitación[20]. En la medida en la no puede descartarse que la modificación no haya producido una distorsión a la competencia, esta alteración del contenido obligacional del contrato está proscrita por el Derecho comunitario[21].

Pero desde otra perspectiva, la disminución de la retribución del contratista no afecta negativamente a la competencia. Por ello la sentencia *Pressetext*, concluyó que una alteración de este tipo no constituye una modificación esencial del contrato. Según la citada sentencia,

20. *Vid.* Conclusiones del Abogado General de 24 de octubre de 2002, apartado 74. El Abogado General concluye que se trataba de un cambio en las prestaciones principales del contrato, de modo que no cabe duda de que se trataba de una modificación sustancial de las condiciones de licitación. Y es que «para unos los melocotones tienen un mayor interés que las manzanas, pero para otros no tienen ningún interés. En el caso de las manzanas y de los melocotones, no se trata de productos directamente intercambiables».
Vid. igualmente IJCCA Aragón 4, 2012, de 1 de febrero, sobre la posibilidad de modificar la forma de pago del contrato. Habiéndose pactado una parte del pago en especie, se pretende que pase a ser abonada en efectivo. Como concluye la Junta Consultiva, las propias circunstancias del contrato pactado revelan que la forma de pago fue un aspecto decisivo en la licitación, ya que cualquier empresario interesado en ella debió valorar que la financiación de una gran parte de la obra la asumía directamente, quedando a expensas de la transmisión del inmueble municipal por parte del Ayuntamiento y a su posterior venta o puesta en valor para resarcirse de la inversión.
21. Destaca en este punto Vázquez Matilla, F. J. («La modificación de los contratos», *op. cit.*, p. 543) que si bien la Comisión hubiera podido prever condiciones diferentes, no es menos verdad que estas últimas habrían sido aplicables de la misma forma a todos los licitadores, observándose también los principios de igualdad de trato y transparencia.

> «Por otro lado, 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».

De esta forma, 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 todo caso, ni siquiera puede afirmarse que, en términos absolutos, toda reducción del precio de un contrato público implique una modificación no sustancial, pues pueden existir supuestos –por ejemplo, si la reducción de la remuneración se ofrece a cambio de una prórroga del contrato, aunque estuviera prevista en el contrato– que favorezca al adjudicatario frente al resto de licitadores[22].

De esta forma, una vez aclarado que el precio de un contrato es una condición sustancial, pero que las alteraciones a la baja, en principio, no distorsionan la competencia, cabe plantearse si cualquier tipo de modificación al alza, independientemente de su entidad, implica la necesidad de proceder a una nueva adjudicación del contrato. Y lo cierto es que el TJUE ha dado una respuesta diferente a esta pregunta en atención a las circunstancias de cada caso.

En primer lugar, la STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/ Francia As. C-337, 98, trataba de dilucidar si la aplicación de las disposiciones de la Directiva 93/38 pudiera estar justificada *ratione temporis*[23]. Y aunque no

22. *Vid.* Conclusiones de la Abogado General Kokott de 13 de marzo de 2008. Según las mismas, «sin embargo, no se puede descartar *a priori* que el pacto de una retribución inferior tenga en algún caso efectos de falseamiento de la competencia. […] Lo importante es, en cualquier caso, qué condiciones hubiera podido obtener en el mercado el adjudicador público *en el momento de la modificación contractual*. Por ejemplo, si los precios de los servicios objeto del contrato se redujeron en el mercado desde la adjudicación inicial del contrato público, el simple acuerdo de una retribución inferior a la de entonces no representa ninguna garantía de respeto del principio de competencia y del principio coste-eficacia. Antes bien, procede examinar si en el momento de la modificación del contrato otros posibles prestadores de servicios hubieran podido ofrecer a la entidad adjudicadora el servicio deseado a un precio aún más favorable que el del actual contratista» (apartados 89 a 91).

23. Ello era relevante porque precisamente lo que se analizaba era si la adjudicación del concreto contrato a través del procedimiento negociado sin publicidad constituyó un incumplimiento de la Directiva 93/38. Dado que las negociaciones se llevaron a cabo en dos momentos temporales distintos, uno previo y otro

analiza un supuesto relativo a una modificación del contrato, la doctrina elaborada es fácilmente trasladable a este ámbito ya que se trataba de determinar si el incremento en un 10% del precio acordado en una primera fase de negociación, en el ámbito de un procedimiento negociado, ponía de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato –límite expreso a la posibilidad de modificar el contrato tal y como hemos se desprende de la sentencia *Pressetext*–. Para el Tribunal de Luxemburgo la circunstancia descrita no implica una alteración de los elementos esenciales de la contratación, ya que:

> «aun suponiendo que esta diferencia de precio haya sido superior a la inflación acumulada en el referido período, dicha situación tampoco demuestra que las negociaciones iniciadas con posterioridad a la revocación del acuerdo de 30 de marzo de 1993 hayan tenido por objeto volver a negociar un aspecto esencial del contrato.
>
> En efecto, tal como ha indicado el Gobierno francés, sin haber sido contradicho por la Comisión en este punto, la evolución del precio resulta de la aplicación rigurosa de la fórmula de revisión de precios contenida en el proyecto de contrato aprobado por las dos partes en 1993. Ahora bien, este hecho constituye más un indicio de la continuidad del procedimiento que un dato que pruebe que se ha renegociado un aspecto esencial del contrato».

Por su parte, la STJUE 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84, 03[24], analiza si España había traspuesto de forma correcta las Directivas comunitarias entre otros aspectos en relación con los supuestos que permitían el empleo del procedimiento negociado[25]. Y concluye que la alteración del

posterior a la finalización del plazo de transposición de la Directiva, era preciso averiguar si la segunda etapa de la negociación era una reanudación de la anterior o una negociación distinta. Sobre esta sentencia, Dischendorfer, M., «The Scope of Application of the E.C. Procurement Directives Rationae Temporis», *PPLR*, 2001, pp. 20 a 23; Di Comite, V., «Sull'applicabilità in el tempo delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 334 a 339.

24. En relación con esta sentencia, *vid.* Bernal Blay, M. A., «Acerca de la transposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, As. C-84, 03 (Comisión vs. Reino de España), y el Real Decreto-Ley 5, 2005, de 11 de marzo», *RAP*, nº 168, 2005 y De Falco, V., «Gli Appalti pubblici in Spagna e le dissonanze con l'ordinamento comunitario alla luce del principio giurisprudenziale dell' effetto utile», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, pp. 829 a 833.

25. Los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37 establecían que los poderes adjudicadores podrán adjudicar por el procedimiento negociado cuando se presenten ofertas irregulares en

10% del precio del contrato implicaba la modificación «condición esencial», por lo que no podía legitimarse para este caso la utilización de un procedimiento negociado tras el fracaso de un procedimiento ordinario[26].

Finalmente, la STJUE de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, introduce el elemento causal como parámetro de la valoración de la existencia de la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación. Y de la doctrina que se formula puede intuirse la existencia de modificaciones de las condiciones esenciales de la licitación que no conllevan, sin embargo, la necesidad de proceder a una nueva adjudicación, siempre que así lo requieran las circunstancias concurrentes. De este modo, en la sentencia se discute si constituye una modificación del contrato la conversión del precio en euros de un modo que iba más allá del importe autorizado en la legislación aplicable y se concluye:

> «Cuando el redondeo de los precios convertidos en euros sobrepasa el importe autorizado por las disposiciones pertinentes, se trata de una modificación del importe intrínseco de los precios previstos por el contrato inicial. Se plantea entonces la cuestión de si tal modificación de los precios constituye una nueva adjudicación de contrato.
>
> No obstante, 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».

---

respuesta a un procedimiento abierto o restringido o cuando las ofertas resulten inaceptables, siempre que se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. Al trasponer estos preceptos, el legislador español añadió que podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando el contrato no haya podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10%. Por ello, aunque este aspecto no se tiene en cuenta en la sentencia, puede advertirse que en este caso, a través del procedimiento negociado sin publicidad, podía favorecerse fácilmente a un operador económico, al que se ofrecería un contrato en condiciones más ventajosas que en las que se formularon licitación inicial.

26. En los términos de la citada sentencia: «[…] los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido dotan precisamente a las citadas disposiciones de las Directivas 93/36 y 93/37 de una condición nueva que debilita tanto el alcance como el carácter excepcional de aquéllas. En efecto, una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato, como prevén, respectivamente, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37».

En definitiva, puede concluirse que cualquier alteración del precio del contrato, por mínima que sea, siempre que no esté justificada, supone la alteración de una modificación de una condición esencial del contrato (STJUE 13 de enero de 2005). Sin embargo, la variación en el precio necesariamente no ha de conllevar la obligación convocar una nueva licitación si es limitada en su alcance y bien se justifica en el propio contrato (STJUE de 5 de octubre de 2000) o bien en causas objetivas (STJUE de 19 de junio de 2008).

Por otro lado, la ampliación del objeto contractual «en gran medida» constituye una modificación esencial del contrato, como ya adelantó el TJUE en la sentencia *Pressetext*. Esta doctrina ha sido reiterada por la STJUE de 29 de abril de 2010, Comisión/Alemania, C-160, 08**,** en la que se discutía si la ampliación del objeto de un contrato de servicios respetaba el Derecho de la Unión. El parámetro que utiliza el Tribunal de Justicia para concluir que la ampliación había desbordado los límites permitidos es que el valor del nuevo servicio es muy superior a los umbrales de la Directiva[27].

2.2 Modificaciones de la duración del contrato

El plazo es una condición de la licitación de la mayor relevancia. No sólo en el caso de los contratos de concesión, en los que tiene una vertiente económica, sino también las ofertas que se presenten a los contratos de obras, suministros y servicios están evidentemente condicionadas por el plazo de ejecución del contrato.

De la jurisprudencia del TJUE se desprende que no toda modificación del plazo del contrato constituye una alteración de una condición esencial del mismo, sino sólo aquellas modificaciones que refuerzan la posición jurídica del adjudicatario, distorsionando así la competencia.

Por ello, el acuerdo por el que las dos partes renuncian a desistir de un contrato indefinido por durante un periodo de tiempo determinado y proporcionado no constituye una modificación esencial del contrato. Así lo ha afirmado el Tribunal de nuevo en la sentencia *Pressetext*, según la cual:

> «La cláusula de la que se trata en el asunto principal formaliza la renuncia a toda resolución durante el período correspondiente a los años 2005 a 2008.

27. *Vid.* Apartados 99 a 101. Aunque la modificación además supuso una ampliación de la zona de prestación de los servicios de aproximadamente en un 25% y un incremento del valor del contrato en un porcentaje no inferior al 15%, el Tribunal no entra en estas consideraciones para concluir que la modificación ha sido sustancial.

> No obstante, es preciso señalar que, tras la expiración, el 31 de diciembre de 1999, de la cláusula de renuncia a la resolución contenida en el contrato marco, el contrato examinado en el asunto principal habría podido ser resuelto en cualquier momento respetando la exigencia de un preaviso. Sin embargo, permaneció en vigor durante el período correspondiente a los años 2000 a 2005 inclusive, dado que ni la entidad adjudicadora ni el prestador ejercieron su derecho a la resolución del contrato.
>
> 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».

En realidad, en este supuesto no se había alterado la duración del contrato, que era indefinido desde su origen. A lo único a lo que se obligaban las partes era a no resolverlo durante un periodo relativamente breve de tiempo, si se tienen en cuenta las circunstancias del caso, por lo que no se entendió que el nuevo pacto pudiera tener un efecto distorsionador de la competencia. Por ello, puede dudarse si la solución hubiera sido idéntica en la hipótesis de que el plazo durante el cual se eliminaba el derecho de renuncia hubiera sido más amplio.

Por el contrario, el otorgamiento de prórrogas no previstas en la documentación contractual supone una modificación esencial del contrato. Y es que dichas prorrogas, en realidad, suponen una adjudicación directa de un contrato público[28].

28. Así, la STJUE de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-260, 04.
En este sentido, 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». En la jurisprudencia española, *vid.* STS de 25 de mayo de 2006 y STS de 8 de marzo de 2011. Y en nuestra doctrina, resulta de especial interés Agudo González, J. «El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre concurrencia", *Revista General Derecho Administrativo*, nº 26, 2011.

De esta forma, la documentación contractual no sólo ha de establecer con claridad la duración del contrato y sus posibles prorrogas, sino también los supuestos en los que el poder adjudicador puede resolver el contrato ante un incumplimiento del contratista. En una normativa inspirada en la protección de los licitadores, y no de los contratistas, ello es así necesariamente

> «para permitir a cualquier licitador potencial evaluar con certeza el riesgo de que se le apliquen tales sanciones, garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora y, por último, garantizar el respecto del principio de seguridad jurídica, es necesario que se formulen de manera clara, precisa e inequívoca las circunstancias en las que se aplicarán dichas sanciones»[29].

2.3 Sustitución del contratista o del subcontratista

La cesión de un contrato público permite que un operador económico que no ha participado en licitación, que no ha competido con otros licitantes y cuya elección tampoco se ha basado en una comparación, se convierta en contratista del poder adjudicador. De esta forma, como expuso la Abogado General en sus conclusiones en el asunto *Pressetext*, el cambio del contratista durante la vigencia del contrato comporta el riesgo de la elusión de la normativa sobre contratación pública y puede producir un falseamiento de la competencia en el mercado de que se trate, además de dar preferencia a los nuevos prestadores de servicios frente a otros posibles[30].

Por ello no puede sorprender que la STJUE 19 de junio 2008, *Pressetex*t, C-454, 06, concluyese, que «en general» las novaciones subjetivas constituyen 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 citada sentencia una parte del contrato fue cedida a una filial del contratista, manteniendo la adjudicataria el 100% de las participaciones de la filial, aunque esta participación al 100% no estaba garantizada para toda la vigencia del contrato. 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. Ahora bien,

29. *Vid*. STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados Marcello Costa (C-72, 10) y Ugo Cifone (C-77, 10).
30. Conclusiones de 13 de marzo de 2008 de la Abogado General Kokott, apartado 54.

> «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 ésta de las actividades de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29, 04, Rec. p. I-9705, apartados 38 a 42)».

Por otro lado, con carácter general, un cambio en el subcontratista no se considera una modificación esencial. Antes de la entrada en vigor de la Directiva 2014/18/CE, las Directivas sobre contratación pública se limitaban a prever que en el pliego de condiciones, la entidad adjudicadora pudiera solicitar al licitador que, en su caso, mencionase en la oferta la parte del contrato que se proponía subcontratar, por lo que en principio, la persona del contratista era irrelevante[31]. Sin embargo, el art. 25 de la Directiva 2014/18/CE añade a esa previsión que puede exigirse la mención de los «subcontratistas propuestos», de forma que, en este caso, dichos subcontratistas entran ya a formar parte de la oferta y su sustitución puede dejar de tener un efecto neutro sobre la competencia[32].

Así se refleja en el supuesto que resuelve STJUE 13 de abril de 2010, Wall AG, C-91, 08[33]. De esta sentencia se desprende que siempre que la persona del subcontratista fuera determinante en la adjudicación del contrato, un cambio respecto al subcontratista puede suponer una alteración esencial del contrato público, independientemente de que este cambio se hubiera previsto en las condiciones de la licitación. En los términos de dicha sentencia:

> «[…] 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

31. *Vid.* art. 20 de la Directiva 93/37/CEE, art. 17 Directiva 93/36/CEE y art. 25 Directiva 92/50/CEE.
32. *Vid.* Igualmente art. 71 de la Directiva 2014/24/UE.
33. Para un análisis más exhaustivo, *vid.* Brown, A., «Changing a Sub-contractor Under a Public Services Concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main», *PPLR*, 4, 2010 y Bottone, E., «Il divieto di rinegoziazione dell'offerta nelle concessioni di servizi», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, pp. 1222 y ss.

> 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)».

Como se deduce claramente de las conclusiones del Abogado General Bot, de 27 de octubre de 2009, en el supuesto concreto la sustitución del subcontratista se produce sin motivo legítimo[34], tras la celebración del contrato y antes de la ejecución de las primeras prestaciones, a pesar de que el concesionario aludió a la reputación y la competencia técnica del subcontratista en la presentación de su oferta, lo que probablemente fuera determinante de la adjudicación a su favor.

3. LA REGULACIÓN DEL «RIESGO IMPREVISIBLE» EN LA DIRECTIVA 2004/18/CE: LA ADJUDICACIÓN DIRECTA AL CONTRATISTA ORIGINAL DE LAS PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS

Aunque toda modificación sustancial de un contrato público implica la necesidad de iniciar un procedimiento de adjudicación, el Derecho de la Unión Europea ha permitido, en determinadas circunstancias, que esta nueva adjudicación pudiera realizarse al adjudicatario inicial a través del procedimiento negociado sin publicidad.

Pero para ello era preciso la concurrencia de dos requisitos insoslayables: que la nueva adjudicación del contrato derivase de la concurrencia de una circunstancia imprevisible[35] y que se tratase bien de obras o sumi-

34. En efecto, el Abogado General insiste en que, durante la ejecución del contrato, el contratista principal puede recurrir a otros subcontratistas o sustituir a subcontratistas por motivos legítimos relacionados, por ejemplo, con la calidad efectiva de sus prestaciones o con su situación financiera (apartado 62). De esta forma, puede producirse esta situación cuando existan, en el mercado de referencia, múltiples empresas que ofrecen servicios de naturaleza y calidad equivalentes (apartado 64).

35. La doctrina la teoría de la imprevisión se ha formulado clásicamente en los siguientes términos: «cuando circunstancias imprevistas en el momento de la conclusión del contrato vienen a trastornar la economía del mismo con la gravedad, que lo hace, si no imposible, mucho más difícil y oneroso, por encima de lo que

nistros[36], bien de servicios[37] complementarios e inseparables del contrato inicial. Además, el importe acumulado de los contratos adjudicados para obras o servicios complementarios no podría ser superior al 50% del importe inicial[38].

Son conocidas las dificultades que existen en Derecho español para deslindar los conceptos de «contrato modificado» y «contrato complementario». En la jurisprudencia, esta distinción se analizado más desde la óptica de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración[39] que de la necesidad de articular un procedimiento de licitación. Por su parte, el Consejo de Estado ha reconocido que la diferencia entre obras complementarias y modificaciones de obras «no aparece clara en todos los casos», aunque ha tratado de ensayar criterios distintivos[40]. Pero en todo caso, como destacó Horgué Baena[41], en realidad el concepto de prestación complementaria prevista en el Derecho Europeo abarcaba determinados supuestos que en

las partes han podido razonablemente prever; cuando el déficit, sobrepasando los límites el riesgo normal, toma un carácter anormal y excepcional, entonces el contratante de la Administración tiene el derecho de pedirle que venga en su ayuda para repartir con él el riesgo extraordinario mediante una indemnización calculada en función del déficit, que el compense en parte de él. La teoría de la imprevisión no se refiere, por supuesto, a las dificultades ordinarias en el cumplimiento del contrato, por recargo de abastecimientos de materias primas, desperfectos de las máquinas, variaciones ordinarias de preciso, etc.; son todos ellos riesgos normales de toda empresa, cuyas consecuencias se hallan a cargo de los empresarios, que no puedan hacerlas recaer sobre la Administración». *Vid.* Ariño, G., *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos,* Instituto de Estudios Administrativos, 1968, p. 291.

36. *Vid.* artículo 31.4 a) de la Directiva 2004/18/CE. El art. 61 de la Directiva extendía este mismo régimen a la adjudicación de obras complementarias al concesionario.
37. *Vid.* art. 31.2 b) de la Directiva 2004/18/CE.
38. En nuestro Derecho, *vid.* arts. 172 b) y 174 b) TRLCSP. En este sentido, Lozano Cutanda, B. ("Limitación del *Ius variandi* y otras modificaciones de la Ley de Contratos del Sector Público", en *Diario La Ley*, nº 7615, 2011) ha sostenido que resulta incongruente que la LES mantuviese la regulación del procedimiento negociado en estos términos y en cambio no admitiese modificaciones no previstas que superasen el 10% del precio del contrato.
39. En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, *vid.* la sentencia STS 7 de julio de 1998 (rec. 6878, 1992).
40. Así, son criterios aplicables para la distinción entre modificado y complementario la posibilidad de utilización separada de las obras nuevas y su necesidad en relación con el proyecto inicial, entre otros. *Vid.*, entre otros, el Dictamen del Consejo de Estado 1126, 2007 de 21 de junio. *Vid.* igualmente IJCCA Cataluña 4, 2011, de 14 de abril.
41. Horgué Baena, C., *La modificación del contrato, op. cit.,* pp. 205 a 211. Además de criterios conceptuales, la profesora a la que seguimos en este punto trae en apoyo de su argumentación el dato de que en la redacción de este precepto de la Directiva 93/37/CEE en el idioma francés se alude a *travaux complementaires,*

Derecho español se consideraban modificaciones contractuales[42]. La jurisprudencia europea posterior ha confirmado la certeza de esta apreciación. Las ampliaciones del objeto contractual tienen carácter de prestación complementaria (STJUE de 29 de abril de 2010). También las alteraciones en el proyecto de las obras para introducir servicios, suministros y obras no previstos inicialmente (STGUE de 31 de enero de 2013, España c. Comisión, T-235, 11)[43].

Pero al margen de todo ello, interesa destacar que el concepto de «circunstancia imprevista» que permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad se ha sometido a dos importantes límites: la interpretación estricta y la carga de la prueba[44].

Así, la imprevisibilidad es «un parámetro objetivo», de forma que «únicamente la imprevisibilidad objetiva de los acontecimiento lo libera [al poder adjudicador] de la obligación de adoptar precauciones para observar las disposiciones de la Directiva»[45]. A modo de ejemplo, no puede calificarse como imprevisible algo que ya podía ser conocido de antemano, como es el incremento del número de alumnos en una Universidad

siendo éste uno de los supuestos de manifestación *du pouvoir de modification,* según la doctrina de este país.

42. Como es sabido, el art. 153 del Decreto 3410, 1975 establecía que las obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto durante el curso de la obra principal que la Administración estivara conveniente ejecutar, deberían ser objeto de contrato independiente, salvo aquéllas cuyo importe no excediera del 20% del precio de contrato, cuya ejecución podría confiarse al contratista de la principal.
43. La sentencia categóricamente afirma que: «contrariamente a lo que sostiene el Reino de España, cabe considerar que el artículo 20, apartado 2, letras e) y f), de la Directiva 93/38 se aplica a las modificaciones de contratos públicos acordadas durante su fase de ejecución». La sentencia enjuicia la reducción de la ayuda financiera inicialmente acordada por el Fondo de Cohesión a cinco proyectos relativos a cinco líneas ferroviarias del AVE y ha sido anulada por la STJUE de 4 de septiembre de 2014, C-197, 13 P, España contra Comisión, ya que la Comisión no respetó el plazo legal para adoptar una decisión de corrección financiera. En todo caso, el TJUE no ha entrado en los motivos de fondo, por lo que entendemos que la doctrina del TGUE sigue siendo en este punto totalmente válida.
44. *Vid.* Codina García-Andrade, X., «Urgencia e imprevisibilidad en la contratación», *op. cit.,* pp. 278 a 282. Ya en la sentencia de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia, C-199, 85, el TJUE afirmó en el apartado 14: «estas disposiciones, que establecen 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 y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas».
45. STJUE 10 de marzo de 1992, Comisión/España, C-24, 91.

Pública[46]. Tampoco puede justificarse como circunstancia imprevisible el aumento de un riesgo que ya era conocido[47].

Por su parte, la ya citada STGUE de 31 de enero de 2013 es una buena muestra del canon estricto con el que ha de valorarse en cada caso el concepto de imprevisibilidad[48], así como del hecho de que la carga de la prueba del carácter imprevisible del hecho corresponde a quien lo alega. De esta forma, por ejemplo, no se puede justificar la adjudicación de un contrato a través del procedimiento negociado sin publicidad ante el incremento de una determinada población, si este incremento se ha mantenido constante y no se ha producido un crecimiento de carácter excepcional (apartado 81)[49]; tampoco puede considerarse una circunstancia imprevisible la modificación del planeamiento urbanístico, cuando el poder adjudicador no ha conseguido un consenso previo sobre las soluciones proyectadas con los municipios afectados (apartado 90). Finalmente, no constituye una circunstancia imprevisible el hecho de que exista una diferencia con las condiciones geotécnicas reales si no se han realizado estudios previos del suelo (apartado 107).

4. CONCLUSIONES

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre modificaciones contractuales adopta de forma prácticamente exclusiva la perspectiva de los efectos del modificado, desdeñando las causas que pueden conducir a él. Y en este punto, se emplea un enfoque funcional, dirigido a determinar caso a caso cuál es la incidencia de modificado en el juego de la competencia previamente establecida. Se trata de evitar que el adjudicatario goce de una ventaja competitiva sobre el resto de licitadores, lo que violaría el principio de igualdad de trato y menoscabaría la transparencia del procedimiento. Y se proscriben aquellas modificaciones que puedan alterar las condiciones esenciales del contrato.

46. *Ibídem*.
47. STJUE 2 de agosto de 1993, Comisión/Italia, C-107, 92.
48. En este mismo sentido se ha pronunciado el IJCCA Estado 5, 10, de 23 de julio de 2010, según el cual «para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato».
49. *Vid.* igualmente STJUE 2 de agosto de 1993, Comisión/Italia, C-107, 92.

En el caso que acaeciese una circunstancia imprevisible –entendida de forma objetiva y restrictiva y si además concurren requisitos adicionales–, podrían añadirse prestaciones al contrato original a través de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad[50].

Pero no siempre las circunstancias imprevisibles que afectan a la ejecución del contrato pueden demandar su ampliación, sino que es posible que requieran la adaptación de otros elementos del contenido obligacional pactado. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a supuestos en los que la prestación, tal y como fue originariamente configurada, resultase materialmente imposible. Por ejemplo, en el caso *Wall,* la substitución del subcontratista no parece obedecer más que a la mera conveniencia del contratista. El mismo tipo de razones parece ser que son el origen de la alteración de la especie de pago que motiva la sentencia *Succhi di Frutta.*

En todo caso, el Tribunal de Justicia parece negar trascendencia a la naturaleza de la causa que motiva la modificación del contrato. En el litigio al que pone fin la sentencia *Succhi di Frutta,* la Comisión justificó su decisión en la indisponibilidad de manzanas. Y aunque en la sentencia en instancia niega que en el momento de adopción de la decisión se diera la circunstancia imprevisible alegada[51], el TJUE considera irrelevante este hecho, llevando hasta sus últimos extremos la doctrina sobre la imposibilidad de modificar los elementos esenciales un contrato público[52]. Puede

50. *Vid.* art. 31.2 b) y 31.4 a) Directiva 2014/18/UE.

51. *Vid.* STPI de 14 de octubre de 1999, T-1991, 96 (apartados 80 y 81): «Además, los datos proporcionados por la Comisión en el procedimiento (…) no prueban que, en el momento de la adopción de la Decisión controvertida, existiera una indisponibilidad de manzanas en los almacenes de intervención que pudiera impedir la ejecución de las operaciones a que se refería el anuncio de licitación. 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».

52. *Vid.* apartados 130 y 131. Es más, en la sentencia se añade que «si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta».

dudarse si este razonamiento hubiera admitido más matices, de ser cierta la indisponibilidad de las célebres manzanas[53]. Porque en todo caso, cuando la alteración del contrato obedece a un hecho externo como la adopción del euro por parte de Austria como consecuencia de su ingreso en la Unión Europea– el canon para determinar si la alteración ha sido sustancial a *priori* puede resultar menos estricto (*Vid.* sentencia *Pressetext).*

III. ¿ERA PREDECIBLE LA MATIZACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LO IMPREVISIBLE?

Como acabamos de recopilar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia adolecía de la intrínseca limitación de no haber tenido oportunidad de afrontar de forma directa supuestos en los que la alteración de las condiciones esenciales de la licitación era consecuencia inmediata de un hecho imprevisible. Al margen de todo ello, la propia Comisión Europea advirtió que la rígida aplicación de los criterios jurisprudenciales sobre la modificación de los contratos podría presentar disfunciones cuando se trata contratos complejos y de larga duración. Así, del Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de concesiones[54], parece desprenderse que cuando concurriese una circunstancia imprevisible o una razón imperiosa de interés general podía flexibilizarse el requisito de que la modificación no afectase a las condiciones esenciales de la licitación. De hecho, en dicho Libro Verde se somete a consulta la posibilidad aclarar a escala comunitaria determinados aspectos correspondientes al marco contractual de las operaciones de CPP. Y entre las partes interesadas se alcanza un grado de consenso amplio en relación con la necesidad de ajustar a lo largo del tiempo las fórmulas de contratación público privada contractual[55].

53. En este sentido, resultan sumamente expresivas las conclusiones del Abogado General Albert (apartado 55): «la decisión de permitir la sustitución de manzanas por melocotones, fue adoptada inmediatamente después de la adjudicación y en un momento en que no existía una escasez apreciable de manzanas. Por consiguiente, la verdadera decisión de ofrecer la posibilidad de sustitución, que constituye la base y el contenido de la Decisión objeto de recurso, no se adoptó primordialmente en razón de circunstancias imprevisibles acaecidas con posterioridad a la adjudicación del contrato».
54. Libro Verde de 30 de abril de 2004, COM (2004) 327 (apartados 4 y 50).
55. *Vid.* pp. 20 y 21 del Documento de Trabajo de la Comisión «Report on the public consultation on the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions», de 3 de mayo de 2005, SEC (2005) 629. Posteriormente, en el cuestionario incluido en la iniciativa europea sobre concesiones [Disponible en *http://www.minhap.gob.es/gl-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/*

Antes de la formulación de las propuestas de nuevas Directivas, en el Libro verde sobre «La modernización de la política de contratación pública de la UE» de 2011[56], la Comisión reconoce que los cambios posteriores a la licitación que tienen una repercusión en el propio contrato o en su ejecución constituían «una cuestión particularmente compleja». Por ello, la Comisión sometió a consulta la necesidad de una aclaración jurídica al nivel de la UE para establecer las condiciones en las que la modificación de un contrato exige un nuevo procedimiento de adjudicación. El documento de síntesis de las respuestas al Libro Verde[57] refleja que una mayoría de repuestas procedentes de todos los grupos interesados apoyaban la introducción de previsiones que definiesen y clarificasen las condiciones y consecuencias legales de una modificación esencial de un contrato durante su ejecución[58].

De esta forma, tanto en la memoria explicativa la propuesta de Directiva sobre contratación pública[59] como en la propuesta de Directiva sobre concesiones[60], se admite que:

nomenclaturas.aspx] se consulta a las partes interesadas si consideran que el marco legal actual relativo a las modificaciones de concesiones, como opina el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias Succhi di Frutta, Pressetext, Acoset y Wall AG8, queda suficientemente claro y permite tener en cuenta la naturaleza evolutiva de las concesiones.

56. Libro verde sobre «La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», Bruselas, 27-1-2011, COM (2011) 15 final. En relación con dicho documento, resultan de interés las «Contribuciones al Libro Verde presentadas por los miembros investigadores de proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación Nuevos escenarios de la contratación pública (DER JURI 2009-12116) », publicadas *Observatorio de los Contratos Públicos 2010,* Civitas, 2011, pp. 459 y ss. En esa misma obra, *vid.* igualmente Ruiz Castañeda de la Llave, A./ Bernal Blay, M. A., «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes».
57. *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market Synthesis of replies*. Disponible en: *http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf*.
58. Además, el Libro Verde se abordaba de forma específica las cuestiones relativas a los cambios que afecten al contratista, tales como la sustitución del contratista por otra entidad legal, pero también cambios en su estatus o propiedad. Sin embargo, solo una minoría de las partes interesadas consideraron que existía un valor añadido en la incorporación de reglas sobre los cambios que afecta al licitador seleccionado durante la ejecución del contrato.
59. Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública COM (2011) 896 final, de 20 de diciembre de 2011.
60. Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión de 20 de diciembre de 2011 [COM (2011) 897 final], de 20 de diciembre de 2011.

> «La modificación de los contratos durante su periodo de vigencia se ha convertido en un aspecto cada vez más importante y problemático para las partes interesadas. En una disposición específica sobre modificación de las concesiones se recogen las soluciones básicas desarrolladas por la jurisprudencia y se ofrece una solución pragmática para hacer frente a las circunstancias imprevistas que hagan necesaria la modificación de una concesión durante el periodo de vigencia».

En definitiva, las propuestas[61] buscan introducir cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas circunstancias externas imprevisibles sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. Y así, parten del principio general de que toda modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público/concesión durante su periodo de vigencia será considerada una nueva adjudicación y conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación. Se plasmaba además una definición tautológica del concepto de «modificación sustancial»[62], recogiendo, con algunos matices, la doctrina fijada en la sentencia *Pressetext.*

Además de regular en qué circunstancias sería admisible un cambio de licitador, se establecían dos supuestos en los que se entendía que la modificación no tenía carácter sustancial: en primer lugar, cuando no superara ciertos umbrales *de minimis* y, en segundo lugar, cuando la modificación estuviera prevista en la documentación de la contratación de forma clara, precisa e inequívoca. Ni en uno ni en otro caso se podía alterar la naturaleza global del contrato.

Por último, de manera literal se establecía que una modificación sustancial no conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación cuando concurran todas las condiciones siguientes: (a) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador o una entidad adjudicadora diligente no podía prever; (b) que la modificación no altere el carácter global del contrato; (c) que cualquier aumento del precio no sea superior al 50% del valor del contrato inicial. Las relaciones entre regla general prohibición de modificar los elementos esenciales de la contratación– y sus excepciones eran claras.

61. *Vid.* artículo 42 de la Propuesta de Directiva sobre concesiones y art. 72 de la Propuesta de Directiva sobre contratación pública.
62. Así, se el art. 72.2 de la Propuesta de Directiva establecía que «una modificación de un contrato durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1 cuando tenga como resultado un contrato sustancialmente diferente del celebrado en un principio».

Las propuestas de la Comisión[63] fueron analizadas en paralelo por el Consejo y por el Parlamento europeo. El Consejo publicó distintas versiones de un texto de compromiso[64]. Por su parte, el Comité sobre Mercado Interior y Protección de Consumidores del Parlamento europeo publicó sendos Informes que plantaban cientos de modificaciones al texto de la propuesta original[65] y que no incorporaban los cambios y modificaciones acordados por los Estados miembros en el seno del Consejo[66]. Los textos finalmente aprobados son el resultado de intensas negociaciones efectuadas entre las tres instituciones. En el ámbito de las modificaciones contractuales, la regulación que se establece tanto en el art. 72 de la Directiva sobre contratación pública como en el art. 43 de la Directiva sobre concesiones difiere de forma significativa del texto de la propuesta, aunque entre ambas Directivas sigue existiendo un importante grado de paralelismo[67].

Sin embargo, como se analizará con detalle en las páginas siguientes, la regla general, bajo mi punto de vista, sigue siendo que la modificación de los contratos públicos, en cuanto puede comprometer el efecto útil de los objetivos de la normativa sobre contratación pública, ha de admitirse sólo con carácter excepcional. Cierto es que se han ampliado notablemente alguno de los límites cuantitativos establecidos y que en algunos aspectos la redacción de la norma es ciertamente confusa. Pero las disposiciones

63. En relación con las propuestas de Directivas, *vid.* Moreno Molina, J. A., «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en Gimeno Feliú (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2012,* Civitas, 2013 y Gimeno Feliú, J. M., «Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA,* nº 159, 2013.

64. La primera versión en relación con la Directiva sobre contratación pública es de 24 de julio de 2012. La última versión de 30 de noviembre de 2012. En relación con la Directiva sobre concesiones, la orientación general es de 20 de diciembre de 2012.

65. Informe de 11 de enero de 2013, sobre la sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [COM (2011) 0896–C7-0006, 2012-2011, 0438 (COD)] e Informe de 1 de enero de 2013 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión [COM (2011) 0897-C7-0004, 2012–2011, 0437 (COD)].

66. Sobre el proceso de elaboración del nuevo paquete de Directivas sobre contratación pública, *vid.* Sánchez Graells, «¿Es imposible el diálogo en la reforma de la normativa comunitaria de contratación pública? El Consejo y el Parlamento Europeo siguen caminos paralelos», en *www.obcp.es*, 6, 2, 2013.

67. Como explicaremos inmediatamente después, una de las cuestiones que ha resultado especialmente controvertida en la tramitación del nuevo paquete de Directivas era la conveniencia de establecer un régimen más flexible en el ámbito de los contratos de concesión.

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 – y las normas sobre modificación de los contratos sin duda lo son– deben ser objeto de una interpretación estricta[68].

IV. LA DISCIPLINA DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS MODIFICACIONES OBJETIVAS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Una modificación sustancial de un contrato durante su vigencia requiere una nueva adjudicación. Así se desprendía de la jurisprudencia del TJUE y este principio general ha sido puntualmente codificado en las nuevas Directivas. El mandato es inequívoco:

> «será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2»[69].

En todo caso, no puede obviarse que la criticable ordenación sistemática de los arts. 72 de la Directiva sobre contratación pública y del art. 43 de la Directiva sobre concesiones puede propiciar lecturas distorsionadas. Pero las eventuales dificultades interpretativas derivan exclusivamente del hecho que la regla general se haya llevado al último apartado de estos extensos artículos. Sin embargo, la tortuosa redacción de la norma no ha de empañar la labor de exégesis. Al margen del contundente tenor de los preceptos reseñados, la llamada a la jurisprudencia del TJUE que efectúan los considerandos de ambas Directivas demuestra a todas luces que esta doctrina no perdido ni un ápice de vigencia. Así, el considerando 107 de la Directiva sobre contratación pública, que encabeza el grupo de considerandos dedicados a las modificaciones contractuales, literalmente afirma que «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*» (cursiva nuestra). En este sentido, se recuerda que «es

68. Entre otras, SSTJUE 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84, 03, de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57, 94, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318, 94.

69. Artículo 72.5 Directiva 2014/24/UE. *Vid.* Igualmente art. 43.5 Directiva 2014/23/UE.

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 [...]. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar las condiciones esenciales de dicho contrato»[70].

Para encontrar el origen del tortuoso tenor del art. 72 de la Directiva sobre contratación pública es preciso acudir, paradójicamente, a los trabajos preparatorios de la Directiva sobre concesiones. Como ya hemos señalado, en las propuestas originales de la Comisión el régimen jurídico de las modificaciones contractuales era prácticamente idéntico, independientemente de que se tratase de un contrato público de obras, suministros o servicios, o de una concesión.

No obstante, el Parlamento europeo trató de establecer un régimen jurídico radicalmente diferente, según se tratase de uno u otro caso, de forma que si bien se mantenía con carácter restrictivo la posibilidad de modificar el contrato en la Propuesta sobre contratación pública, se pretendió reconocer con un carácter mucho más flexible el *ius variandi* en el ámbito de las modificaciones concesionales. Así, en el Informe del Parlamento sobre la Directiva de concesiones se alteraba la redacción del primer apartado del entonces art. 42, de forma que el precepto comenzaba estableciendo como principio general que «una concesión vigente podrá ser modificada mediante una adición al contrato salvo si las modificaciones son sustanciales»[71]. Además, en uno de los considerandos se añadía «toda concesión vigente puede ser modificada mediante un acuerdo adicional, de conformidad con la presente Directiva»[72].

Pero esta propuesta no halló el beneplácito ni del Consejo, ni de la Comisión europea. Los considerandos de la Directiva de concesiones –al igual que el relativo a la Directiva sobre contratación pública– no recogen la declaración de principios propuesta por el Parlamento, manteniendo en cambio el reenvío a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como parámetro interpretativo en su formulación

70. Idéntica dicción en el considerando 75 de la Directiva sobre concesiones.

71. *Vid.* enmienda 224 del proyecto de Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 1 de febrero de 2013. La justificación de la enmienda era totalmente elocuente en este sentido. Literalmente se afirmaba: «*Introducción de un nuevo apartado para aclarar el artículo especificando que se puede modificar una concesión vigente (principio general) excepto si las modificaciones son sustanciales (exclusiones)*».

72. *Vid.* enmienda 51.

clásica. En definitiva, el art. 43 de la Directiva de concesiones finalmente aprobado no mantiene la estructura regla general/excepciones propuesta por el Parlamento, sino que comienza enumerando el elenco de supuestos en los que –de forma tasada– será posible la modificación de la concesión. La estructura del precepto es idéntica a la del art. 72 de la Directiva sobre contratación pública, en cuya tramitación nunca se cuestionó que la posibilidad de modificar el contrato tiene carácter excepcional.

La determinación del concreto alcance del juego excepción/regla general no constituye en absoluto una cuestión retórica. Porque si la posibilidad de modificar el contrato es, como defendemos, la excepción y no la regla, habrá de ser interpretada de forma estricta, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE en materia de excepciones a las Directivas sobre contratación pública[73].

De esta forma, toda modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público/concesión durante su periodo de vigencia será considerada una nueva adjudicación a efectos de lo dispuesto en la presente Directiva y conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación regido por la misma, salvo en los supuestos tasados y de interpretación restrictiva que las propias Directivas establecen. Así, sólo será posible modificar un contrato sin necesidad de iniciar un procedimiento de contratación cuando:

a) Las modificaciones estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas.

b) se trate de prestaciones adicionales técnica o económicamente inseparables del contrato inicial que resulten «necesarias».

c) concurran circunstancias imprevisibles, objetivamente definidas.

d) no se alcancen determinados umbrales de *minimis.*

e) la modificación no tenga carácter sustancial.

Puede sorprender que de lectura literal de las normas se desprenda que en determinadas circunstancias, podrán introducirse modificaciones sustanciales al contrato. Pero ha de repararse en que la posibilidad de modificar las condiciones esenciales del contrato no es en ningún caso ilimitada. Porque las modificaciones bien no deben alterar la naturaleza global del contrato [supuesto a)], bien no deben sobrepasar determinados límites

73. *Vid. supra.*

cuantitativos [supuesto b)] o bien deben respetar ambas limitaciones simultáneamente [supuestos c) y d)]. De esta forma, el principal reto que planteará la aplicación práctica de las nuevas Directivas sobre contratación pública es definir el concepto de «naturaleza global del contrato»[74]. En este caso, independientemente de la causa que pudiera motivar la alteración del contenido obligacional, la prohibición de modificar el contrato es absoluta[75].

De esta forma, en determinadas circunstancias se permite que sin mediar procedimiento de adjudicación se introduzcan modificaciones esenciales del contrato, siempre que no alteren su «naturaleza global»[76]. En consecuencia, es posible sistematizar los distintos tipos de modificaciones y sus efectos atendiendo a la siguiente clasificación:

a) «modificaciones que no tienen carácter sustanciales», modificaciones a las que las Directivas no imponen límites expresos;

b) modificaciones que afectan a condiciones sustanciales de la licitación –sin afectar la naturaleza global del contrato–, que son admisibles siempre que: a') estén previstas en la documentación contractual; b') obedezcan a circunstancias imprevisibles; c') sean necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial; o d') no alcancen determinada cuantía;

c) modificaciones que alteran la naturaleza global del contrato, cuya incorporación al contrato requiere en todo caso el inicio de un nuevo procedimiento de licitación.

Las dudas interpretativas surgirán porque los parámetros para deslindar qué condiciones esenciales alteran la naturaleza global del contrato no son ni mucho menos evidentes. Porque la definición tanto de «condiciones esenciales del contrato» como de «naturaleza global» tienen como

74. En la versión en castellano de la Directiva de concesiones el límite es el «*carácter* global de la concesión». Sin embargo, de esta diferencia de dicción, a nuestro juicio, no deben derivarse consecuencias jurídicas ya que el tenor de la versión inglesa de ambas Directivas es idéntico: «*overall nature of the contract*» y «*overall nature of the concession*».

75. Las Directivas no formulan expresamente este límite en el caso de prestaciones adicionales técnica o económicamente inseparables de la prestación. Sin embargo, como razonaremos más adelante, esta barrera infranqueable común está implícita en la propia naturaleza de la modificación y en el límite cuantitativo previsto.

76. Cfr. con Baño León, J. M. («Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos», *Anuario de Derecho Local,* 2012, p. 144), para quien la alteración de la naturaleza global es un concepto equivalente al de modificación sustancial del contrato.

referente un elemento común: su eventual «influencia en el resultado del procedimiento»[77]. 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»[78]. Ello sucedería, como ejemplifica la propia Comisión[79] si el poder adjudicador decide adquirir en propiedad la flota de vehículos en lugar de realizar la operación de arrendamiento financiero (*leasing*) inicialmente licitada o si se renuncia a la naturaleza orgánica de los alimentos que fueron objeto de un contrato de suministro.

En mi opinión, es preciso tener en cuenta que el criterio de la naturaleza global no hace referencia exactamente a la naturaleza del contrato concluido, sino a las características esenciales del procedimiento de contratación que se ha realizado previamente[80]. En otros términos, se alterará la naturaleza global de la contratación si se introducen variaciones en aquellos elementos que de modo más decisivo han condicionado el desarrollo del procedimiento de contratación, desde la perspectiva tanto del número de las ofertas recibidas como de su contenido. Y ello sucederá, ya sea mediante la alteración del objeto del contrato, ya sea cuando se rebasen determinados límites cuantitativos y, ya sea, aunque expresamente no se refleje en las Directivas, si se altera equilibrio del contrato a favor del contratista, pues este equilibrio, como ya resaltamos, es un parámetro decisivo del desenvolvimiento del procedimiento de licitación.

En todo caso, sólo es posible introducir modificaciones de los elementos esenciales del contrato cuando concurra alguna de las causas cualificadas que de forma tasada contempla el precepto. De esta forma, el legislador europeo, ante determinadas circunstancias sacrifica el principio de concurrencia en aras a la consecución de otros intereses públicos. Por ello, la interpretación de los supuestos en los que se permite este tipo de

77. En relación con el concepto de «modificación no sustancial», *vid.* art. 72.5 a) Directiva 2014/24/UE y considerando 107 de la Directiva 2014/24/UE y art. 41.5. a) y considerando 75 de la Directiva 2014/23/UE. En relación con el caracterización de la «naturaleza global del contrato», *vid.* considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE.

78. Considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE.

79. *Vid.* el documento del Consejo 11266, 12, de 14 de junio de 2012, que incluye en un anexo un documento elaborado por la Comisión.

80. La primera acepción de «naturaleza» del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* es «esencia y propiedad característica de cada ser».

modificaciones ha de ser necesariamente restrictiva[81]. Y las modificaciones introducidas han de guiarse por el principio de proporcionalidad[82].

En este sentido, se ha advertido[83] que la valoración de si una modificación es esencial o no debe necesariamente depender del objeto del contrato, de su contenido, del alcance de la modificación propuesta y de si esta se requiere por circunstancias externas. Sin embargo, en mi opinión, las nuevas Directivas permiten situar la discusión en marco conceptual diverso. Para concluir si un modificado es esencial o no habrá de prescindirse de las causas que lo motivan[84]. Una vez que un modificado se califique como esencial, aún existirá margen para considerarlo adecuado a Derecho de la Unión Europea si obedece a causas tasadas y cualificadas y no vulnera el

81. Esta afirmación en cierto modo es matizable en el caso de modificaciones previstas en la contratación. Dado que si se respetan los requisitos fijados por las Directivas todos los licitadores han tenido un conocimiento cabal de los elementos de la contratación, en estos casos los principios de igualdad de trato y transparencia parecen *a priori* suficientemente realizados.

82. Según reiterada jurisprudencia, el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho europeo y exige que las medidas de que se trate no rebasen los límites de lo que resulta apropiado para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de optar por varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa. Sobre las implicaciones de este principio en el ámbito de la contratación pública, *vid.* Moreno Molina, J. A., *Los principios generales…, op. cit.*, p. 66. Este principio se ha reconocido en el art. 107.2 TRLCSP.

83. Poulsen, S. T., «The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law», PPLR, 21, 2012, p. 187. Sin embargo, este razonamiento especulativo puede conducir a resultados indeseados si es llevado a sus extremos. Señalan Harten, K./Liljenbol, M. W. («Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender», *PPLR*, 22, 2013, p. 58) que en algunas situaciones, como por ejemplo, en los casos los que la oferta del adjudicatario fuese sustancialmente mejor a la de los otros licitadores, o en los que sólo se hubiera recibido una oferta, el poder adjudicador tendría un poderoso argumento para demostrar que la modificación no hubiera producido como resultado que otro licitador resultar adjudicatario, al menos que la entidad de la modificación fuera tal que se pudiera asumir que hubiera existido una mayor participación en la licitación si el cambio hubiera formado parte de la documentación contractual. Sin embargo, en nuestra opinión, este tipo de aproximaciones pueden implicar una vulneración del principio de transparencia, que tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Porque de seguirse esta línea argumental, se consolidaría una situación de indudable ventaja en los supuestos de licitador único o en aquellos casos en los que la oferta fuera considerablemente mejor a la de otros licitadores.

84. Aunque éstas no sean intrascendentes para determinar la adecuación a Derecho del modificado que no altera las condiciones de la licitación, como señalaremos más adelante.

límite infranqueable de la naturaleza global del contrato. Por ejemplo, la disminución del canon pactado supondrá en principio la alteración de una condición esencial. Sin embargo, si con ello se pretende preservar la continuidad del contrato ante el acaecimiento de una circunstancia imprevisible, y no se altera la naturaleza global del contrato, la modificación puede resultar admisible[85].

En definitiva, parafraseando a George Orwell, aunque todas las modificaciones que afecten a las condiciones importantes de la licitación, son esenciales, unas son más esenciales que otras.

2. SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

2.1 Modificaciones convencionales

Tal y como establece el primer apartado del art. 71.1 de la Directiva sobre contratación pública[86], no será preciso iniciar un nuevo procedimiento de licitación cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario[87], estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Añade el precepto que dichas cláusulas de revisión determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No se establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco[88].

Son dos, en mi opinión, las características más relevantes de ese precepto.

85. Sirva como ejemplo el supuesto que resuelve la STS de 30 de junio de 2014 (Sala de lo Civil, rec. nº 2250, 2012), que otorga la rebaja del canon solicitada por la demandante en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En el supuesto, se trataba de un contrato de explotación de publicidad incluida en los y se prueba que la inversión en publicidad en el sector del transporte sufre un descenso en el año 2009 de un 67,62%.
86. Prácticamente con el mismo tenor, art. 43.1 a) de la Directiva de concesiones.
87. La inexistencia de un límite cuantitativo a esta modificación no estaba expresamente prevista en la propuesta original de la Directiva, aunque era fácilmente deducible de su tenor literal.
88. Explican el considerando 111 de la Directiva sobre contratación pública y el considerando 76 de la Directiva sobre concesiones que en cada contrato o concesión, «los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de prever modificaciones por medio de cláusulas de revisión o de opción, aunque tales cláusulas no deben proporcionarles una discrecionalidad ilimitada. Así pues, la Directiva debe establecer en qué medida puede preverse modificaciones en el contrato inicial».

En primer lugar, este tipo de modificaciones se desligan del carácter sustancial o no de la modificación. Sin reconocer una discrecionalidad ilimitada a la hora de incorporar el contrato cláusulas de revisión u opciones, se otorga a la Administración un margen de apreciación en principio más amplio que el ámbito de las modificaciones no previstas. A mi parecer, esta opción no resulta criticable ya que no se trata de modificaciones del contrato, sino de modificaciones derivadas del contrato y, si, como reclama la norma las condiciones en que puede operar la alteración del contenido obligacional del contrato se han fijado con la suficiente claridad, precisión y transparencia, el riesgo de distorsión de la competencia no es significativo[89].

En segundo lugar, en mi opinión, la norma refuerza el carácter fuertemente restrictivo de la inclusión de «cláusulas de revisión» en sentido técnico.

En efecto, en el Derecho de la contratación pública, es posible distinguir entre «opciones» y «cláusulas de revisión». Una «opción» constituye el derecho de un poder adjudicador de adquirir productos, servicios en los plazos y condiciones predeterminados, mientras que una «cláusula de revisión» se define como una cláusula que prevé que las partes contractuales puedan modificar el contrato en ciertos supuestos predefinidos. Mientras el primer tipo de cláusulas difícilmente pueden distorsionar la competencia, es evidente que el segundo tipo, en cuanto permiten una «renegociación» de ciertos términos contractuales, pueden resultar contrarias

89. En la aplicación del art. 107 TRLCSP se ha planteado la duda de si existe algún límite en la previsión de modificaciones «convencionales». El Informe de la JCCA 43, 2008, de 28 de julio, mantuvo que si están previstas en los documentos contractuales, estas cláusulas pueden afectar a condiciones esenciales de la contratación. Comparte esta interpretación, Razquín Lizárraga, J. A., «El nuevo régimen de la modificación de los contratos del sector público», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8. En contra, Gimeno Feliú, J. M. («El régimen de modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *REDA*, nº 149, 2011, pp. 49 y 53) e Informe JCCA Aragón 3, 2009, de 15 de abril.
En todo caso, resulta criticable la ausencia de previsión de límites cuantitativos. *Vid*. Colás Tena, J., «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible», *REDA*, nº 153, 2012. Gimeno Feliú, J. M., «El régimen de modificación…», *op. cit*., p. 52. Y es que, como señaló Bernal Blay, M. A. («Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en Gimeno Feliú, *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011. p. 183), en el caso de la norma española hubiera sido deseable el señalamiento de un límite máximo de modificación, tal y como prevé la Ley foral 6, 2006, de contratos públicos de Navarra. Sobre esta última disposición, *vid.* Razquín Lizárraga, M., «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, pp. 427-428.

a los principios de igualdad y transparencia. Por ello se ha defendido que las cláusulas de revisión deben ser específicas, previsibles y objetivamente justificadas, y su aplicación no debe requerir nuevas negociaciones entre las partes (o al menos, únicamente relativas a aspectos técnicos)[90]. En mi opinión, esta interpretación se refuerza en la versión finalmente aprobada de las Directivas ya que, como ejemplos de cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, se trae a colación las cláusulas de revisión de precios u opciones. El elenco no constituye evidentemente un *numerus clausus*, pero es fuertemente indicativo del tipo de cláusulas que son admisibles[91]. Y lo que resulta indubitado es que la mera previsión de incorporar modificaciones contractuales no puede suponer una habilitación en blanco a realizar las mismas[92].

Dentro de estos límites, el contenido de las cláusulas es suficientemente amplio, de forma que pueden hacer referencia no sólo a indexaciones de precios, sino también a cláusulas que garanticen los equipos de telecomunicaciones que sean entregarse durante un periodo de tiempo determinado sigan siendo idóneos, incluso en caso de modificación de protocolos de comunicación u otros cambios tecnológicos[93].

90. Harten, K./Liljenbol, M. W., «Changes to Existing Contracts», p. 60.

91. *Vid*. Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que en el ámbito de en un contrato de privatización del servicio público del agua anula el pliego por la deficiente regulación de la posibilidad de modificados. Del mismo modo, la RTACRC 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.

92. *Vid*. igualmente la STJUE de 14 de octubre de 2004, Comisión/Francia, C-340, 02, de la que se desprende que la mera previsión de que el contrato podrá ser ampliado a una prestación adicional no permite adjudicar directamente el segundo contrato al adjudicatario del contrato original. En el supuesto, el objeto del contrato era el estudio de viabilidad de una cadena de tratamiento de agua, lo que constituía la primera fase de un proyecto que culminaba con el diseño y ejecución de la obra y que se articulaba en tres etapas. En el anuncio de licitación se establecía que el ganador del concurso podría ser invitado a colaborar en la asistencia al titular de la obra durante la segunda fase. Posteriormente, se adjudicó al ganador del concurso contrato de asistencia en la elaboración de un proyecto técnico detallado y en la elaboración de la evaluación de impacto ambiental a la entidad titular de la obra, objeto de la segunda fase. El TJUE concluye mera posibilidad de adjudicar el contrato correspondiente a la segunda fase conforme a los criterios establecidos para otro contrato, el relativo a la primera fase, no equivale a su adjudicación conforme a uno de los procedimientos previstos en la Directiva.

93. *Vid*. considerando 111 de la Directiva sobre contratación pública. Añade el citado considerando que también podría resultar posible disponer las adaptaciones del

En todo caso, la predeterminación del contenido de la cláusula de revisión no es el único límite que establece las Directivas sobre contratación pública. La cláusula no puede prever una alteración de la naturaleza global del contrato. De esta forma, no pueden incorporarse prestaciones no previstas, ni prever la introducción de cambios tales en la prestación inicialmente pactada que lleven a desnaturalizar el procedimiento de licitación. Por ello, aunque el artículo considera en principio admisibles estas modificaciones «con independencia de su valor», en mi opinión se sobrepasaría el límite relativo a la naturaleza global de la contratación si se prevén cambios que alteren cuantitativamente de forma considerable el contrato[94].

Por último, el valor de las eventuales modificaciones previstas en la documentación contractual tendrá una influencia decisiva en la concreta configuración de la licitación. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que a la hora de calcular el valor estimado del contrato habrá de incluirse «cualquier tipo de opción» (art. 5.1 Directiva sobre contratación pública)[95].

2.2 Prestaciones adicionales

El art. 31.4.1 b) de la Directiva 2004, 18/CE regula la posibilidad de contratar a través del procedimiento negociado sin publicidad nuevas obras o servicios siempre que, entre otros requisitos, la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada desde el inicio de la convocatoria de licitación y no hubieran transcurrido más de tres años desde la celebración del contrato. Además, esta posibilidad se debe indicar en la documentación contractual y las obras y los servicios deben ajustarse a un proyecto base. Por su parte, el art. 31.2 b) de la Directiva 31.2 b) permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para realizar entregas complementarias, en los casos de incompatibilidad técnica y siempre que la duración de los contratos no supere los tres años. Ambas supuestos de utilización procedimiento negociado sin publicidad se han mantenido en

contrato que sean necesarias a causa de dificultades técnicas que hayan surgido durante el funcionamiento o mantenimiento. Finalmente, se recuerda que los contratos pueden incluir, tanto intervenciones de mantenimiento habitual como de mantenimiento extraordinario, que puedan resultar necesarias para asegurar la continuidad de un servicio público. En todo caso, estas cláusulas deben estar redactadas «con suficiente claridad».

94. Piénsese en un contrato de suministros de 10 unidades de un producto, en el que se incluye una opción que permite al poder adjudicador solicitar 50 unidades adicionales. En este sentido, Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities…, op. cit.*, p. 291. Por su parte, Treumer, S. («Regulation of contract», p. 165) advierte que dada la inexistencia de límites cuantitativos, se otorga un margen de discrecionalidad considerable a la hora de introducir este tipo de cláusulas.

95. En nuestro Derecho, *vid.* art. 88 TRLCSP.

el art. 32 la Directiva 2014/24/UE[96]. No obstante, además, en el art. 72.2 se prevé que a través de la modificación del contrato y por tanto, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de licitación– puedan incorporarse prestaciones adicionales, posibilidad que se somete a estrictos límites.

Este supuesto de modificación contractual está concebido para facilitar las entregas adicionales que constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue al poder adjudicador a adquirir material, obras o servicios con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas[97].

Según el art. 72.1. b) de la Directiva sobre contratación pública[98], los contratos podrán modificarse para incluir obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:

i) 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

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

En todo caso, para poder modificar el contrato en virtud de este precepto es preciso que la prestación adicional «resulte necesaria», es decir, que surja una necesidad nueva. Y aunque se ha defendido que el concepto de imprevisibilidad es distinto al de necesidad nueva[99], en mi opinión la línea divisoria entre el concepto de «necesidad nueva» y el «imprevisibilidad» no es en todo caso nítida. De hecho, bajo la vigencia del TRLCAP del año 2000 muchos autores llegaron a considerar que las «necesidades nue-

96. Como novedad respecto a la Directiva 2004/18/CE, la Directiva 2014/24/UE añade que en el proyecto de base se mencionarán el número de posibles obras y servicios adicionales y las condiciones en que serán adjudicados. Además, la nueva Directiva utiliza ahora el término «adicional» más fiel a la versión inglesa, en lugar del tradicional término «complementario», cuya interpretación en nuestro Derecho, como ya hemos resaltado, ha resultado problemática.

97. *Vid*. Considerando 108 de la Directiva sobre contratación pública.

98. *Vid*. art. 43.1 b) de la Directiva sobre concesiones.

99. Entre otros, Vázquez Matilla, J., «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de contratos del sector público», *Contratación administrativa práctica*, nº 94, 2010.

vas» y las «causas imprevistas» que aquella norma diferenciaba tendían a aproximarse cuando no a ser lo mismo[100]. Porque no puede considerarse «nueva» una necesidad que, sin ser actual, desde el inicio de la licitación es previsible que surja durante el plazo de ejecución del contrato[101]. Porque si un poder adjudicador diligente puede prever que surgirá determinada necesidad, debe utilizar los mecanismos que ofrece el Ordenamiento bien de adaptación del contrato [art. 72.1 a) Directiva 2014/24] o bien de flexibilización del procedimiento de adjudicación [art. 32.3 b) y 32.5 Directiva 2014/24]. De imperar una interpretación más posibilista del precepto, se desactivaría probablemente el efecto útil del resto de límites del art. 72 de la Directiva sobre contratación pública.

El uso de un criterio relativo únicamente 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[102]. Por ello, la posibilidad de modificar el contrato para incorporar prestaciones adicionales, en los supuestos en los que la incorporación de estas nuevas prestaciones resulte necesaria, se somete a dos limitaciones.

En primer lugar, el cambio de contratista no ha de ser factible por razones económicas o técnicas [subapartado i)]. Ahora bien, el subapartado ii) del apartado b) del art. 71.2 de la Directiva, añade que el cambio de contratista no debe «generar inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador». Puede sorprender la redacción del precepto, pues aun cuando ambas circunstancias tienen carácter cumulativo, la segunda puede parecer redundante. Pero en mi opinión,

100. Martín Rebollo, L., «La modificación de los contratos (régimen, regulación de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de trasparencia»), *Revista Española de la Función Consultiva,* nº 12, 2009, p. 57. En este sentido, Sainz Moreno, F., «Prerrogativas de la Administración en la contratación administrativa», B. Pendás (Coord.), *Derecho de los contratos públicos* Ed. Praxis, Madrid, 1996, p. 445. *Vid.* igualmente Meilán Gil, J. L., *La estructura de los contratos públicos,* Iustel, 2008, p. 243.
En todo caso, cabe resaltar que la propuesta de Directiva no regulaba este supuesto que podrá subsumirse, en la mayor parte de los casos, en el que analizaremos a continuación.

101. En definitiva, este nuevo precepto no debe servir para dar cobertura a ciertos supuestos en los que se ha negado que exista una causa imprevisible que legitime la modificación del contrato. *Vid.* por ejemplo, IJCCA Aragón de 10, 2012, de 11 de abril, relativo a la celebración por parte de una comarca de un contrato para la prestación del Servicio de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos, que se pretendía extender a nuevos municipios en la medida en que éstos fueran finalizando sus contratos en vigor.

102. STGUE de 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540, 10, apartado 61.

la principal virtud de la referencia a los inconvenientes significativos o a un aumento sustancial de costes es aclarar que el incremento de costes ha de ser «sustancial», por lo que si el coste de la adaptación de los nuevos equipos de otro proveedor no es significativo, no podrá modificarse el contrato[103]. En todo caso, la incompatibilidad técnica o económica ha de predicarse con carácter objetivo, ya que en ningún caso puede razonarse en la incapacidad del poder adjudicador de conocer el mercado[104].

Por lo demás, el concepto de «razones técnicas o económicas» ha de ser objeto de interpretación estricta, siguiendo el enfoque restrictivo que ha empleado por el TJUE a la hora de enjuiciar la posibilidad de emplear el procedimiento negociado en supuestos similares[105].

En segundo lugar, desde un punto de vista cuantitativo, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50% del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones si bien, añade la Directiva, estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva, lo que puede presumirse, añadimos nosotros, si son muy cercanas en el tiempo. Además, en si el contrato incluye una cláusula de indexación, el valor de referencia será el precio actualizado[106].

103. En este sentido, señala Arrowsmith, S. (*The Law of Public and Utilities…, op. cit.*, p. 623) que en una interpretación estricta, sería necesario convocar un procedimiento de licitación en el caso de que existiesen equipos de otro proveedor que pudieran ser adaptados para hacerlos compatibles, pudiendo incluirse el coste de adaptación como criterio de adjudicación. Sin embargo, en una interpretación más flexible, que es la que finalmente ha acogido la Directiva, no sería necesaria la convocatoria de una nueva licitación cuando la adaptación suponga incurrir en costes desproporcionados.

104. Así, la utilización de este supuesto legal exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella incompatibilidad. *Mutatis muntadi,* RTARC de 12 de julio de 2012.

105. Por ejemplo, no podrían añadirse nuevas prestaciones aludiendo a la necesidad de preservar la homogeneidad en la flota de helicópteros de un determinado Estado (STJUE de 8 de abril de 2008, Comisión/Italia, C-337, 05), ni en el objetivo de garantizar la continuidad de unas obras relativas al proyectos complejos (STJUE de 14-9-2004, Comisión/Italia. As. C-385, 02), ni, finalmente, en el de evitar las eventuales interferencias técnicas entre distintas obras en curso, cuando se pretende la ampliación del trazado inicial de una carretera (STJUE de 18-5-1995, Comisión/Italia, C-57, 94).

106. *Vid.* art. 73.2 de la Directiva sobre contratación pública. En el caso de las concesiones, es preciso tener en cuenta además que si la concesión no incluye una cláusula de indexación, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media en el Estado miembro del poder adjudicador o de la entidad adjudicadora (art. 43.3).

En todo caso, resulta reseñable que en relación con este supuesto de modificación contractual no se haya introducido el límite infranqueable de la alteración de la naturaleza global del contrato. Pero en mi opinión, esta frontera está implícita en la propia definición del supuesto. Desde una perspectiva cualitativa, se trata de prestaciones adicionales, lo que implica que han de conservar la misma naturaleza que la prestación inicial, a la que se suman o añaden. Desde una perspectiva cuantitativa, si tras sucesivas modificaciones se duplica o triplica el valor del contrato inicial, será difícil mantener que siguen tratándose de contratos adicionales.

A estos límites se añade un requisito formal, el de la publicación de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea. Esta publicación ya es obligatoria en la disciplina de la Directiva 2004/18/CE en los supuestos similares en los que se permite acudir a un procedimiento negociado sin anuncio de licitación.

2.3. Circunstancias imprevisibles

Según la doctrina del Tribunal de Justicia, la aparición de una circunstancia imprevisible no permitía modificar las condiciones esenciales de la licitación. El poder adjudicador podía, eventualmente, adjudicar el contrato al adjudicatario inicial a través de un procedimiento negociado sin publicidad. Sin embargo, la posibilidad de modificar elementos sustanciales del contrato cuando un elemento externo lo afectaba había sido sugerida por la doctrina[107].

En cierto modo, la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para hacer frente a circunstancias externas podría resultar un mecanismo excesivamente tortuoso la adaptación del contrato, siendo en realidad idénticos los efectos prácticos en comparación con los propios de la modificación del contrato[108]. De esta forma, como resaltamos, la propuesta de Directiva pretendía otorgar una solución pragmática a estas

107. Arrowsmith, S. (*The Law of Public and Utilities…, op. cit.*, p. 288) destacaba que, a la hora de determinar si un cambio es sustancial, las razones del cambio son relevantes. Así, añadía la autora que muchos Estados permiten potestades de modificación en casos excepcionales e imprevistos, que no están incluidos en el reparto de riesgos inicialmente pactado.
Del mismo modo Harten, K./Liljenbol, M. W. («Changes to Existing», p. 57) deducían de la sentencia *Pressetext* (relativa en uno de sus extremos, como ya sabemos, a la conversión del precio en euros) que los cambios debidos a circunstancias ajenas al control de las partes podían sugerir que el cambio no era sustancial. En un sentido similar, Poulsen, S. T., «The possibilities», *op. cit., PPLR*, 21, 2012, p. 173.

108. Así lo hizo ver Horgué Baena, C., *La modificación del contrato, op. cit.,* pp. 205 a 211.

situaciones, introduciendo cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a nuevas circunstancias exteriores que no se podían prever aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial[109]. Porque hay que tener en cuenta que la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sólo estaba prevista cuando se tratara de prestaciones adicionales y debía en todo caso de tratarse bien de obras bien de servicios estrictamente necesarios, bien de los únicos suministros técnicamente compatibles.

En todo caso, no me parece criticable la opción del legislador comunitario de afrontar la regulación de las modificaciones contractuales ante el cambio de circunstancias que rodearon la licitación. La tendencia a la modulación los efectos del contrato cuando acaece un elemento imprevisible no es una característica exclusiva de la contratación administrativa. En el ámbito del Derecho privado se ha reconocido que la obligatoriedad del contrato no debe extenderse más allá de lo expresamente pactado y al riesgo que debió ser asumido por las partes[110]. Y aunque la respuesta que dan los distintos ordenamientos ante este tipo de supuestos es divergente[111], entre

109. *Vid.* Considerando 109 de la Directiva sobre contratación pública y considerando 76 de la Directiva sobre concesiones.

110. *Vid.* Castiñeira Jérez, «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 29, pp. 71-106. Bien es verdad que el autor considera que la jurisprudencia civil debería adoptar un enfoque menos estricto y más cercano al mantenido en el ámbito de la contratación administrativa. Sobre el riesgo y ventura en los contratos públicos sigue siendo ineludible la cita a García De Enterría, E., «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública,* nº 2, 1950.
En todo caso, el artículo 1593 CC establece que «el arquitecto o contratista que se encargue por un ajuste alzado de la construcción de un edificio en vista de un plano convenido con el propietario del suelo no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales [ ]». Pues bien, en la aplicación de este precepto, aunque en nuestro Derecho no tenemos, como en otros ordenamientos una norma general de alteración sobrevenida de las prestaciones por causas extraordinarias no previstas o previsibles, puede ser de aplicación la cláusula de la excesiva onerosidad sobrevenida o la alteración de la base objetiva del contrato, más que la cláusula *rebus sic stantibus,* cuyos presupuestos son más extraordinarios y, por tanto, más restrictivos. *Vid.* Albiez Dohrmann, K. J., «Comentario al art. 1593», en Bercovitz Rodríguez Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11269.
En relación con las diferencias entre Derecho público y Derecho privado en la ejecución de los contratos *vid.* Medina Alcoz, L., «Fundamentos político-constitucionales del Derecho público de los contratos», en M. Yquierdo (Dir.), *Contratos,* tomo XIV, Contratos Públicos, Aranzadi, 2014, pp. 77 y ss.

111. Desde una perspectiva de Derecho privado comparado, dentro de las diferentes iniciativas de unificación internacional en materia de contratos es especialmente

las dos alternativas disponibles –modificación del contrato o resolución–, el Derecho europeo de la contratación pública opta por imponer límites a los Derechos nacionales cuando se prevea la utilización de la primera[112].

El supuesto habilitante para modificar el contrato es el acaecimiento de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever. Para determinar el carácter previsible o no de la circunstancia es preciso tener en cuenta los medios a disposición del poder adjudicador, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible[113]. Se impone, en todo caso, una aproximación fuertemente restrictiva del concepto de imprevisibilidad. En ese sentido, es una pauta orientativa la jurisprudencia del TJUE elaborada en torno a la aplicación del art. 31.1 c) de la Directiva 2004/18/CE y preceptos concordantes[114]. Este enfoque estricto es ya predominante en nuestra jurisprudencia[115].

interesante el proyecto desarrollado por la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo. Pues bien, dentro de los Principios de Derecho europeo de los contratos elaborados en el seno de esta Comisión, el artículo 6: 111, regula el «Cambio de circunstancias» con el siguiente tenor: (1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe. (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias. (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

112. En todo caso, Santamaría Pastor, J. A. («La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *REDA*, nº 159, 2013, p. 35) llama la atención sobre la paradójica introducción de este tipo de normas en la contratación pública ante la falta de unificación de las reglas de fondo que, en el Derecho privado, regulan los contratos paralelos.
113. *Vid.* Considerando 109 de la Directiva sobre contratación pública y considerando 76 de la Directiva sobre concesiones.
114. *Vid.* art. 7, aparatado 3, letra c) de la Directiva 93/37/CEE; art. 6, apartado 3, letra d) de la Directiva 93/36/CEE y art. 11, apartado 3, letra d) de la Directiva 92/50/CEE. Sobre esta jurisprudencia, *vid.* supra epígrafe I, apartado 3.
115. Para un estudio de la doctrina administrativa y jurisprudencia más reciente, *vid.* Fernández García, J. F., «Equilibrio económico y revisión de precios en los

Aun cuando concurra este presupuesto habilitante, la posibilidad de modificar el contrato cuando acontezca un hecho imprevisible debe respetar dos límites: la preservación de la naturaleza global del contrato y no sobrepasar determinados umbrales cuantitativos.

En primer lugar, la modificación no puede alterar la naturaleza global del contrato. A la interpretación de este escurridizo concepto nos hemos referido ya anteriormente. Pero en todo caso, baste recordar, sin ánimo de exhaustividad, que no podrá cambiarse el objeto del contrato o concesión[116], ni incorporar prestaciones diferentes a las inicialmente pactadas[117].

En segundo lugar, el incremento del precio resultante no podrá ser superior al 50% del importe inicial. Ahora bien, «en el caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva». Esta generosa regulación de los límites cuantitativos es, en mi opinión, uno de los aspectos más criticables de la regulación de este supuesto de modificación contractual en las nuevas Directivas y supone un elemento muy destacado de innovación respecto del Derecho todavía vigente[118]. Sin embargo, no creo que daba subestimarse la importancia cualitativa de las modificaciones a la hora de determinar si es admisible el modificado, en virtud de la interpretación del límite infranqueable al respeto de «naturaleza global de la contratación». Difícilmente podrá considerarse que, en

contratos administrativos», *REDA,* 163, 2014. Vid igualmente Punzón Moraleda, J./Sánchez Rodríguez, F., «El equilibrio económico de los contratos públicos», *Observatorio de los Contratos Públicos 2011,* Civitas, 2012 y Amenós Álamo, J./Nieto Moreno, J. E., «La languideciente vida del principio de equilibrio económico del contrato frente a riegos imprevisibles de la contratación pública», *REDA,* nº 156, 2012. *Vid.* igualmente Ortega Álvarez, L., «El régimen común de equilibrio de económico de concesión de obras públicas predicable de los diferentes supuestos de riesgo y ventura existentes en las diferentes fases de dicha concesión», en Puerta Seguido (Dir.), *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos del Sector Público,* La Ley, 2009.

116. STSJ de Andalucía de 30 de julio de 2003.

117. Sirva como expresivo ejemplo el supuesto resuelto por la STSJ de Canarias de 1 de marzo de 1999. En supuesto allí enjuiciado, no sólo se modifica del plazo de duración del contrato de concesión de servicio de abastecimiento de agua, sino que, además, el concesionario se compromete a realizar importantes inversiones a las que no venía obligado según el pliego de condiciones técnicas y económico-administrativas. *Vid.* igualmente, IJCCA Aragón de 8, 2013, de 10 de abril.

118. En el art. 31.4 de Directiva 2004/18/CE el importe acumulado de los contratos adjudicados para obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del contrato inicial. Esta misma regulación es la que se contenía en la propuesta de Directiva sobre contratación pública.

el caso de que de los importes acumulados de los modificados lleguen a superar el precio del contrato inicial, se está ante el contrato originario. También podrá dudarse de si el resultado hubiera sido el mismo si el resto de licitadores hubieran tenido oportunidad de conocer la entidad de las alteraciones que sufriría el contrato.

Como en el supuesto analizado en el epígrafe anterior, a estos límites se añade en un requisito formal, el de la publicación de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea.

De todo lo expuesto hasta aquí se desprende que el precepto que estamos glosando no regula tanto el *ius variandi*, como los límites que se imponen al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando su origen es un hecho imprevisible. Por ello, rectamente entendido, no resulta criticable que se haya desligado este supuesto del carácter esencial o no de la modificación contractual. Porque habrá determinados circunstancias en los que una modificación tenga carácter sustancial, pero que, por encuadrarse dentro de determinados límites, pueda admitirse como medida del reequilibrio económico siempre que se haya verificado un riesgo imprevisible. Sirva como ejemplo la necesidad de incrementar el precio del contrato ante un desmesurado aumento de los precios de las materias primas[119], aumento que será admisible si no se altera la naturaleza global del contrato, ni se sobrepasan determinados límites cuantitativos[120].

119. Se trata de un supuesto que se ha abordado de manera recurrente en nuestra jurisprudencia, cuya doctrina tuve oportunidad de sistematizar en el trabajo «Contrato administrativo de obras y doctrina del riesgo imprevisible», publicado en los nº 98 y 99 de *Contratación Administrativa Práctica*.
Bajo esta misma perspectiva debe analizarse la ampliación del plazo concesional como medida de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, reconocida dentro de un severo límite temporal del 10% en el art. 282. TRLCSP. Hemos tenido oportunidad de profundizar sobre esta cuestión en el trabajo «La ampliación del plazo concesional como fórmula del restablecimiento económico del contrato», *Contratación administrativa práctica*, nº 118, 2012.

120. Desde la perspectiva del Derecho interno la nueva disciplina comunitaria pone de manifiesto que probablemente, como ya había destacado parte de nuestra doctrina, la regulación del vigente art. 107.1 del TRLCSP supuso un «exceso de frenada», al tratar de regular objetivamente la previsión de lo imprevisible –cuestión nada fácil, pues por definición lo que es imprevisible no se puede prever. *Vid*. Colás tena, J., «La reforma de la legislación», *op. cit.*, p. 87; Bernal Blay, M. A., «Reflexiones», *op. cit.*, p. 186. Vázquez Matilla, F. J., «Nuevo régimen jurídicos para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de economía sostenible», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 37, p. 330.
Mantienen un criterio opuesto, Garcés Sangustín, M. («El nuevo régimen, *op. cit*., p. 117) y Puerta Seguido, F. («El régimen de la modificación», *op. cit.*, p. 499). *Vid*. igualmente Mellado Ruiz, L., «El nuevo (y necesario) régimen de modificación

La regulación del riesgo imprevisible en el ámbito de los contratos de obras, suministros y servicios, es paralela a la disciplina introducida en la Directiva sobre concesiones, lo que *a priori* puede resultar sorprendente, habida cuenta que sería este uno de los ámbitos propios de una regulación específica de las concesiones[121]. De hecho, en mi opinión no puede afirmarse que la Directiva sobre concesiones desconozca el principio del mantenimiento económico de la concesión[122]. Más bien lo acota. Que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato está ínsito en todo tipo de contratos es una conclusión a la que había llegado ya nuestra jurisprudencia, aun careciendo de respaldo normativo[123]. Sin perjuicio de las modulaciones que se pueden introducir en los Ordenamientos dependiendo de los distintos tipos contractuales, será probablemente la jurisprudencia la que adapte el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato a la complejidad y mayor duración de las concesiones.

Las dudas surgen, sin embargo, sobre el encaje del *factum principis* en esquema conceptual que estamos describiendo[124]. Porque los cambios

---

de los contratos administrativos en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Contratación Administrativa Práctica,* 99, 2010.

121. Así, Sánchez Graells, A., «What Need and Logic», *op. cit.*

122. En contra, Lazo Vitoria, X. («El futuro del mercado concesional en Europa», *Revista CEFLEGAL.CEF,* nº 154, noviembre de 2013, pp. 171-172) quien considera criticable el silencio del proyecto de Directiva en relación omisión que debe reputarse como consciente. En un sentido similar, López Mora, E. «*La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia», www.obcp.es.*
Como destaca la primera de las autoras citadas, la omisión debe reputarse consciente a la luz de lo manifestado al respecto por el Consejo de la Unión Europea. Y es que, efectivamente, en la propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, orientación general, 26 de noviembre de 2012, punto nº 10, el Consejo señalaba que «el mantenimiento puede lograrse plenamente mediante la aplicación de los apartados 5 y 6 del artículo 42 en relación con posibles modificaciones bien previstas en el contrato o bien cuya necesidad se derive de circunstancias imprevisibles».
En todo caso, a la hora de analizar si se ha incorporado o no el principio el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión no sólo ha de partirse de la exégesis del art. 43 de la Directiva sobre concesiones, sino también es preciso tener en cuenta que según su art. 5.1. «se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, *en condiciones normales de funcionamiento,* vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de concesión» (cursiva nuestra).

123. De este modo, las SSTS de 16 de septiembre de 1988 y de 17 de diciembre de 1997 han reconocido en el contrato administrativo un fondo institucional, que no es otro que el equilibrio económico del contratista.

124. En los términos de la STS de 2 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6511) el *factum principis* «contempla el supuesto de que la adopción de medidas administrativas

en el marco regulatorio o derivados del control de aquellos riesgos que se sitúan en la órbita de la Administración tienen difícil cabida dentro de la regulación europea del riesgo imprevisible[125], ya que siempre se podrá argumentar que el poder adjudicador no fue lo suficientemente diligente a la hora de preverlos. En todo caso, el confuso último inciso del considerando 75 de la Directiva de concesiones que alude a ciertos supuestos de modificaciones normativas como elementos del riesgo imprevisible, permitiría, en mi opinión, una conclusión diferente, al menos en determinadas circunstancias. Solución que es trasladable a los supuestos de aplicación de la Directiva sobre contratación pública, ya que no parece admisible introducir por vía interpretativa matizaciones a dos regímenes jurídicos que se han construido de forma refleja[126].

al margen del mismo contrato suponga una repercusión indirecta en el ámbito de sus relaciones contractuales que haga en exceso oneroso la prestación del contratista». Entre los requisitos para la aplicación de esta figura, las SSTS de 10 de junio de 1987 (RJ 1987, 4865) y de 12 de julio de 1995 (RJ 8756, 1992) exigen que se den las notas de: «imprevisibilidad, relación de causalidad entre la medida adoptada y el perjuicio causado y [que éste sea] evaluable». Sobre la gestación de la doctrina del *factum principis* y del principio de riesgo imprevisible es imprescindible la cita a Ariño, G., *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos,* Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

125. Para Sánchez Graells, A., [«What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?», European Public Private Partnerships Law Review, en prensa, disponible *en http://ssrn.com/abstract=2101712* (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2014), p. 11] se puede argumentar fácilmente que los cambios en el marco regulatorio pueden ser previstos en todo caso por una Administración diligente, lo que impide aplicar la posibilidad de modificar el contrato para restablecer el equilibrio económico de la concesión. Como explica el autor, los poderes adjudicadores retendrán, en muchos casos, poderes importantes para tomar decisiones importantes que afecten a la demanda. Por ejemplo, se pueden adoptar medidas para promover el uso de los servicios o alterar la importancia de la infraestructura. En estos casos, parecería apropiado ofrecer a los concesionarios garantías de que sus inversiones no se verían materialmente perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores, ya que parece apropiado que los concesionarios asuman todos los riegos que pueden controlar y parcial o totalmente los riesgos no controlables, pero parece excesivo y desincentivador de las inversiones hacerles asumir los riesgos regulatorios.

126. Literalmente se afirma «deben ser posibles las modificaciones de la concesión por encima de esos umbrales sin que sea necesario efectuar un nuevo procedimiento de adjudicación en la medida en que esas modificaciones se ajusten a algunos requisitos. Tal sería el caso, por ejemplo, de modificaciones que se hubieran hecho necesarias debido a la necesidad de atender peticiones de los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras en relación con el requisito de seguridad y teniendo presentes las especificidades de las actividades de que se trate, como por ejemplo la explotación de instalaciones turísticas y deportes de montaña, en caso de que la legislación haya evolucionado con el fin de hacer

Por lo demás, la admisibilidad del *factum principis* puede fundamentarse en el hecho de que el artículo que glosamos no exige que la circunstancia imprevisible sea «externa». Y en la escasa jurisprudencia europea, ya que la STGUE de 31 de enero de 2013, España c. Comisión, T-235, 11, considera que el cambio del planeamiento urbanístico no es un hecho imprevisible principalmente porque la Administración estatal, que fue la adjudicadora de la obra, no tomó ninguna iniciativa para tratar de coordinarse con la Administración competente en la aprobación del planeamiento. En otros términos, el hecho de que la «nueva circunstancia» tuviera su origen en una decisión administrativa no la descartaba, por sí misma, como hecho imprevisible.

De imperar una interpretación excesivamente rígida, se plantearan supuestos en los que, en caso de no ser posible restablecer el equilibrio económico del contrato, procederá su resolución. Y puede anticiparse que, dado que los elementos obstativos al cumplimiento se sitúan al margen de la esfera de control del contratista[127], surgirá el consecuente nacimiento del derecho del contratista a percibir una indemnización[128]. En definitiva, como ha señalado Gimeno Feliú, deberían concretarse a nivel legal los casos de *factum principis,* que deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma importante el adecuado reparto de riesgos[129].

---

frente a los riesgos correspondientes, en la medida en que esas modificaciones se atengan a los requisitos establecidos en la presente Directiva».

127. En nuestra jurisprudencia, se han considerado como causa de restablecimiento del equilibrio económico del contrato: la inaplicación de la Ordenanza municipal reguladora del tráfico [STS de 6 de abril de 2005 (rec. 7428, 2001)]; la habilitación de nuevos aparcamientos en superficie constituye en relación con una concesión de aparcamiento subterráneo [STSJ de Justicia de Cataluña 14 de diciembre de 2006 (rec. nº 956, 2006); el cambio en la política deportiva de un Ayuntamiento [STSJ de la Región de Murcia de 10 de junio de 2013 (rec. 55, 2013)]; la ausencia de realización de una obra prevista en el Plan de Infraestructuras y Transportes [STS de 16 Mayo 2011 (rec. 566, 2008)].
En la doctrina de los órganos consultivos, el IJCCA Estado 61, 2008 de 31 marzo 2009, considera que la realización de unas obras derivadas de nuevas exigencia impuestas por la nueva normativa medioambiental supone un supuesto de *factum principis*. Por su parte, el IJCCA Aragón 24, 2013, de 25 de noviembre, reconduce al *factum principis* la apertura de nuevas infraestructuras no previstas en la memoria económica.

128. *Vid.* así conclusiones del Abogado General Albert de 24 de octubre de 2002, en el asunto *Succhi di Frutta*. Y es que, como se afirma en el apartado 70, con arreglo a las disposiciones de Derecho civil, el derecho a una indemnización por daños y perjuicios nace en caso de imposibilidad o incumplimiento de las obligaciones contractuales en el marco de la posterior ejecución del contrato.

129. Gimeno Feliú, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia,* Thomson Reuters, 2014, pp. 148 a 152.

2.4. Modificaciones que no alcanzan determinados umbrales mínimos

Los supuestos que acabamos de analizar tienen como elemento común la existencia de causas cualificadas que permiten la modificación del contrato. Al margen de todo ello, las Directivas[130] han introducido un nuevo supuesto de modificación que se basa en el alcance cuantitativo de la modificación proyectada. De esta forma, también podrá modificarse el contrato si necesidad de examinar se cumplen o no las condiciones examinadas si el valor de la modificación es inferior a los dos umbrales siguientes: a) el umbral que se fija respecto a cada contrato, para la aplicación de la Directiva y b) el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de suministros, servicios y concesiones y el 15% del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras[131]. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones. El valor de referencia será el precio actualizado[132].

La aplicación de este precepto presupone, obviamente, que la modificación pueda expresarse en términos monetarios. En este punto, lo que han intentado las Directivas es establecer cierta seguridad jurídica en relación con determinadas modificaciones que, por su escasa entidad, en principio no tienen un efecto distorsionador de la competencia[133].

En todo caso, al límite cuantitativo la Directiva añade un importante elemento cualitativo. La modificación en ningún caso podrá alterar la «naturaleza global del contrato». Como ya hemos señalado, el considerando 109 aclara que se altera la naturaleza de la contratación global, por ejemplo si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a ad-

130. *Vid.* en el apartado segundo del arts. 72 de la Directiva sobre contratación público y del 43 de la Directiva sobre concesiones.

131. Durante la tramitación del procedimiento se ha ido ampliando el ámbito de aplicación de esta excepción. En la propuesta original, el límite eran los umbrales comunitarios y además, un 5% del precio del contrato inicial. Pero, en el Informe del Parlamento el umbral se elevó a un 10%, que fue la cifra que se utilizó en la sentencia STJUE de 5 de octubre de 2000. Además, los límites cuantitativos se empleaban de forma alternativa, con lo que se ampliaban las posibilidades de modificar los contratos. En este punto, la fijación de estos umbrales fue una de las principales diferencias entre informe del Parlamento de 9 de enero de 2013 y la orientación general del Consejo de 10 de diciembre de 2012 (*vid.* documento 5309, 13, de 14 de enero de 2013). La redacción final del precepto procede de la orientación general del Consejo.

132. *Vid.* art. 72.3 de la Directiva sobre contratación pública y 43.3 de la Directiva sobre concesiones.

133. *Vid.* considerando 107 de la Directiva sobre contratación pública y art. 75 de la Directiva sobre concesiones.

quirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación. También en mi opinión si se altera el equilibrio pactado en favor de adjudicatario, porque normalmente tendrá una indudable repercusión en el resultado de la licitación. Esta limitación se introduce a la vista de que incluso cuando se trata de modificaciones de baja cuantía, ello no evita que puedan convertir el contrato inicial en un contrato sustancialmente diferente.

En conclusión, se presumen que las modificaciones de escasa cuantía no afectan al resultado final del procedimiento, aunque es ésta una presunción *iuris tantum*. Porque no hay que olvidar que una interpretación únicamente cuantitativa sería arbitraria, porque no tendría en cuenta las condiciones concretas de la adjudicación y, por consiguiente, sería incompatible con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia[134].

En todo caso, puede sorprender que las Directivas prescindan de forma absoluta del elemento causal que origina el modificado en estos casos. Pudiera pensarse que éste es irrelevante en el Derecho europeo. Pero al margen que esta conclusión no sería admisible desde los presupuestos constitucionales de nuestro Derecho interno (art. 103.1 CE), es difícilmente asumible que la modificación contractual no precise de una justificación objetiva desde los postulados del propio Derecho europeo. Por un lado, porque de ser así, se permitirían actuaciones arbitrarias dirigidas a favorecer al adjudicatario que, por ostentar tal condición, si goza del beneplácito de la Administración, podría ampliar entre un 10 o un 15%, según los casos, el valor de su contrato. De hecho, cierto es que la sentencia *Pressetext* admitió una modificación del precio de escasa entidad, pero también lo es que en aquel caso la variación estaba justificada por razones objetivas.

Finalmente, en virtud del principio de buena administración[135], que obliga tanto a dispensar un trato imparcial e equitativo, como a motivar las decisiones y a actuar con diligencia o eficacia[136], puede fácilmente llegarse

134. Es aplicable así, *mutatis mutandi*, el razonamiento de Comisión en el Dictamen motivado de 27 de noviembre de 2008 contra España en relación con la adecuación al Derecho de la Unión Europea de la versión original del art. 221.1 LCSP.

135. Sobre el reforzamiento y la protección del derecho a una buena administración en la gestión administrativa contractual, *vid.* Gimeno Feliú, J. M., *Las reformas legales de la ley 30, 2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas, 2011, pp. 140 y ss.

136. *Vid.* Art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales. En este sentido, como defiende Martín Delgado, I. (en «La Carta ante las Administraciones nacionales: hacia la europeización de los derechos fundamentales», Nieto Garrido/Martín Delgado, *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa,* Marcial Pons, 2010,

a idéntica conclusión. Cualquier modificación contractual ha de estar debidamente motivada en razones de interés público[137].

2.5. Modificaciones que carecen de carácter sustancial

Por último, podrá modificarse un contrato público cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales. Y ello sucederá cuando las modificaciones tengan como resultado un contrato que presente características materialmente diferentes a las del contrato inicial[138]. Lo que sucederá, en todo caso[139], cuando se cumpla una o varias de las condiciones que el propio precepto prevé y que no hacen sino codificar la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia *Pressetext.*

En primer lugar, una modificación se considerará sustancial cuando 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 procedi-

pp. 118 y ss.) es plausible extender el principio de buena administración a las autoridades nacionales, al menos cuando aplican Derecho comunitario.

137. *Vid.* en idéntico sentido, Gimeno Feliú, J. M., «La modificación de los contratos», p. 117.

138. Según el apartado cuarto del artículo 72 de la Directiva sobre contratación pública, una modificación se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato o un acuerdo marco «de naturaleza materialmente diferente». Sin embargo, esta referencia a la naturaleza del contrato puede enturbiar la comprensión del concepto de modificación sustancial. La Directiva concesiones alude a una concesión «materialmente diferente, en cuanto a su carácter». En ninguno de los dos casos nuestra versión lingüística es especialmente afortunada. En la versión inglesa, una modificación es sustancial «*where it renders the contract […] materially different in character from the one initially conclude*», lo que supone una reproducción prácticamente literal del apartado 34 de la sentencia Pressetext («*amendments to the provisions of a public contract during the currency of the contract constitute a new award of a contract within the meaning of Directive 92, 50 when they are materially different in character from the original contract*»). Como puede advertirse, el carácter sustancial de la modificación se define más en función de las características materiales del contrato que de su naturaleza.

139. En este sentido, ha de advertirse que si bien los criterios ahora recogidos podían considerarse una presunción *iuris tantum* del carácter esencial de la modificación en la sentencia Pressetext (literalmente se afirmaba que «la modificación de un contrato en *vigor puede* considerarse sustancial», *vid.* apartados 35 a 37), en el texto de las Directivas estas condiciones permiten presumir *iuris et de iure* que la modificación tiene carácter sustancial. Y es que, «en cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes». Esta misma conclusión puede extraerse del análisis de otras versiones lingüísticas. *Vid.* Treumer, S., «Regulation of contract…», p. 155.

miento de contratación. En virtud de todo ello, existirá una modificación esencial, por un lado, cuando la aptitud para contratar requerida para el contrato modificado sea diferente a la exigida en la contratación inicial[140]. Por otro, cuando se alteren los elementos que han conformado los criterios de adjudicación del contrato de forma que, de forma que a la vista de las condiciones de ejecución del contrato modificado, otro licitador hubiera debido resultar adjudicatario. Finalmente, el tercer grupo de supuestos será muy heterogéneo y de valoración necesariamente casuística[141].

En segundo lugar, la modificación tendrá carácter sustancial si se altera el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. Como ya destacamos *supra,* éste es uno de los parámetros más relevantes para determinar si un cambio es o no esencial. En buena medida, incluso es un criterio también determinante de la alteración de la naturaleza global del contrato, aunque las Directivas no lo hayan formulado expresamente, porque la rentabilidad esperada forzosamente ha de ser uno de los principales condicionantes tanto del número de ofertas recibidas, como de su contenido. Sea como fuere, el equilibrio inicial no sólo se alterará si se incrementa el precio sin el correspondiente incremento de las obligaciones, sino también en circunstancias tales como la incorporación de soluciones técnicas menos onerosas para el licitador. En relación con este supuesto, ha de recordarse que este tipo de modificaciones son sustanciales con independencia de su cuantía.

En tercer lugar, si se amplía forma importante el ámbito de un contrato, la modificación será sustancial, ya que se producirá como resultado un contrato de características materialmente diferentes a la del inicialmente celebrado. Dado que lo que prohíbe el precepto es que se altere de forma «considerable» el ámbito del contrato, es preciso deducir que, en todo caso, se permiten ampliaciones menores. Las nuevas Directivas, sin embargo, permiten establecer un límite objetivo al concepto de «ampliación consi-

140. En este sentido, el art. 107.3 c) TRLCSP dispone que se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato 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.

141. Por ejemplo, si en la documentación contractual no se acude a la posibilidad de eximir al adjudicatario de constituir la garantía definitiva en virtud del segundo párrafo del art. 95.1 TRLCSP, constituiría una modificación esencial del contrato eximir al adjudicatario de dicha exigencia cuando se compruebe que tiene dificultades para obtener la garantía, ya que no puede excluirse que el grupo de licitadores hubiera sido más amplio si hubieran conocido esta condición desde el principio. Ofrecen un ejemplo similar, Harten, K./Liljenbol, M. W., «Changes…», *op. cit.*, p. 54.

derable». En virtud de una lectura sistemática de la norma, en mi opinión hay que entender que la ampliación será considerable cuando se superen los umbrales de *minimis* fijados en el art. 72.2 de la Directiva sobre contratación pública, o del art. 43.2 de la Directiva sobre concesiones.

De esta forma, la Directiva permite las adaptaciones en aquellos aspectos del contenido del contrato que presumiblemente no hayan influido en el resultado de la licitación. Y el abanico de posibilidades puede ser amplio, aunque su valoración será siempre casuística. Por ejemplo, si no se altera el beneficio económico pactado, podrá así adquirirse una versión del objeto del contrato de suministro distinta de la adjudicada[142].

Como ya argumentamos en el epígrafe anterior, aunque la norma guarde silencio, no puede interpretarse que pueda modificarse el contrato sin que medie una causa de interés público que quede oportunamente reflejada en la correspondiente motivación.

V. BREVE REFERENCIA A LAS MODIFICACIONES SUBJETIVAS

La cesión del contrato se ha situado extramuros del ejercicio del *ius variandi,* que se circunscribe a la novación objetiva del contrato[143]. De esta forma, no se ha reparado suficientemente en que la alteración del sujeto que ha de realizar la prestación supone una modificación esencial del contrato[144]. Por ello, como resalta Baño León[145], el impacto de las nuevas Directivas en este punto será notable.

Frente a la generosa regulación del art. 209 TRLCSP, los contratos públicos sólo podrán modificarse sin necesidad de iniciar un procedimiento

142. STJUE de 5 de octubre de 2000, As. C-337, 98, en el que se considera que el contrato es sustancialmente el mismo, aunque se hayan incorporado avances tecnológicos, sin que el precio haya aumentado más allá de la aplicación de la fórmula de revisión de precios prevista.
En el mismo sentido, Poulsen, S. T. («The possibilities», *op. cit., PPLR*, 21, 2012, p. 180) considera que un versión mejorada del producto, ofrecida al poder adjudicador sin incremento de precio, no supone una modificación sustancial.

143. Horgué Baena, C., *La modificación del contrato, op. cit.,* pp. 38 a 42. Ello es así en tanto en cuanto la Administración no tiene capacidad para obligar al contratista a ceder su posición, sino sólo eventualmente a autorizar la cesión del contrato.

144. En todo caso, no toda cesión del contrato vulnera el Derecho de la Unión Europea. *Vid.* Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre, del TACPA y Gimeno Feliú, J. M., «Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón) ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?», en F. Acevedo y P. Valcárcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro,* Civitas, 2014, pp. 123 a 126.

145. Baño León, J. M., «Del *ius variandi* a la libre concurrencia», *op. cit.,* p. 141.

de licitación, en lo que a las modificaciones subjetivas respecta, cuando esta modificación sea consecuencia: a) de una opción o cláusula de revisión inequívoca; b) de la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de un restructuración empresarial y; c) de la asunción por el poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional[146].

De esta forma, el apartado 1. d) del art. 72 codifica y en cierto modo desarrolla la doctrina contenida en la sentencia *Pressetext*. Así, es posible sustituir al contratista en supuesto de sucesión total o parcial del empresario, 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 ello que no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación del presente Directiva.

En mi opinión, las principales dudas interpretativas surgirán a la hora de determinar cuándo la restructuración empresarial tiene por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva o en qué casos la insolvencia puede dar lugar a una sucesión del contratista.

En relación con la primera de las cuestiones, la restructuración tendrá por objeto eludir la aplicación de la Directiva cuando la operación esté específicamente dirigida a «adjudicar» el contrato público en cuestión a otro operador económico. Así, no son de laboratorio los supuestos en los que la sucesión empresarial puede enmascarar una auténtica cesión[147].

146. En este sentido, el art. 71.3 de la Directiva sobre contratación pública establece que los Estados miembros podrán disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato. Pese a la introducción en el precepto que estamos glosando de la referencia al art. 71, puede dudarse si realmente el supuesto regulado en este inciso responde a un verdadero cambio en la persona del contratista.

147. Sirva como ejemplo el IJCCA Estado 30, 2001, de 13 de noviembre de 2001, en el que se analiza un supuesto en el que la sociedad de responsabilidad limitada concesionaria de la construcción y explotación de un estacionamiento municipal para automóviles, se dirige al Ayuntamiento para comunicarle su intención de constituir una nueva sociedad, también de responsabilidad limitada, de la que la solicitante sería único socio, y a la que desea aportar como desembolso de la totalidad del capital social, una caseta, que sirve de oficina, y todos los derechos y obligaciones que para la sociedad aportante dimanan de la concesión, para construcción y subsiguiente explotación del estacionamiento municipal en cuestión. Se duda entonces si la operación ha de considerarse como una sucesión empresarial o una cesión. Con buen criterio, la Junta consultiva entiende que la

Por otro lado, una cuestión de gran trascendencia práctica es la relativa a determinar si la mera situación de insolvencia[148] es causa suficiente para la cesión del contrato, tal y como permiten parte de las legislaciones nacionales[149], o por el contrario, tal cesión sólo es posible en el marco de una operación de restructuración empresarial.

---

subrogación de los contratos es consecuencia de una sucesión empresarial en la que se transmite un activo y un pasivo global, mientras que en el supuesto de cesión de contratos no existe la transmisión de empresa sino que se cede un único contrato. Por ello se concluye que en el caso que se está planteando por el Ayuntamiento de Madrid se trata de la transmisión de un contrato y no de una restructuración empresarial.

148. Sobre los efectos de la insolvencia en la contratación administrativa *vid.* Chinchilla Marín, C., «La insolvencia del contratista de las Administraciones Públicas», *RVAP,* nº 69, 2004; Del Guayo Castiella, I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores,* La Ley, 2011; Punzón Moraleda, J./Puerta Seguido, F. E., «Procesos concursales y administración pública», *REDA,* nº 161, 2014.

149. En Ordenamientos como el alemán, el francés o el italiano existen precedentes jurisprudenciales que establecen que incluso en situaciones de insolvencia no es posible ceder un contrato público si no es a través de la convocatoria de una nueva licitación. *Vid.* Treumer, S., «Transfer of Contracts Cover by the EU Public Procurement Rules After Insolvency», *PPLR,* 2014, num. 23, p. 22.
En nuestro Derecho, sin embargo, el Real Decreto-ley 6, 2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, con el fin de garantizar en lo posible la continuidad del contrato y buscando causar el menor perjuicio posible al empresario y a la Administración, modificó el art. 226.2 TRLCSP para permitir la posibilidad de que el adjudicatario ceda los derechos y obligaciones del derivados del contrato a un tercero aunque el primero se encuentre en concurso y se haya abierto la fase de liquidación, no operando por lo tanto la causa de resolución del contrato en este supuesto ni tampoco la exigencia común de la cesión de los contratos de que se haya ejecutado al menos un 20 por ciento del importe, o cuando se trate de la gestión de un servicio público que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. En relación con esta norma, *vid.* Del Guayo Castiella, I., «La modificación de la ley de contratos del sector público por el Real Decreto-Ley nº 6, 2010, de 6 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 13, 2010; Terol Gómez, R., «Reformas puntuales de la Ley de contratos del sector público en el contexto de las medidas de 2010 contra la crisis económica, el fomento del empleo y otros objetivos» en Parejo Alfonso y Palomar Olmeda, *El nuevo marco de la contratación pública,* Bosch, 2012, pp. 433-440; Vázquez Lepinette, T., «Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6, 2010», *Anuario de Derecho Concursal,* 22, 2011; Linares Gil, M. I., «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley 6, 2010», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* nº 14, 2011.
Sin embargo, en Ordenamientos como el alemán, el francés o el italiano existen precedentes jurisprudenciales que establecen que incluso en situaciones de insolvencia no es posible ceder un contrato público si no es a través de la convocatoria de una nueva licitación. *Vid.* Treumer, S., «Transfer of Contracts Cover by the EU Public Procurement Rules After Insolvency», *PPLR,* 2014, num. 23, p. 22.

En mi opinión, la situación de insolvencia por sí sola, no permite la cesión del contrato[150]. Para que pueda cederse el contrato es preciso que se produzca en el marco una restructuración empresarial, bien porque el contrato fue adjudicado a varios operadores económicos, bien porque la sociedad concursada experimente un proceso de restructuración empresarial. Así se deduciría tanto del tenor literal del precepto, como la alusión, en el considerando 110, a la posibilidad de que el licitador adjudicatario experimente «ciertos cambios estructurales», «en especial cuando el contrato haya sido adjudicado a más de una empresa». Igualmente así se desprende de la confrontación de los distintos trabajos preparatorios de la norma.

En la propuesta original de la Comisión, la posibilidad de transmitir el contrato en situaciones de insolvencia resultaba indubitada y esta posibilidad se hacía aún más nítida en el Informe del Parlamento europeo[151]. Sin embargo, como hemos señalado, la redacción que finalmente integra el art. 72. d) ii) hace depender la posibilidad de que un nuevo contratista sustituya al adjudicatario de que se produzca una «restructuración empresarial»[152]. Y la insolvencia, por sí sola, no constituye restructuración empresarial alguna.

En todo caso, la posibilidad de ceder el contrato puede resultar beneficiosa tanto al propio interés público como a los intereses privados que se ven afectados en situaciones de insolvencia. Por ello se ha sugerido[153] la inclusión en la documentación contractual de cláusulas de revisión que regulen las eventuales situaciones de insolvencia, previendo el ofrecimiento del contrato a los licitadores que participaron en el procedimiento de adjudicación, según el orden en el que quedaron clasificadas sus ofertas.

150. En cambio, no sin vacilaciones, admite esta posibilidad, Treumer, S., «Transfer of Contract», pp. 22 a 27.

151. En concreto, se proponía la siguiente redacción: la letra –a bis) del apartado 2 no se aplicará en caso de sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de operaciones de reestructuración empresarial, transmisión de patrimonio o de activos entre empresas o de un cambio de titularidad del concesionario [*sic*] tras su insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente […].

152. En nuestro Derecho, la doctrina administrativa había ya concluido que la insolvencia de una de las empresas que constituye una UTE no ha de implicar la resolución del contrato, ya que la cesión del contrato al resto de integrantes puede permitir su continuidad. *Vid.* el IJCCA de Islas Baleares 4, 2004, de 30 de septiembre de 2004. Del mismo modo, el Informe 9, 2011, de 27 de marzo de 2012, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana parece igualmente decantarse por entender que la declaración de concurso de uno de los integrantes de la UTE no es causa de resolución del contrato, en la medida en que los miembros de la UTE no son propiamente el contratista o adjudicatario del contrato, sino que lo es la UTE.

153. Treumer, S., «Transfer of Contract», p. 28.

Finalmente, aunque se cumpla el resto de condiciones señaladas, no podrá cederse el contrato cuando ello implique otras modificaciones sustanciales. Lo que sucederá, aplicando la doctrina contenida en la sentencia *Wall AG,* en los casos en los que las especiales características de la empresa cedente fueran determinantes de la adjudicación del contrato a su favor. Tampoco si la empresa cesionaria incumple los criterios de selección cualitativa, aunque ello se permita, en determinadas circunstancias, en el vigente art. 85 TRLCSP[154].

VI. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO Y MECANISMOS DE CONTROL

La aplicación las reglas sobre modificación de los contratos puede en demasiadas ocasiones prestarse abusos tal y como la práctica, de forma tozuda, se ha encargado de demostrar. Por ello es inaplazable instaurar los correspondientes mecanismos de control y transparencia[155]. Un primer elemento en este sentido es el establecimiento de la obligación de publicar las decisiones de modificación contractual, prevista inicialmente en algunas normas autonómicas[156] y establecida ahora por la Ley de Transparencia. En cualquier caso, el control de estas decisiones se ve favorecido si el modificado no sólo es publicado, sino también notificado a los licitadores[157].

Desde esta perspectiva, puede sorprender la timidez con la que las nuevas Directivas incorporan la obligación de publicar la modificación de los contratos, limitada a los supuestos de inclusión de prestaciones adi-

154. Y es que en la redacción que la Ley de Economía sostenible de 2011 dio al entonces artículo 73 bis LCSP, ahora artículo 85 TRLCSP, «en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación *o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato. antecedente de este precepto* (cursiva nuestra)».

155. *Vid.* Racca, G. M./ Cavallo Perin, R., «Material Amendments…», *op. cit.,* pp. 208 y ss. Entre otros, *vid.* También Hernández González, F. L., «La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá», *RAP,* 194, p. 507.

156. Así, artículo 19.2 de la Ley 4, 2011, de 31 de marzo, 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.

157. *Vid.* art. 12 *bis* de la Ley Aragonesa 3, 2011. Resulta de interés el informe 12, 2012, de 23 de mayo, de la JCCA Aragón.

cionales y de circunstancias imprevisibles. Probablemente han pesado ciertas inercias, pues estos dos casos de modificación contractual tienen como precedentes normativos determinados supuestos de utilización del procedimiento negociado sin publicidad. En consecuencia, la publicación de la adjudicación de la prestación «complementaria» derivaba automáticamente del art. 35.2 de la Directiva 2014/18/CE. Pues bien, el legislador europeo no ha querido que la reconducción de estas hipótesis al seno de las modificaciones contractuales suponga un retroceso en las garantías de transparencia y publicidad. Sin que probablemente haya reflexionado sobre la necesidad de extender estas garantías al resto de supuestos de modificación del contrato.

Desde el punto de vista de las garantías, como ya hemos defendido en otro lugar, la decisión de modificar el contrato debe además incluirse como objeto del recurso especial en materia de contratación[158]. Y es que Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de reiterar que Directiva 89/665/CEE (en adelante «Directiva Recursos») se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, sin que se establezca ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y al contenido de dichas decisiones (entre otras, STJUE de 19 de junio de 2003 C-315, 01, GAT). La reciente STJUE de 8 de mayo de 2014, C-161, 13, referente a una modificación contractual –previa, hemos de reconocer no obstante, a la formalización del contrato– no ha hecho sino confirmar esta interpretación[159].

158. Gallego Córcoles, «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación que la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», en *Contratación Administrativa Práctica,* nº 113, 2011. En el mismo sentido, entre otros, Baño León, J. M., «Del *ius variandi* a la libre concurrencia», *op. cit.*, p. 150; Meilan Gil, J. L., «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», nº 191, 2013, p. 38; Gimeno Feliú, J. M., «Transparencia e integridad e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», *Observatorio de los Contratos Públicos 2013,* Civitas, 2014, pp. 65 y ss.; Bernal Blay, «Reflexiones sobre…», *op. cit.*

159. Literalmente afirma que*:* «debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña 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».

Una vez la decisión se sitúa en la órbita de los mecanismos que los Ordenamientos nacionales han introducido para la trasposición de la Directiva de Recursos, que proceda el recurso especial[160] o la cuestión de nulidad en nuestro Derecho exclusivamente depende de que se haya formalizado o no el modificado[161]. De esta forma, podrá ser objeto de recurso especial la decisión de adjudicación si el recurrente tiene conocimiento del acto de aprobación del modificado antes de la formalización, lo que puede suceder en los casos en los el poder adjudicador decida publicar un anuncio de transparencia voluntaria previa[162]. En consecuencia, con ocasión de la trasposición de las nuevas Directivas deben eliminarse las restricciones al acceso al recurso especial en materia de contratación que actualmente establece el TRLCSP[163]. Porque en definitiva, la efectividad de las normas que limitan las modificaciones contractuales sólo se consigue si se ofrece en libre concurrencia el nuevo contrato que es el resultado de una modificación ilegal. Este es el objetivo que persiguen las normas europeas sobre contratación pública, que resulta incluso más evidente a la vista de los nuevos arts. 73 de la Directiva sobre contratación pública y 44 de la Directiva sobre concesiones. Estos preceptos obligan a los Estados a hacer cesar los efectos («rescindir») de los contratos que hubieran sido objeto de una modificación sustancial que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación.

---

160. En este punto, es preciso recordar que la estrecha dependencia entre la cuestión de nulidad y el recurso especial en materia de contratación quizá hubiera bastado para unificar ambos mecanismos en un mismo recurso. El legislador español, una vez ha optado por introducir por un recurso precontractual y otro contractual, debió haber dedicado mayores esfuerzos a deslindar sus relaciones. En detalle, Gallego Córcoles, I., «Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad» en Gimeno Feliú (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011.

161. No quiere ello decir que la impugnación de un modificado tenga las mismas implicaciones, especialmente en lo que a la suspensión del acto se refiere, que la de la adjudicación. En relación con los efectos de la interposición del recurso especial frente a un modificado, compartimos plenamente los criterios establecidos en el IJCCA Aragón 12, 2012, de 23 de mayo.

162. En nuestro Derecho, *vid.* art. 37.2 b) TRLCSP. Sobre los efectos de la publicación de un anuncio de transparencia voluntaria, *vid.* STJUE de 11 de septiembre de 2014, as. C-19, 2013.

163. *Vid.* art. 40.2 TRLCSP. No obstante, mantienen una oposición opuesta a la que defendemos en el texto Díez Sastre, S. («La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos», *Revista de Estudios Locales,* nº 161, 2013) y Calvo Ruata, P. («La zozobra de la modificación de los contratos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011,* 2012, p. 407).

VII. CONCLUSIONES FINALES

Las nuevas Directivas sobre contratación pública ya no se limitan, como ha sido tradicional, a coordinar los procedimientos de adjudicación de los contratos. Introducen reglas aplicables en la fase de ejecución y dentro de éstas, son especialmente relevantes las destinadas a regular las modificaciones que en el sujeto y en el objeto puede experimentar el contrato.

Desde la perspectiva de las novaciones subjetivas podría incluso resultar llamativa la pereza del legislador español a la hora de incorporar hasta sus últimas consecuencias la jurisprudencia sobre los cambios en la persona del contratista, formulada a través de una doctrina que era ya «clara, precisa e inequívoca»[164]. Las consecuencias más relevantes del principio de libre concurrencia en relación con cambio del contratista estaban ya definidas. Y la trasposición de las Directivas sobre contratación pública representa el momento de su oportuna asimilación.

Por otro lado, la regulación de las novaciones objetivas merece una reflexión serena y ha de encuadrarse en un marco conceptual amplio. Porque la normativa que hemos glosado no se ha limitado a regular la modificación del contrato, sino que ha trazado pautas en torno a su restablecimiento del equilibrio financiero. En su clásica formulación, este no sólo incluye las técnicas de compensación del *ius variandi*, sino también el *factum principis*, la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible y la revisión de precios[165]. Y aunque la perspectiva funcional que domina el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea a veces se resiste a la utilización rígida de las categorías dogmáticas nacionales, el recurso a éstas, aun con las debidas precauciones, puede facilitar la adecuada comprensión de las normas.

El Derecho de la contratación pública de la Unión europea no protege al contratista, sino a los licitadores. Por ello, las nuevas Directivas no reconocen el derecho del adjudicatario a mantener el equilibrio económico del contrato sino que –antes al contrario– se ciñen a fijar los límites que los Ordenamientos nacionales deben respetar allí donde reconozcan este derecho. Será plenamente admisible la revisión del precio del contrato, siempre que este mecanismo se contenga en la documentación contractual en

164. Como ya hemos destacado en el texto, la regulación de las cesiones contractuales en el TRLCAP obedece a los patrones clásicos del Derecho español. Mayores esfuerzos, sin embargo, se habían realizado en torno a la mejor ubicación sistemática de la regulación de la sucesión del empresario y su relación con la modificación contractual, ahora en el art. 85 TRLCSP.

165. García De Enterría, E./Fernández, T. R., *Curso de Derecho administrativo* I, 15 ed., Civitas, 2011, pp. 774 y ss.

cláusulas claras, precisas e inequívocas[166]. Se empequeñece al *ius variandi*, que queda convertido en una técnica de incorporación de adaptaciones menores del contrato cuando concurran causas de interés público. Pero se reconoce abiertamente que la doctrina del riesgo imprevisible, sometida a ciertos límites, no es incompatible con el Derecho de la Unión Europea. La suerte que ha corrido el *factum principis* no ha resultado ser, desgraciadamente, tan evidente.

En todo caso, el enfoque de las Directivas, insistimos, es parcial, pues tiene como exclusivo objetivo la salvaguardia de la libre concurrencia y, en consecuencia, se limita a establecer unas –líneas rojas– que no podrán sobrepasarse en la ejecución contractual. De ahí que el legislador nacional pueda optar por acotar la regulación de alguno de los supuestos de modificación permitidos, reduciendo por ejemplo la generosidad con la que, en lo relativo a algunos límites cuantitativos, en ocasiones se han reconocido. De ahí también que son los Derechos nacionales los llamados a regular la vertiente de garantía del contratista, estableciendo, entre otros aspectos, en qué supuestos nace el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato[167] o si, como se ha discutido de forma reciente en nuestro Ordenamiento, existen límites a las modificaciones a la baja que se ha realizado ante la intensidad de la crisis económica[168]. Pueden fácilmente ofrecerse ejemplos en los Derechos nacionales ofrecen una respuesta diversa a un problema común. Como es conocido, el incremento imprevisible del precio de las materias primas es un supuesto de reequilibro financiero del contrato tradicionalmente admitido en nuestra jurisprudencia. Sin embargo, en otros Ordenamientos puede establecerse que este riesgo se cubra mediante la imposición al adjudicatario de obligación de suscribir un contrato de seguros, posibilidad que en algún momento se hizo explícita durante la tramitación de la Directiva.

166. En todo caso, no hay que ocultar que está técnica está siendo sometida a una importante revisión en el Derecho español. *Vid*. disposición adicional octogésima octava de la Ley 22, 2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2014 y el proyecto de ley de desindexación de la economía española. Sobre ello, Agudo González, J., «Revisión de precios y régimen de desindexación», en Gimeno Feliú (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013,* Civitas, 2014.

167. En nuestro Derecho, se exige que la circunstancia imprevisible tenga un impacto relevante y significativo en la economía del contrato. Entre muchas otras, SSTS de 18 de abril de 2008, de 10 de noviembre de 2009 y STS de 16 de junio de 2009.

168. Hemos tenido ocasión de analizar esta cuestión en Gallego Córcoles, I. «Modificación "a la baja" del contrato público», *Contratación administrativa práctica*. nº 121, 2012, pp. 110-116. Cfr. Martínez Fernández, J. M., «Planes de ajuste y contratación pública», *El Consultor,* 160, 2012.

En otro orden de consideraciones, las Directivas sobre contratación pública pretenden hallar un delicado equilibrio entre las causas y los efectos de los modificados, de forma que la presencia de causas cualificadas permite transformar con más intensidad el contrato inicial, modulando aspectos cuya alteración estaría vedada cuando es una razón «ordinaria» de interés público la que el cambio reclama. La dificultad aplicativa radica en que el punto de equilibrio no puede establecerse en abstracto, sino que deberá hallarse en cada caso, tras una cuidadosa labor de ponderación de los elementos concurrentes.

Finalmente, sin transparencia y sin mecanismos efectivos de control, la regulación sobre los límites a la realización de modificaciones sustanciales de los contratos públicos no producirá los efectos deseados. Que el uso de las técnicas de reequilibrio puede prestarse a abusos, es sobradamente conocido. Y el principal remedio para soslayar este riesgo cuanto menos hace más de medio siglo que fue encontrado. Recuérdense las certeras palabras del preámbulo de la Ley de Bases 198, 1963, de 28 diciembre. Los contratos «deben ser normalmente de gestación pausada y, por el contrario, de ejecución rápida. Esta aparente lentitud de arranque se compensa con una realización expedita y sin contratiempos, pues todos los obstáculos fueron soslayados mediante serena previsión».

Capítulo IV

La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado*

FRANCISCO L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. ¿EL PORQUÉ DE UNA DIRECTIVA SOBRE CONCESIONES?: LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO EXCUSA Y EL MERCADO INTERIOR COMO FIN. *1. El punto de partida: la exclusión de las concesiones de las Directivas sobre contratación pública. 2. La polémica en torno a la aprobación de una Directiva ad hoc.* II. ¿A QUÉ TIPO DE CONTRATOS AFECTA LA DIRECTIVA? ÁMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO. *1. El concepto europeo de "concesión": la transferencia del riesgo de explotación como elemento nuclear. 2. Ámbito subjetivo: órgano contratante y operadores económicos:* A. Dualidad de órganos contratantes: poder adjudicador versus entidad adjudicadora. B. Los operadores económicos: en particular, las prohibiciones de contratar. III. ¿ESTÁN TODAS LAS CONCESIONES SUJETAS A LA DIRECTIVA? EL GENEROSO RÉGIMEN DE EXCLUSIONES. *1. Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes y entidades adjudicadoras. 2. Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas a empresas vinculadas. 3. Concesiones entre entidades del sector público:* A. Las contrataciones domésticas (cooperación vertical). B. La cooperación horizontal (público-público) .4. *Exclusión de las relaciones administrativas de naturaleza no contractual.* IV. ¿IMPONE LA DIRECTIVA UN PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN? PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCEDIMENTALES. *1. La publicidad como garantía de concurrencia y transparencia. 2. Garantías procedimentales básicas. 3. Criterios de selección y de adjudicación.* V. ¿SE OCUPA EL LEGISLADOR COMUNITARIO DE REGULAR LA EJECUCIÓN DE LAS CONCESIONES? *1. Mayor control y transparencia en la subcontratación. 2. El nuevo régimen de modificación de las concesiones. 3. Resolución anticipada de las concesiones.* VI. CONSIDERACIONES FINALES.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación sobre *El impacto de la crisis en la contratación pública. ¿Está en peligro el contrato administrativo?* (DER 2012-32911), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

I. ¿EL PORQUÉ DE UNA DIRECTIVA SOBRE CONCESIONES?: LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO EXCUSA Y EL MERCADO INTERIOR COMO FIN[1]

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA EXCLUSIÓN DE LAS CONCESIONES DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El 26 de febrero de 2014, la Unión Europea aprobó el "cuarto paquete normativo" en materia de contratación pública; también conocido como "Directivas de cuarta generación". Una reforma cimentada a partir del *Libro Verde sobre la modernización de la política de la contratación pública en la UE* de 2011, que concibe la contratación pública como un instrumento estratégico para alcanzar los tres grandes objetivos políticos de la Europa 2020 (como son, la creación de empleo, la protección del medio ambiente y la promoción de la innovación)[2]. En el presente caso, no se trata de una mera actualización de las Directivas de 2004 para adaptarlas a la jurisprudencia comunitaria, sino que estamos en presencia de una reforma de mayor entidad, que aspira a cumplir una doble finalidad: modernizar la normativa europea sobre contratación pública, de una parte, y lograr la plena realización del mercado interior del sistema público de compras, de otra.

Es por este motivo que entre las principales novedades hay una que destaca sobremanera. Nos referimos a la entrada en escena de una nueva *Directiva sobre concesiones públicas*, que viene a completar el marco jurídico de la contratación pública, al englobar tanto las obras públicas como los servicios públicos[3]. En el nuevo escenario, todas las *concesiones* de obras y de

1. El objeto del presente trabajo es dar cuenta de la nueva ordenación de los contratos de concesión de obras y de servicios contenida en la Directiva 2014/23/UE. A tal efecto, se ha optado por ofrecer una visión de conjunto de toda la Directiva, incorporando tanto la doctrina jurisprudencial que la sustenta como las principales diferencias con el régimen general de los contratos públicos. Es preciso aclarar que, dado el ingente volumen de aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, el texto tan sólo incorpora una selección de aquellos materiales que están más directamente relacionados con la regulación comunitaria, prescindiendo de otras referencias más generales. No obstante, en su elaboración se han tenido en cuenta otras muchas publicaciones, sentencias, dictámenes y resoluciones de las que, por razones de espacio, nos hemos visto obligados a prescindir. Por otra parte, queremos agradecer la confianza depositada por la Junta Directiva de la AEDPA, al encomendarnos la responsabilidad de impartir una de las ponencias sectoriales de su X Congreso.
2. El Libro Verde, que se aprobó el 27 de enero de 2011, lleva por subtítulo *"Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente"* (COM (2011) 15 final).
3. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación del contrato de concesión (DOUE L 94, de 28.03.2014), cuyo periodo de trasposición finaliza el 18 de abril de 2016. Una visión general de la

servicios que alcancen el umbral comunitario tendrán el mismo régimen jurídico, corrigiendo la situación de dispersión normativa y de incertidumbre que ocasiona la falta de armonización de las legislaciones nacionales.

En efecto, como es conocido, el procedimiento de adjudicación de las concesiones se ha caracterizado tradicionalmente por tener un régimen jurídico diferenciado en atención a su objeto: en unos casos, la ejecución y explotación de una obra pública; y, en otros, la prestación de un servicio público o de interés general (en la terminología comunitaria). No obstante, ambos tipos de concesiones participan de un elemento común: se encuentran parcial o totalmente excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública. Sólo las *concesiones de obras públicas* están sujetas a unas pocas disposiciones específicas previstas en la Directiva general sobre contratos públicos[4]. En cambio, las *concesiones de servicios* quedan fuera del Derecho derivado[5].

La razón de esta marginación radica en el diferente tratamiento jurídico que la concesión de servicios recibe en los Derechos nacionales y en la necesidad de dotar a las autoridades contratantes de un margen de flexibilidad acorde con su complejidad. Esta situación conduce a las instituciones

---

reforma en Gimeno Feliú, J. Mª., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, y del mismo autor "Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", en *Revista Española de Derecho Administrativo* (*REDA)*, nº 159, 2013, pp. 39-105; Moreno Molina, J. A., "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos", en Gimeno Feliú (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115-163; así como los diferentes trabajos publicados en el nº 19 de 2014 de la *Revista Contratación administrativa práctica*. En particular, sobre la Directiva de concesiones, *vid.* Craven, R., "The EU's 2014 Concessions Directive", en *Public Procurement Law Review* (PPLR), nº 4, 2014, pp. 188-200.

4. Título III de la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (arts. 56-61). Así lo estableció, por vez primera, la Directiva 89/440/CEE (art. 1 ter), que modificó la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

5. Art. 17 de la Directiva 2004/18/CE y art. 18 de la Directiva 2004/17/CE. Esta exclusión no aparece recogida de forma expresa en las Directivas hasta el año 2004. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) interpretó este silencio como la decisión del legislador comunitario de no incluirlas en su ámbito de aplicación (en ese sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal de Justicia –en adelante, STJ– de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria* (C-324, 98)). Desde el punto de vista del derecho interno, significa que estos contratos no están sujetos a regulación armonizada y que tienen una cuantía más elevada a efectos del recurso administrativo especial en materia de contratación (arts. 13 y 40 TRLCSP).

comunitarias a mantener una doble posición: de una parte, se diferencian los conceptos de *contrato público* y de *concesión* (noción, esta última, que puede referirse tanto a un contrato como un acto unilateral consentido); y, de otra, se introduce un *concepto restrictivo de concesión* (que pone el acento en la asunción del riesgo de explotación por el concesionario) con el objetivo de evitar tentativas de eludir la normativa sobre contratación pública mediante una ilegítima utilización de la figura concesional.

Ahora bien, lo anterior no significa que la adjudicación de las concesiones de servicios quede extramuros del Derecho de la Unión Europea. En la medida que puedan revestir un interés transfronterizo cierto y, por consiguiente, tener efectos sobre el mercado interior europeo, los Estados miembros deben respetar las normas fundamentales del Tratado; y, en particular, los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, como sostiene una reiterada jurisprudencia[6].

Con todo, las incertidumbres en torno a la aplicación y alcance de estos principios llevó a la Comisión Europea a abordar la problemática de las concesiones en dos *Comunicaciones interpretativas*: una específica sobre la aplicación del Derecho comunitario a las *concesiones*, de 29 de abril de 2000 (2000/C 121, 02), que contempla todas las concesiones de obras y de servicios (tengan o no naturaleza contractual)[7]; y otra, relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y de concesiones a la *colaboración público-privada institucionalizada*, de 12 de abril

6. Así lo reconoció la STJ de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria* (C-324, 98), ya mencionada; y se reitera en otras posteriores: SSTJ de 21 de julio de 2005, *Coname* (C-231, 03), de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458, 03), de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324, 07), de 13 de abril de 2010, *Wall* (C-91, 08), de 10 de mayo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (C-274, 09) o la más reciente de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda* (C-42, 13). En la doctrina, *vid.* Caranta, "Transparence et concurrence", en Noguellou, R. y Stelkens, U. (eds.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruselas, 2010, pp. 158-166; Moreno Molina, J. A., "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de la contratación", en *Administración y Justicia. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, T. II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 3429-3454; Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 2014, pp. 427-442.

7. Dicha Comunicación se refiere a "aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad confía a un tercero –ya sea mediante *un acto contractual* o mediante un *acto unilateral* con el consentimiento del tercero– la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación". Sólo afecta a estos servicios si se pueden interpretar como prestación de actividades económicas, según los arts. 43 a 55 del Tratado (apartado 2.4, p. 5).

de 2008 (2008/C 91, 02), entendiendo como tal aquella que se lleva a cabo a través de una entidad de capital mixto[8].

En cualquier caso, se trata de una regulación de mínimos, que no responde a la importancia que las concesiones tienen dentro de la Unión Europea; como tampoco permite garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión en los diferentes Estados miembros[9]. Esto ocurre en la medida que la aplicación de los principios comunitarios tan sólo se traduce en algunas obligaciones básicas, como son: a) la exigencia de una publicidad adecuada y accesible; b) la selección del concesionario conforme a criterios objetivos; c) la conciliación entre competencia y equilibrio financiero; y d) el reconocimiento de los servicios prestados por operadores económicos de otros Estados miembros, así como de las prescripciones técnicas, controles, títulos, certificados y cualificaciones reconocidos como equivalentes[10].

---

8. Precisamente por tener un tratamiento específico, las concesiones se dejan fuera de la Comunicación interpretativa de la Comisión de 2006 sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179, 02).

9. A nivel europeo, las concesiones se presentan como un instrumento eficaz frente al actual escenario de restricciones presupuestarias, en la medida que permite atraer capital privado para llevar a cabo nuevas inversiones en infraestructuras y servicios públicos sin aumentar la deuda pública. Según datos que maneja la propia Comisión Europea, se calcula que entre 2000 y 2006 las concesiones de servicios superaron los 138.000 millones de euros, constituyendo más del 60% de las colaboraciones público-privadas. *Vid.* Comunicación de la Comisión de 13 de abril de 2011, *Acta del Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza*, «Juntos por un nuevo crecimiento» (COM 2011, 206 final, p. 21); en el mismo sentido, COMISIÓN EUROPEA, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contracts – Frequently Asked Questions", Memo/11, 932, Bruselas, 20 de diciembre de 2011 (*http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-932_en.htm?locale=en*). No obstante, estas cifras hay que tomarlas con ciertas cautelas debido, sobre todo, a la disparidad conceptual que existe entre los distintos Estados miembros (*vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Annual Public Procurement Implementation Review 2012*, Bruselas, Brussels, 9.10.2012, SWD (2012) 342 final.

10. En este sentido, Comunicación interpretativa sobre concesiones de 2000 (apartado 3, pp. 6-10). En la jurisprudencia, la STJ de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (C-196, 08), señalaba que "los Estados no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación", puesto que tal actuación vulnera los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia (apartado 50).

Por lo tanto, a pesar de este esfuerzo interpretativo, no se puede decir que exista un marco jurídico lo suficientemente preciso y homogéneo[11]. Por el contrario, concurre una pluralidad de enfoques, al que, en cierta medida, ha podido contribuir la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al afirmar que los principios de igualdad de trato y de transparencia no conllevan, necesariamente, la obligación de convocar una licitación pública[12]. Desde esta perspectiva, dos son los retos que debe afrontar la nueva regulación: el primero, proporcionar una mayor seguridad jurídica como consecuencia de la armonización de un estatuto jurídico básico; y, el segundo, garantizar el acceso de los operadores económicos a los mercados de concesiones en condiciones de igualdad.

2. LA POLÉMICA EN TORNO A LA APROBACIÓN DE UNA DIRECTIVA *AD HOC*

Ante este panorama, la aprobación de una normativa comunitaria específica para la adjudicación de las concesiones era solo una cuestión de tiempo. En la consulta emprendida con el *Libro Verde sobre 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), se puso de manifiesto que la aplicación de los principios generales del Tratado ha dado lugar a interpretaciones divergentes por parte de las entidades contratantes (lo que no ha podido evitar las aclaraciones de la Comisión ni

11. La propia Comisión reconoce que la Comunicación interpretativa sobre concesiones de 2000 "no ha logrado explicar de manera suficientemente clara las implicaciones de los principios del Tratado CE para la adjudicación de concesiones" (Comunicación de la Comisión de 15 de noviembre de 2005, sobre *colaboración público-privada y Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (COM [2005] 569 final).

12. La STJ de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (C-196, 08), señalaba que "los Estados no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación", puesto que tal actuación vulnera los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia (apartado 50). Por su parte, la STJ de 14 de noviembre de 2013, *Comune di Ancona y Regione Marche* (C-388, 12) precisa que "el Derecho de la Unión no se opone a la *adjudicación sin licitación de una concesión* de servicio público relativa a una obra, siempre y cuando dicha adjudicación responda al principio de transparencia, cuyo respeto, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación, debe permitir a una empresa establecida en el territorio de un Estado miembro distinto del de la autoridad concedente tener acceso a la información adecuada relativa a dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, la citada empresa habría estado en condiciones de manifestar su interés por obtener tal concesión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente" (apartado 52, con cita de sentencias anteriores).

la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)[13]. Por este motivo, aunque no constituía una posición unánime, la Comunicación de la Comisión de 15 de noviembre de 2005, sobre *"colaboración público-privada y Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones"* (*COM 2005 569 final*), propone una iniciativa comunitaria con el fin de regular de forma conjunta los procedimientos de adjudicación de todas las concesiones de naturaleza contractual, tanto de obras como de servicios (que comprenda también los sectores especiales, así como los ámbitos de la defensa y la seguridad). No obstante, de acuerdo con el principio de "legislar mejor", la decisión final queda a resultas de la correspondiente evaluación de impacto.

Tras un periodo de *impasse*, que se prolonga durante seis años, en 2011 la Comunicación de la Comisión *"Acta del Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza"* (anteriormente mencionada) propone nuevamente la creación de un marco legislativo específico; iniciativa que, a pesar de todo, sigue encontrando ciertas reticencias. Es así que la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011 sobre *la modernización de la contratación pública* (2013/C 131 E/28), sostiene que "una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios sólo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior"; lo que –a juicio de dicho órgano– no sucede[14].

La disparidad de criterios se mantiene, incluso, tras la presentación por la Comisión de la *propuesta de Directiva* sobre adjudicación de los contratos de concesión, el 20 de diciembre de 2011 (COM 2011 897 final)[15]:

13. En 2004, sólo tres Estados contaban con una regulación específica en materia de concesiones: Italia (Ley Merloni de 1994), Francia (Ley Sapin de 1993) y España (TRLCAP de 2000, que incorporaba la Ley 13, 2003, sobre concesiones de obras públicas; y RSCL de 1955). Aun así, las SSTJ de 27 de octubre 2005, *Comisión/Italia* (C-187, 04 y 188, 04) y de 22 de abril de 2010, *Comisión/España* (C-423, 07), condenaron, respectivamente, a ambos Estados por adjudicar sendos contratos de concesión para la construcción y gestión de autopistas sin la adecuada información previa. La falta de definición de su régimen jurídico provoca cierto temor en las instituciones europeas a una restricción del mercado concesional y al aumento de los costes derivados de su aplicación (*vid.* pregunta nº 6, p. 12; y Saussier, S., *An Economic Analysis of the Closure of Markets and other Dysfunctions in the Awarding of Concession Contracts*, estudio encargado por el Parlamento europeo, junio de 2012, *http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206, 20120626ATT47715, 20120626ATT47715EN.pdf*).
14. Esta apreciación no es del todo correcta. Las contribuciones de algunas partes interesadas en el trámite de la consulta del Libro Verde daban por hecho que el Derecho comunitario no exige que la adjudicación de concesiones se abra a la competencia para permitir que todas las empresas manifiesten su interés en la obtención de las concesiones.
15. Entre los muchos trabajos publicados que analizan la Propuesta de Directiva de concesiones cabe citar el comentario de Sanchez Graells, A., "What Need

mientras que el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de abril de 2012 (2012/C 191, 86 y 91) reitera las dudas existentes en relación con la necesidad de dicha Directiva y solicita una evaluación de impacto más exhaustiva y completa; el Dictamen del Comité de las Regiones de 19 de julio de 2012, *"Adjudicación de contratos de concesión"* (2012/C 277, 75), considera plenamente justificada la propuesta, al objeto de introducir una mayor claridad en las normas y de ofrecer una interpretación y un enfoque uniformes en los diferentes Estados miembros.

Si bien no se menciona de forma expresa, esta polémica está latente en la nueva Directiva; lo que conduce a reforzar su justificación. En los considerandos 1, 4 y 8 se reconoce la existencia de "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". En resumen, se puede decir que el legislador comunitario enarbola la seguridad jurídica, como justificación de la regulación; y la eliminación de obstáculos en el funcionamiento del mercado interior, como fin. Ello se concreta en tres objetivos prioritarios: a) el uso óptimo de los fondos públicos por parte de las autoridades públicas; b) el acceso efectivo y no discriminatorio de todos los operadores económicos al mercado; y c) el disfrute por los ciudadanos de unos servicios de calidad al mejor precio. Para el cumplimiento de esta triple misión se precisa una regulación específica, que armonice la legislación de los veintisiete Estados miembros, estableciendo un marco común que asegure la convergencia y la igualdad de condiciones.

La nueva Directiva supone una ruptura con la tradición anterior en un doble sentido: primero, al establecer una regulación propia de las concesiones, diferenciada del resto de contratos públicos; y, en segundo lugar, al unificar el régimen jurídico aplicable a todas las *concesiones de obras y de servicio* que tengan un valor igual o superior a 5.186.000 euros, teniendo en cuenta el volumen de negocios total generado por el concesionario, excluido el IVA (cuantía que se revisará cada dos años, contados a partir del 30

---

and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of their Economic Balance?", en *European Public Private Partnerships Law Review*, nº 2, 2012, pp. 94-104 (disponible en *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101712*); el excelente trabajo de Lazo Vitoria, X., "El futuro del mercado concesional en Europa", en *Revista Práctica de Derecho CEFLegal*, nº 154, 2013, pp. 137-174; y el amplio análisis de Olykke, Risvin & Tvarno, *EU Procurement Directives. Modernisation, growth and innovation*, Copenhagen, 2012.

de junio de 2013)[16]. Ahora, ambos tipos de concesiones quedan sujetos a *regulación armonizada*.

La pregunta que cabe formularse es por qué aprobar una Directiva específica, en lugar de regular las concesiones en la Directiva general de contratación pública (como venía sucediendo ya con las concesiones de obras públicas). La respuesta nos la ofrece el mismo legislador comunitario: la voluntad de resaltar las diferencias existentes entre los contratos de concesiones y el resto de contratos públicos, tanto desde el punto de vista conceptual como procedimental. El objetivo último es instaurar un marco jurídico propio que sea "adecuado, equilibrado y flexible"; y que, al mismo tiempo, no genere una burocracia excesiva (considerandos 1 y 2)[17].

Con todo, el legislador de la Unión pretende ser respetuoso con las legislaciones nacionales. De ahí que se limite únicamente a "establecer una *coordinación mínima*" de los procedimientos nacionales para la adjudicación de los contratos de concesión que alcancen el umbral comunitario. Por este motivo, estas disposiciones de coordinación "no deberían ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos citados y para garantizar un cierto grado de flexibilidad", que asegure el mejor resultado posible; permitiendo que los Estados puedan completar y desarrollar el estatuto jurídico de las concesiones, especialmente con el fin de reforzar la observancia de los principios comunitarios (considerando 8). En este sentido, es evidente que la Directiva no representa la profunda "revolución" que se esperaba.

Por otro lado, en consideración a las posiciones críticas de algunos Estados miembros[18], la propia Directiva de concesiones se preocupa de aclarar que no pretende imponer la externalización de los servicios de interés económico general ni tampoco la privatización de empresas públicas. Por

16. Artículos 8 y 9. La Propuesta de Directiva establecía un umbral intermedio que tenía como finalidad exigir una obligación de publicidad a determinadas concesiones de servicio de cuantía igual o superior a 2.500.000 euros. En el trámite de discusión parlamentaria, se propuso suprimir dicho umbral intermedio, al objeto de aligerar las cargas burocráticas adicionales, y elevar el umbral único a 8.000.000 millones de euros (enmiendas 91 y 92). *Vid. Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, pp. 70 a 74.
17. Según se explica en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva la aplicación de unas normas básicas, como se hace en el caso de las concesiones de obras pública, se considera inadecuada, en la medida que no proporciona suficiente seguridad jurídica ni garantiza la observancia de los principios del Tratado; mientras que, en el lado opuesto, hacer extensiva a las concesiones la normativa de los contratos públicos se estima excesivo y contraproducente, ya que podría disuadir a los poderes adjudicadores del recurso a esta modalidad contractual (COM 2011 897 final).
18. *Vid.* Laxo Vitoria, X., "El futuro del mercado concesional…", loc. cit., pp. 148-149.

el contrario, mantiene una posición neutral frente a la libertad de los Estados miembros para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de las obras públicas o la prestación de servicios de interés general (económicos o no)[19], así como el modo de organización de la propiedad (en cuanto al estatuto público o privado de las empresas). En este sentido, las autoridades públicas podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o, en su caso, confiarlas a operadores económicos (art. 2).

Por último, cabe destacar, asimismo, que la Directiva simplifica el régimen aplicable a las *concesiones de servicios*, al suprimirse la clásica distinción entre servicios prioritarios y no prioritarios. En su lugar, mantiene un *régimen específico*, mucho más flexible (que consiste, básicamente, en garantizar la obligación de publicidad), para aquellos servicios con una menor dimensión transfronteriza, como es el caso de los denominados *servicios a las personas*, que comprende –entre otros– los servicios sociales, sanitarios, educativos o culturales (art. 19 y Anexo IV); permitiendo una amplia discrecionalidad de los Estados miembros para seleccionar a los prestadores de dichos servicios de la manera que consideren más apropiada (considerandos 53 y 54)[20].

II. ¿A QUÉ TIPO DE CONTRATOS AFECTA LA DIRECTIVA? ÁMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO

1. EL CONCEPTO EUROPEO DE "CONCESIÓN": LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO DE EXPLOTACIÓN COMO ELEMENTO NUCLEAR

Uno de los principales motivos de conflicto tiene que ver con la dificultad de identificar *a priori* el tipo de contrato que se pretende licitar. La ausencia de unas reglas claras y la posibilidad de negociar el reparto de riesgos y beneficios con los licitadores provoca que, en ocasiones, lo que

19. La Directiva de concesiones no afecta tampoco a la libertad de las autoridades públicas para definir los servicios de interés económico general, ni para decidir cómo se han de organizar y financiar los mismos, de conformidad con el Derecho de la Unión. Por su parte, los servicios de interés general no económicos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (art. 4). Sobre la distinción de estas categorías, *vid*. Laguna De Paz, J. C., *Servicios de interés económico general*, Civitas, Madrid, 2009.

20. Sobre la problemática planteada en este sector véase Villar Rojas, F. J., "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", en *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 172, 2007, pp. 141-188.

comienza siendo un contrato de concesión termina siendo un contrato público de obra o de servicio (o viceversa)[21]. Como señala la propia Comisión Europea, no se trata de un problema meramente conceptual, en la medida que la legalidad del procedimiento de adjudicación dependerá, en buena medida, de la calificación jurídica del contrato[22].

Desde un punto de vista práctico, el contrato de concesión suele ser de mayor complejidad técnica, mayor coste y más larga duración que los contratos públicos de obras o de servicios, por lo que también incorporan mayor nivel de incertidumbre; circunstancias que –a juicio de la Comisión– justifican una mayor flexibilidad tanto por lo que se refiere al procedimiento de adjudicación como a las modalidades de ejecución (se habla en ese sentido de "contrato incompleto")[23]. No obstante, a los efectos de concretar su régimen jurídico, se hace necesario establecer unos criterios más precisos de diferenciación. A esta tarea se enfrentó ya –no con mucho éxito– la Comunicación interpretativa del año 2000 y lo hace nuevamente –con una mayor precisión– la Directiva de concesiones de 2014. Ambos

21. La calificación jurídica del contrato ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión Europea, siendo indiferente tanto la conceptuación que recibe en el Derecho nacional, como la otorgada por las partes. Por todas, SSTJ 18 de enero de 2007, *Auroux y otros* (C-220, 05), apartado 40; de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia* (C-382, 05), apartado 30; 18 de diciembre de 2007, *asociación profesional de empresas de reparto y manipulado de correspondencia* (C-220, 06), apartado 50; y de 29 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania* (C-536, 07), apartado 54; entre otras.

22. Según datos de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, 13 de las 25 Sentencias del TJUE recaídas en materia de adjudicación de contratos de concesión hasta diciembre de 2012 se referían a la calificación del contrato. Sobre los problemas derivados de la incorrecta tipificación de los contratos y su consecuencia en el derecho español puede verse el *Informe de la JCCA 12, 10, de 23 de julio de 2010*; en la doctrina, Miguez Macho, L., "Las formas de colaboración público-privadas en el Derecho español", en *RAP* nº 175, 2008, pp. 157-215; Bernal Blay, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas, Madrid, 2011; Razquin Lizárraga, M., "El contrato de gestión se servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (Comentarios a las Sentencias del TJUE de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)", en *Administración y Justicia…*, ob. cit., pp. 3549-3573; Fuertes López, M., "Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicio)", en *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, ob. cit., pp. 224-239; y Gimeno Feliú, J. Mª., "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP", en *REDA* nº 156, 2012, pp. 17-57; del mismo autor, *El nuevo paquete legislativo comunitario…*, ob. cit., pp. 155-168.

23. Así se recoge en el *Informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor de 1 de febrero de 2013*, cuyo ponente es el político galo Philippe Juvin (PE492.669v03-00, pp. 204-206), quien fuera ponente del Parlamento europeo en la Directiva de concesiones.

instrumentos parten de una idea común: los contratos de concesión presentan, por lo general, las mismas características, cualquiera que sea su objeto (una obra o un servicio).

Se entiende por *contrato de concesión* todo contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la ejecución de obras (concesión de obras) o la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras (concesión de servicios) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el *derecho a explotar las obras o los servicios* objeto del contrato únicamente, o bien este mismo derecho en conjunción con un pago (considerando 11 y art. 5)[24].

De acuerdo con esta definición, la concesión se presenta como una modalidad de colaboración público-privada (CPP) de naturaleza contractual, cuya principal característica distintiva radica en el *derecho de explotación* de las obras o servicios (con independencia de que vaya o no acompañada de un precio o pago)[25]. Como especifica la *Comunicación interpretativa* del año

24. La distinción entre *concesión de obras* y *concesión de servicios* no resulta especialmente problemática, más allá de los supuestos de *contratos mixtos*, que se adjudicarán con arreglo a las normas aplicables al tipo de concesión predominante en función de cuál sea el objeto principal del contrato (art. 20.1). La nueva Directiva regula el régimen jurídico de las concesiones en los arts. 20 a 23, diferenciando entre *concesiones con diversidad de objetos* (contratos mixtos) y *concesiones con diversidad de actividades*. Cabe destacar que tanto en el supuesto de concesiones con elementos objetivamente disociables (ej., construcción de un edificio para uso público con explotación de aparcamientos subterráneos), como en el de concesiones que engloben actividades diferentes (ej., construcción y explotación de autopista y explotación de restaurante), el poder o entidad adjudicadora podrá optar entre adjudicar: a) *contratos separados* para cada parte o actividad o; b) un *único contrato*, en cuyo caso se deben indicar las normas aplicables de acuerdo con los criterios establecidos en la propia Directiva, según se trate o no de objetos o actividades sometidas a las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE. Esta fórmula no sólo se separa de la jurisprudencia comunitaria (por todas, STJ de 22 de diciembre de 2012, *Mehiläinen Oy*, C-215, 09, apartado 47) y de la Propuesta de Directiva (que optaba por aplicar sus disposiciones a la parte del contrato que constituyera una concesión, ex. art. 18.4), sino que además difiere de la prevista en la Directiva 2014/24/UE (art. 3.4).

25. El Derecho derivado y la jurisprudencia del TJ establecían un paralelismo entre la *concesión* y el *contrato público de obras o de servicios*, con la salvedad de que la contrapartida consiste bien en el derecho a explotar la obra o bien en dicho derecho acompañado de un precio (expresión que no se refiere a las cantidades que pagan los usuarios, sino al precio pagado por el Estado como contraprestación de las obras realizadas o de los servicios prestados). La definición de la *concesión de obra pública* aparece ya en el art. 1 de la Directiva 89/440/CEE, que modifica la Directiva 71/305/CEE; y la *concesión de servicio* lo hace en el art. 1.2 de la Directiva 2004/18/CE. En la jurisprudencia, por todas,

2000, ello permite deducir ciertos indicios para distinguir una concesión de un contrato público:

> – De una parte, el *derecho del concesionario a cobrar peajes o tarifas a los usuarios* por la utilización de las obras o la explotación de los servicios.
>
> – Y, de otra, de manera más relevante, la *transferencia al concesionario de la responsabilidad de explotación*, tanto por lo que se refiere a los aspectos técnicos, como financieros y de gestión. Esto significa que corresponde al concesionario: realizar las inversiones necesarias para poner la obra o el servicio a disposición de los usuarios; asumir la carga de la amortización; y soportar los riesgos vinculados a la construcción, gestión y frecuentación de la infraestructura o al establecimiento y explotación del servicio[26].

En consecuencia, precisa la Comisión que: a) en las *concesiones de obras*, siendo el origen de las rentas un elemento significativo, lo determinante es la presencia de *riesgo de explotación*, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos; y b) tratándose de *concesiones de servicios*, el elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación es el *modo de remuneración del operador*[27].

SSTJ de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (C-206-08), apartado 50; y de 22 de abril de 2011, *Comisión/España* (C-423, 07), apartado 52.

26. Según la doctrina económica, el criterio a seguir es que cada parte contratante asuma los riesgos que sea capaz de gestionar a un menor coste (*principio de transferencia óptima del riesgo* del que también se hace eco la Comisión, en la Comunicación interpretativa del año 2000, apartado 2.1.2, p. 4). De acuerdo con esta premisa, se propone que los *riesgos de construcción* (entendiendo por éstos los riesgos *técnicos y económicos*), así como los *riesgos de financiación* sean asumidos por el *sector privado*, mientras que los *riesgos jurídicos y políticos* (como es el riesgo regulatorio) y los derivados de *fuerza mayor*, correspondan a la *entidad contratante*. Más problemático resulta el denominado *riesgo de demanda* (fruto de la diferencia entre la demanda prevista y la demanda real), que la doctrina mayoritaria es partidaria de repartir entre las partes contratantes, con el fin de incentivar la iniciativa privada en grandes inversiones que exigen el esfuerzo compartido de los sectores público y privado (*vid.* Sánchez Soliño, A., "Optimización de la transferencia de riesgos en los contratos de infraestructuras y servicios públicos", en *Hacienda Pública Española*, nº 201, 2, 2012, pp. 67-92; y, en relación con las autopistas de peaje, Baeza Muñoz, Ortega Hortelano y Vassallo Magro, "Reparto de riesgo en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica", en *Transporte innovador y sostenible de cara al siglo XXI: X Congreso de Ingeniería del Transporte*, Editorial Universidad de Granada, 2012; disponible en *http://oa.upm.es/19233, 1/INVE_MEM_2012_117811.pdf*).

27. El Derecho comunitario utiliza un concepto de *concesión de servicios* más amplio que la noción de *concesión de servicio público* que se recoge en el artículo 8 TRLCSP, que se refiere exclusivamente a la gestión indirecta de aquellos servicios cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por

Esta interpretación también es compartida, inicialmente, por el Tribunal de Justicia, quien considera que la *retribución del servicio por los usuarios* constituye criterio suficiente para apreciar la existencia de una concesión[28]. No obstante, la STJ de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (C-206, 08), modifica esta posición inicial, al exigir la *transmisión al prestatario de los riesgos inherentes a la explotación económica del servicio*, quedando expuesto a las "incertidumbres del mercado"; con independencia de que dicho riesgo sea, desde el inicio, muy limitado como consecuencia de la configuración jurídico-pública del servicio, y no de la decisión de la entidad adjudicadora (apartados 66-80)[29]. Por lo tanto, la posibilidad de percibir un *pago* por parte del órgano contratante, como contrapartida de la obra o servicio (como establecen los arts. 255.4 y 281 TRLCSP), no altera la naturaleza de la concesión siempre y cuando no elimine el riesgo inherente a la explotación[30].

---

la Administración (así, por ejemplo, el TJ considera concesión de servicios la construcción y explotación de un aparcamiento municipal, la gestión de un casino o la instalación y explotación de baños públicos).

28. Por todas, SSTJ de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458, 03), apartado 40; y de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324, 07), apartado 24. La concesión de servicios – precisa el TJ–"se caracteriza por una situación en la que un derecho de explotación de un servicio determinado se transfiere por un adjudicador a un concesionario, disponiendo este último, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de dicho derecho y estando así, de modo paralelo, ampliamente expuesto a los riesgos vinculados a dicha explotación (…). Este elemento de distinción se confirma por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de conformidad con la cual existe una concesión de servicios cuando la *modalidad de retribución* convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trate" (STJ de 11 de junio de 2011, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300, 07, apartados 71 y 72).

29. Doctrina que se reitera en la STJ de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A SIA* (C-348-10). Un resumen sobre la evolución de la jurisprudencia comunitaria en Risvig Hansen, C., "Defining a service concession contract will the proposed new definition of service concessions contracts increase legal certainty in the field of concessions?", en Olykke, Risving & Tvarno, *EU Procurement Directives…*, ob. cit., pp. 239-251; y Fuertes López, M., "Los riesgos del riesgo de explotación…", loc. cit., 2013, pp. 204-223.

30. El Estado puede asumir parcialmente el coste de explotación, a fin de aminorar el precio que deben pagar los usuarios, a través de diversas fórmulas: importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pagado en función del número de usuarios, etc. (esto es lo que se conoce como práctica de los "precios sociales"). Es así que, en el supuesto de "peajes ficticios" o "peajes en sombra" (en los que la Administración paga una tarifa por cada usuario), el riesgo económico permanece si *la remuneración depende del nivel de frecuentación* o de la demanda de los servicios por parte de los usuarios. Por el contrario, precisa la Comunicación interpretativa del año 2000 que no existe concesión, sino *contrato público*, cuando: a) el reembolso de la financiación corre a cargo del órgano de contratación, sin riesgos vinculados a la gestión; o b) si mientras dura el contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación de

Lejos de despejar las dudas, este criterio introduce mayor incertidumbre en la calificación jurídica de los contratos –que se hace más intenso cuando las concesiones son remuneradas por los poderes o entidades adjudicadoras–, en la medida que falta por concretar algunos elementos fundamentales de la definición, como son el nivel y el tipo de riesgo que debe asumir el concesionario[31]. Al objeto de aportar una mayor seguridad y de reducir el nivel de conflictividad, la *Directiva de concesiones* aborda la importante tarea de concretar el concepto de riesgo (lo que resulta oportuno habida cuenta de que todos los contratos se realizan a riesgo y ventura del contratista). Y lo hace, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia, de acuerdo con una aproximación cualitativa de índole economicista, de la que cabe extraer cinco notas características:

1º.– El elemento determinante es la presencia de un *riesgo operacional de carácter económico*. Éste se entenderá asumido por el concesionario cuando "no esté garantizado que (…) vaya a recuperar las *inversiones* realizadas ni a cubrir los *costes* que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión" (considerando 18 y art. 5).

El hecho de que la prestación o la obra vayan destinados de forma directa a su utilización por los particulares o que sean éstos quienes retribuyan directamente al concesionario constituyen elementos secundarios a la hora de calificar un contrato como concesión. Por lo mismo, tampoco basta con que la actividad se califique como servicio público[32]. Lo verdaderamente decisivo es verificar si *el contratista asume, realmente, el riesgo de explotación derivado de la operación*. No estaremos en presencia de una concesión, sino de un contrato de obras o servicios, cuando el poder o entidad adjudicadora garantice, de una u otra manera, la recuperación de la inver-

---

pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación (*Comunicación interpretativa*, pp. 3 y 4). En este caso, la compatibilidad de la financiación adicional debe ser analizada a la luz del Derecho de la Unión Europea sobre ayudas públicas. *Vid*. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) del Estado 12, 2010, de 23 de julio.

31. Especialmente crítica con esta concepción de las concesiones se manifiesta Arrowsmith, S., *The law of public and utilities procurement…*, ob. cit., pp. 428-442.

32. Mastragostino, F. (2008), Le concessioni di servici, en Sansulli y Garofoli, *Tratato sui contratti pubblici*, vol. I, Milán, pp. 277-306. Así, por ejemplo, la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana sostiene la imposibilidad de utilizar la figura concesional para la prestación de los *servicios públicos de recogida de residuos urbanos y de limpieza viaria*, cuando la retribución del contratista no depende de la explotación del servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia (Informes 4, 2011, de 22 de noviembre y 4, 2012, de 9 de mayo).

sión realizada; de forma que el concesionario no quede expuesto a una pérdida potencial de su inversión.

2º.– La calificación de un contrato como concesión no requiere que el poder o entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad, pero sí, al menos, una *parte significativa* del riesgo de explotación[33].

La propuesta de Directiva aludía al carácter "sustancial" del riesgo transferido[34], cualidad que desaparece en la versión definitiva. Sin embargo, esta modificación del texto de la Directiva no altera la anterior consideración, en la medida que reconoce que la definición de concesión es compatible con que "parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador" (considerando 18). No puede ser de otra manera, pues como admite el TJ, no sería razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a las que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)[35].

Por lo tanto, no impide su consideración como concesión el dato de que el riesgo se encuentre *limitado* desde el inicio por razón de la configuración

33. De esta forma lo manifiesta, reiteradamente, el TJ desde la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (C-206, 08), apartado 77 y 78; de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (C-274, 09), apartado 29; y de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA (C-348, 10), apartado 45). Un resumen de la evolución de esta jurisprudencia en Caranta, R. (2012), "La Corte de giustizia ridimeniona la rilevanza del rischio di gestione", en *Urbanistica e appalti*, nº 3, en particular, pp. 291-297.

34. A este respecto, considera la Comisión que, ante la dificultad de evaluar el carácter sustancial del riesgo transferido, la referencia a la falta de garantía del "equilibrio" es la única manera de garantizar un cierto nivel de seguridad jurídica (*Documento no oficial de la Comisión –Dirección General de Mercado Interior– de 17 de febrero de 2012*, p. 9, disponible en *http://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXIV/EU/07, 31/EU_73104/imfname_10019124.pdf*).

35. Así lo sostiene la STJ de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (C-206, 08), apartados 77 y 80. El matiz es importante, teniendo en cuenta que el TRLCSP (arts. 240.2 y 253 a 256 TRLCSP) permite moderar los límites del riesgo de demanda, con el fin de no desincentivar la iniciativa privada (*vid.* Laxo Vitoria, X. (2013): 154; también Miguez Macho, L. (2014), "Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público", en Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 181-185). A este respecto, sostiene la JCCA del Estado que "el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir siempre que, considerado el término de vida de la concesión, *el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto*, aun cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto periodo o en relación a determinadas circunstancias" (Informe 69, 09, de 23 de julio de 2010).

jurídico-pública del servicio. Esto es lo que ocurre en sectores con tarifas reglamentadas, siempre que no cubra la totalidad de los costes e inversiones soportados por el concesionario; o cuando la normativa contractual prevé una *compensación parcial*, incluida la que corresponda por extinción anticipada de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicadora[36], o por causas de *fuerza mayor* (considerando 19 de la Directiva).

3º.– La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una *exposición real a las incertidumbres del mercado* (que no sea meramente nominal o desdeñable), que bien puede consistir en un *riesgo de demanda*, en un *riesgo de suministro* o en ambos a la vez (art. 5)[37]. En consecuencia, el legislador comunitario concluye que:

> – No cabe hablar de concesión: a) cuando "el *poder adjudicador o la entidad adjudicadora* aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos *ingresos mínimos* que sean *iguales o superiores* a las inversiones y a los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato" (considerando 18); y b) "cuando la *reglamentación específica del sector* elimina el riesgo estableciendo una *garantía* en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen la inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato" (considerando 19).
>
> – Por el contrario, estaremos en presencia de una concesión, aun cuando la *remuneración* proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, siempre que la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios dependa de la *demanda* o del *suministro* efectivos de esos bienes o servicios (considerando 18).

La definición de ambos tipos de riesgos viene recogida en el considerando 20, si bien se hace en términos poco precisos: debe entenderse por *riesgo de demanda* "el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato"; y por *riesgo de oferta* –en referencia al riesgo de suministro– "el riesgo de que la prestación no se ajuste a la demanda" (lo que

36. Cabe recordar que el artículo 271 TRLCSP recoge la obligación de la Administración de abonar al concesionario de obras públicas la inversión patrimonial neta necesaria para la explotación de la obra, aun cuando le sea imputable la resolución de la concesión.

37. Esta matización tiene su origen en las enmiendas 65 y 84 presentadas por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (*Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, pp. 56-57 y 66).

parece venir referido al supuesto en que la remuneración procede exclusivamente del poder o entidad adjudicadora). La falta de concreción permite especular sobre si el "riesgo de oferta" (o de suministro) comprende el denominado riesgo de disponibilidad. Ello se debe a que la Directiva se separa de la terminología utilizada tanto en el Proyecto[38] como en el Sistema Europeo de Cuentas Públicas (SEC-2010)[39], que diferencian entre *riesgo de demanda* (vinculado a la frecuentación o de uso) y *riesgo de disponibilidad* (vinculado a la calidad de la prestación).

Desde un punto de práctico, se trata de determinar si para que exista concesión es necesario que la remuneración del concesionario dependa de forma real y significativa de la demanda (o, lo que es lo mismo, del uso o frecuentación de la obra o servicio), aun cuando se realice a través de pea-

38. El legislador comunitario sustituyó los términos previstos en la Propuesta de Directiva, que incluía el riesgo relacionado con la *utilización de las obras o la demanda de servicios* (uso efectivo por los usuarios finales) y el *riesgo de disponibilidad* de las infraestructuras (volumen y calidad). En relación con el contenido de la Propuesta, sostiene la Comisión que el riesgo "tiene que ser de carácter económico y puede referirse tanto a la variabilidad de la demanda (riesgo de demanda) como a la disponibilidad del activo (riesgo de disponibilidad). Por lo tanto, es evidente que ciertos riesgos, como un riesgo puramente financiero (relacionado con el aumento de los costos del capital prestado), riesgos regulatorios (en relación a los cambios en el entorno regulatorio), riesgos de construcción (comunes a los contratos de obras públicas), los riesgos de gestión (mala gestión o errores de juicio por parte del operador económico) no pueden ser considerados como riesgo operacional" (*Documento no oficial de la Comisión –DG de Mercado Interior– de 17 de febrero de 2012*, ya mencionado, p. 9).

39. La *transferencia de riesgos* constituye también el elemento clave a efectos de la determinación de los niveles de déficit y deuda públicos derivados de concesiones y de contratos de colaboración público-privado. Como regla básica, los activos de la colaboración público-privada se deben computar como activos no públicos y, por lo tanto, se deben contabilizar en el balance del socio privado si éste asume los *riesgos de construcción* (inversión, costes financieros, retrasos,…) y, al menos, el *riesgo de disponibilidad* (cantidad y calidad alcanzada) o el *riesgo de demanda* (número de usuarios), o ambos, tal como fue diseñado en el contrato. Por el contrario, considera riesgos que pueden recaer en los gobiernos los derivados de fuerza mayor, de acontecimientos excepcionales o de las acciones del gobierno que modifican las condiciones acordadas previamente (Decisión Eurostat 18, 2004, de 11 de febrero de 2004, *Treatment of public-private partnerships*). El nuevo Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea –SEC-2010– se encuentra regulado en el Reglamento (UE) nº 549, 2013, de 21 de mayo. *Vid.* EUROSTAT (2013), *Manual on Government Deficit and Debt Implementation of ESA10*, 6ª ed., Luxemburgo, pp. 283-284; y EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE (2014), *Risk distribution and balance sheet treatment. Practical Guide*, 2ª ed., disponible en *http://www.eib.org/epec/*. En la doctrina, se puede consultar el reciente trabajo de Macho Pérez, A. B. y Marco Peñas, E. (2014), "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat", en *RAP* nº 194, pp. 437-474.

jes en sombra abonados por la propia Administración contratante; o, por el contrario, podemos estar en presencia de una concesión en el supuesto de que la retribución del concesionario venga determinada únicamente por el grado efectivo de disponibilidad de la obra y por la calidad de la prestación (lo que contribuye a facilitar su financiación)[40]. La primera interpretación estaría en la línea de la propia *Comunicación interpretativa sobre concesiones* del año 2000, en la que se afirma que el riesgo económico inherente al fenómeno de las concesiones "permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación" (apartado 2.1.2, 121, 4 y nota 13); mientras que la segunda opción estaría más en consonancia con la idea de flexibilidad que inspira la propia Directiva.

La solución de este conflicto dependerá de la postura que adopte el Tribunal de Justicia, que ha sido quien ha venido marcando la pauta en esta materia. Ahora bien, desde una perspectiva económico-financiera, el riesgo de oferta comprende los riesgos de construcción y de disponibilidad[41]; lo que supone reducir la transferencia de riesgo a su mínima expresión, diluyendo las frágiles fronteras que delimitan las concesiones del resto de contratos públicos. Es por ello que esta posibilidad se debe reconducir, en todo caso, a las denominadas "concesiones de obras o servicios

40. Así venía establecido, por ejemplo, en el Plan Extraordinario de Infraestructuras (PEI) presentado por el Gobierno en 2010. El modelo contemplaba un canon único que tenía como finalidad retribuir la inversión, la conservación y el mantenimiento de las infraestructuras, así como los recursos propios y ajenos invertidos por el concesionario en la construcción. Para cumplir con el objetivo del déficit, se transferían al concesionario únicamente los riesgos de construcción y de disponibilidad; no así el riesgo de demanda, por cuanto dificultaba el acceso a los mercados financieros. La transferencia del *riesgo de construcción* suponía que el concesionario financiaba íntegramente el coste de la inversión (hasta que la infraestructura no estuviera concluida y comenzara su explotación no empezaba a recibir el canon). Por su parte, la transferencia del *riesgo de disponibilidad* se producía mediante la aplicación de unos indicadores objetivos, que debían medirse periódicamente, dando lugar, en caso de incumplimiento, a deducciones automáticas en el canon a pagar por la Administración. De esta forma, el PEI generalizaba la opción de retribuir al concesionario en función del riesgo de disponibilidad y no según la frecuentación (sin duda bajo la influencia negativa de las autopistas radiales), trasladando a las infraestructuras de transporte el modelo de las concesiones de obras públicas sanitarias y sociosanitarias de las que nos da cuenta Villar Rojas, F. J. (2007): 168-173.

41. Según la doctrina económica existen dos categorías principales de riesgos, como son: el riesgo comercial y el riesgo jurídico-político. Por su parte, el *riesgo comercial* se divide en riesgo de oferta y de demanda; siendo así que el *riesgo de oferta* se refiere, principalmente, a la capacidad del socio privado de cumplir con sus compromisos, y comprende tanto los riesgos de construcción como de disponibilidad (*Vid.* OCDE (2008), *Les partenariats public-privé. Partager les risques et optimiser les ressources*, pp. 53-56).

fríos", cuya remuneración no puede venir determinada por el nivel de uso o frecuentación de la obra o servicio (como puede ser el caso de los hospitales, colegios, prisiones, etc.). En estos supuestos, estaremos en presencia de una concesión siempre que no esté garantizada la recuperación de las *inversiones* realizadas y los *costes* soportados por el concesionario.

4º.– Como precisan tanto la Directiva como los criterios del Eurostat, el riesgo operacional debe derivarse de *factores externos* que escapen del control de las partes (considerando 20) y, por lo tanto, ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato. Es decir, que se trata de un riesgo que, aunque previsible, debe ser *incierto.* Esto lleva a diferenciar, como hace la STJ de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (C-274, 09), el "riesgo de explotación económica" de la "mala gestión" empresarial. Esto significa que el riesgo operacional forma parte del riesgo y ventura inherente a la ejecución de todo contrato público (art. 215 TRLCSP), pero no todo riesgo y ventura se identifica con el riesgo operacional[42].

En la mencionada Sentencia de 10 de marzo de 2011, el TJ alcanza a identificar algunos de estos factores externos, entendiendo como tales los riesgos derivados de: a) enfrentarse a la competencia de otros operadores; b) un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios; c) la insolvencia de los deudores por los servicios prestados; d) que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación; y f) incluso, el de la responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio" (apartado 37)[43].

---

42. Mantiene la equiparación de ambos conceptos el estudio elaborado por la Comisión de Concesiones y Servicios de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), con el título *La inversión de infraestructuras públicas en España. Propuesta de mejora del marco legal y la práctica de la contratación pública en materia de concesiones y colaboración público-privada*, pp. 28 y 29 (*http://www.ceoe.es/resources/image/inversion_infraestructuras_publicas_espana_propuesta_mejora_marco_legal_2013.pdf*). La Resolución nº 32, 2014, de 17 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid señala que "el concepto de *riesgo de explotación económica del servicio* se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de *riesgo y ventura* en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las *incertidumbres del mercado* por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación" (F.J. 2º).

43. Concluye dicha Sentencia que existe *riesgo de explotación*, aunque sea muy limitado, cuando el importe de los precios por la utilización de los servicios depende del resultado de negociaciones anuales con terceros, sin que se le

De contrario, no serán determinantes a los efectos de la calificación del contrato los riesgos vinculados a la mala gestión o a errores de apreciación del operador económico, al *incumplimiento* del contrato por parte del operador económico o a situaciones de *fuerza mayor*, ya que éstos se consideran riesgos inherentes a cualquier tipo de contrato (considerando 20)[44].

5º.– Finalmente, la traslación del riesgo operacional opera en "condiciones normales de funcionamiento" (tal como establece el artículo 5 de la Directiva); lo que permite excluir también las situaciones de *riesgo imprevisible*. En este sentido, la transferencia del riesgo es compatible con el mantenimiento del *equilibrio económico financiero del contrato*[45]. Esta interpretación es razonable, pues el éxito de la técnica concesional pasa por asegurar la viabilidad de la operación[46]. En consecuencia, es posible mo-

garantice al concesionario la cobertura íntegra de los costes soportados. No afecta a esta consideración el hecho de que los precios no sean pagados directamente por los usuarios, sino por una oficina liquidadora central encargada de recaudar y abonar esos importes en forma de pagos a cuenta periódicos; puesto que todas las remuneraciones del prestador de servicios proceden de personas distintas de la entidad adjudicadora que le ha atribuido el contrato (apartados 29 y 48). En esta línea, las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 92 a 105, 2014, de 25 de junio, concluyen que existe un *riesgo operacional de suficiente entidad* en un contrato de gestión de una escuela infantil en el que el Ayuntamiento se compromete a abonar una parte del precio equivalente a la cantidad ofertada por el adjudicatario, en la medida que este último asume íntegramente el riesgo de impago de los deudores por la prestación del servicio (esto es, el Ayuntamiento garantiza como máximo la cantidad objeto de licitación, por importe de 145.376 euros, mientras que la cantidad restante del presupuesto del contrato, por importe de 204.996 euros, carece de garantía).

44. En el mismo sentido se pronuncia la STJ de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A SIA* (C-348, 10), que califica como *contrato de servicio* la prestación de un servicio de transporte público retribuido por los usuarios con arreglo a tarifas establecidas, en tanto que la entidad adjudicadora debe compensar al prestador las pérdidas derivadas de la explotación y además se le garantiza una cantidad en concepto de beneficio (apartados 48-49 y 52-55). La Comunicación interpretativa de 2000 (nota 12, p. 10) considera también riesgo inherente a todo contrato los riesgos resultantes de cambios normativos (por ejemplo, en materia de protección medioambiental o de fiscalidad) o el riesgo de obsolescencia técnica (que el art. 247.4 TRLCSP impone al concesionario de obra pública).

45. Así lo sostiene también Gimeno Feliú, J. Mª., *El nuevo paquete legislativo…*, ob. cit., pp. 147-151.

46. Como señala la Comisión Europea, "para que la colaboración público-privada tenga éxito debe concebirse de forma que permita a los socios privados el potencial de generar unos beneficios proporcionales a los riesgos que asumen". En estos términos se expresa la Comunicación que lleva por título *"Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)"* (Bruselas, 19.11.2009, COM (2009) 615 final, p. 13); en la misma línea, se pronuncia también el *Libro Verde sobre colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de*

dificar el contrato para compensar los riesgos derivados de circunstancias imprevisibles, en los términos que analizaremos más adelante (art. 43.1,c). Ahora bien, dicho equilibrio no debe interpretarse como la posibilidad de compensar al concesionario cualquier posible pérdida, garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a las inversiones y a los costes derivados del contrato.

Junto a la doctrina del riesgo imprevisible, también juega un papel relevante una correcta estimación de la *duración de la concesión*, que deberá garantizar una *retribución suficiente del contratista* sin restringir la libre competencia más allá de lo necesario. A esta finalidad va dirigido el artículo 18.2 de la nueva Directiva, que establece una salvaguarda para las concesiones que duren *más de cinco años*: en este caso, la duración máxima no podrá exceder del tiempo que resulte razonablemente previsible para el concesionario pueda *recuperar las inversiones* previstas para la ejecución de la concesión *junto con un rendimiento* (beneficio) sobre el capital invertido[47]. Obviamente, ello no impide que los poderes y entidades adjudicadoras puedan adjudicar una concesión por un tiempo inferior al necesario para recuperar las inversiones, "siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el *riesgo operacional*" (considerando 52).

En definitiva, con independencia de la calificación jurídica que tenga en el Derecho nacional, todos los contratos que no conlleven la transferencia al concesionario de la responsabilidad de explotación en los términos expuestos no tendrán la consideración de concesión y, por consiguiente, quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE[48].

---

contratación pública y concesiones (Bruselas, 30.4.2004, COM (2004) 327 final, p. 16). En la doctrina, *vid.* Ruiz Ojeda, A., *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 469-549; Valcárcel Fernández, P., *Ejecución y financiación de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 381-420; y Villalba Pérez, F., "La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (*REALA*), nº 2, 2014, pp. 14-15.

47. Las inversiones a tener en cuenta serán tanto las iniciales como las posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, lo que incluye gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales.

48. De igual forma, quedan también fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, por no considerarse concesiones: a) la mera financiación de una actividad, en particular por medio de subvenciones; b) los sistemas que permitan el acceso permanente de los operadores económicos a la prestación de determinados servicios bajo condiciones de transparencia y no discriminación, pudiendo los clientes elegir entre los distintos operadores autorizados (como podría ser el caso de los servicios sociales); c) las autorizaciones que establezcan las condiciones

2. ÁMBITO SUBJETIVO: ÓRGANO CONTRATANTE Y OPERADORES ECONÓMICOS

A. Dualidad de órganos contratantes: poder adjudicador *versus* entidad adjudicadora

El ámbito subjetivo de la Directiva 2014/23/UE es el resultado de integrar la terminología de la Directiva clásica (poderes adjudicadores) y de la Directiva de los sectores especiales (entidades adjudicadoras). Esta última amplió la noción de *órgano contratante* con la finalidad de evitar la huida de la legislación comunitaria en el caso de los contratos adjudicados por empresas públicas y por entidades privadas que sean titulares de derechos especiales o exclusivos en esos sectores.

La Directiva de concesiones mantiene en esencia el mismo esquema, lo que supone una extensión del ámbito subjetivo de aplicación que no está prevista en el TRLCSP. En efecto, como precisa el artículo 1.2, ésta se aplicará a las concesiones de obras o de servicios que otorguen: a) los *poderes adjudicadores*; o b) las *entidades adjudicadoras*, siempre –en este último caso– que las obras o servicios estén destinados a la realización de alguna de las actividades recogidas en el Anexo II (relativas a los sectores especiales, con la excepción del sector del agua, como se explicará más adelante)[49]. La finalidad de esta distinción es evitar que puedan quedar ámbitos exentos de la Directiva de concesiones en función de la naturaleza jurídica –pública o privada– del sujeto contratante o de las actividades a las que esté destina-

---

para el ejercicio de una actividad económica; d) los acuerdos que reconozcan el derecho de un operador económico para explotar determinados bienes o recursos de carácter público (puertos, aeropuertos, etc.), sin contratar obras o servicios específicos; e) los acuerdos que confieren derechos de paso relativos a la utilización de bienes públicos inmobiliarios para el suministro o explotación de líneas fijas o redes destinadas a prestar un servicio público, en la medida que no impongan la obligación de suministro de servicio ni impliquen adquisición alguna de servicios; y f) los contratos que no conlleven pagos al contratista o en los que éste reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas que cubran la totalidad de los costes e inversiones realizadas (considerandos 12 a 17).

49. El proyecto de Directiva distinguía entre "concesión de obras públicas" y "concesión de obras" en función de la naturaleza del concedente (poder adjudicador o entidad adjudicadora, respectivamente); distinción que se suprimió en el trámite de primera lectura, al no añadir ningún valor al texto, mediante la presentación de la enmienda nº 65 de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (*Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, pp. 56-57). También se suprimió, por la misma razón de simplificación, la regulación de la adjudicación de concesiones conjuntas entre poderes y entidades adjudicadoras de diferentes Estados miembros, prevista en el artículo 31 del proyecto (enmienda nº 194, pp. 137-141).

do el contrato; si bien, como veremos, en algunos aspectos se establece un régimen jurídico más flexible para las entidades adjudicadoras.

a) El concepto de *poder adjudicador* responde al sentido tradicional, que se recoge ya en las Directivas de contratación de segunda generación[50]. Tienen esta consideración los órganos de la Administración estatal, autonómica y local, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de tales autoridades u organismos; con tal de que no desarrollen ninguna de las actividades del Anexo II ni adjudiquen una concesión para la realización de dichas actividades (art. 6).

Dentro de esta categoría, el término más conflictivo ha sido el de *"organismo de derecho público"*[51]. La diversidad de modelos organizativos que existe en los diferentes Estados miembros llevó a la Comisión Europea a precisar su significado en la Directiva 89/440/CEE. En esta cuestión, la Directiva de concesiones (art. 6.4) no introduce cambio alguno, reiterando los tres criterios distintivos ya clásicos (que se recogen en el art. 3.3 del TRLCSP); a saber:

> – Creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan *carácter industrial o mercantil*[52]. Esto es, organismos que no operen en condiciones comerciales normales, no tengan por objeto obtener un beneficio y no soporten las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad (considerando 21).
>
> – Dotado de *personalidad jurídica*.
>
> – Y que uno o varios poderes adjudicadores sean los responsables de algunos de los siguientes aspectos: i) de su financiación mayoritaria (esto es, en más de la mitad); ii) de su supervisión; o iii) del nombramiento de más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de supervisión.

50. El concepto actual proviene de la Directiva 89/440/CEE, que modifica la Directiva 71/305/CEE, que regulaba el contrato público de obras; de donde pasó a la Directiva 90/531/CEE, sobre contratación en los sectores excluidos (sectores especiales).

51. A este respecto, son conocidos los reiterados incumplimientos del Estado español en relación con la obligación de adaptar correctamente el concepto de "organismo público" previsto en las Directivas. *Vid.* SSTJ de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España* (C-214, 00); de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España* (C-283, 00); y de 13 de enero de 2005, *Comisión/España* (C-84, 03).

52. Se entiende como tales aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante, por razones de interés general (por todas, STJ de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, citada en la nota anterior).

Como viene reiterando el TJ, atendiendo al doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia, el concepto de "organismo de derecho público" debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia; lo que incluye también a las *sociedades mercantiles bajo control público* que cumplan de forma acumulativa con los tres requisitos descritos anteriormente, sin que la forma jurídica de las entidades de que se trate tenga relevancia alguna[53].

b) Los cambios más significativos están relacionados con el alcance del término *"entidades adjudicadoras"*. Integran esta categoría tres grupos de sujetos diferentes: i) los propios *poderes adjudicadores*; ii) las *empresas públicas* sobre las que uno o varios poderes adjudicadores ejerzan una influencia dominante, en los términos previstos en el artículo 7.4[54]; e iii) las entidades que operen en virtud de *derechos especiales o exclusivos*, siempre y cuando tales derechos no hubiesen sido otorgados respetando los principios de transparencia (publicidad adecuada) y de igualdad de trato (sobre la base de criterios objetivos)[55].

El elemento aglutinador de las "entidades adjudicadoras" (y, a su vez, diferenciador del concepto de poder adjudicador) es que adjudiquen una concesión para realizar algunas de las actividades del Anexo II, que como

53. SSTJ de 1 de febrero de 2001, *Comisión/Francia* (C-237, 99); de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros* (C-470, 99); y de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (C-373, 00); cuya fundamentación se reitera en Sentencias posteriores (este podría ser el caso, por ejemplo, de la *Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A.*).

54. Se entiende por *empresa pública* (tal como se viene haciendo desde la Directiva de sectores excluidos de 1990) "toda empresa sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una *influencia dominante* por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen"; bien porque: a) se está en posesión de la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) se dispone de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o c) se puede designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión de la empresa (idéntico concepto viene recogido en la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas).

55. En sentido contrario, carecerán de la condición de *entidad adjudicadora* y, por consiguiente, no se sujetarán a la presente Directiva cuando tales derechos hayan sido otorgados mediante un procedimiento con publicidad y de acuerdo con criterios objetivos. Tienen esta consideración: a) los procedimientos de licitación con convocatoria previa, de conformidad con la Directivas sobre contratación pública; y b) los procedimientos con arreglo a otros actos jurídicos de la Unión, recogidos en el anexo III de la Directiva de concesiones, que garanticen una transparencia previa adecuada para la concesión de autorizaciones sobre la base de criterios objetivos (art. 7.2). Las razones de esta ampliación de la disciplina de contratación pública vienen explicadas en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación* de 2011 (pp. 11 a 13).

hemos anticipado son las relativas a los *sectores especiales* (con la excepción del sector del agua, que por presiones de los Estados ha quedado fuera de la Directiva). Con el fin de garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de la normativa, el legislador comunitario establece un régimen específico, que es igual para todas las concesiones adjudicadas en estos sectores, con independencia de la naturaleza jurídica (pública o privada) de la entidad adjudicadora[56]. Se trata, como señala el considerando 24 de la Directiva de concesiones, de "velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las *entidades adjudicadoras del sector público y privado*".

Al margen de esta clasificación, cabe indicar que las *autoridades* y los *organismos públicos* están sometidas a idénticas reglas, con independencia de que actúen en su condición de poder adjudicador o de entidad adjudicadora. No obstante, esta afirmación tiene algunas excepciones. Es por ello que, el supuesto de que ambas circunstancias concurran en un mismo contrato, se establece una *vis atractiva* de la normativa aplicable a los *poderes adjudicadores* (en virtud del art. 22.3 de la Directiva). A tal efecto establece que, en el caso de que la concesión comprenda una actividad del Anexo II y otra diferente, siendo objetivamente imposible determinar cuál de ella es la principal, el contrato "se adjudicará de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva aplicables a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores". Los efectos de esta distinción se limitan a la aplicación a favor de las entidades adjudicadoras de algunas exclusiones específicas (arts. 13 a 16) y de un régimen más flexible tanto en la aplicación de las *causas de exclusión* del procedimiento de contratación (art. 38.4), como en la *modificación* de los contratos (art. 43.1, c).

B. Los operadores económicos: en particular, las prohibiciones de contratar.

Los *operadores económicos* tienen reservado un papel protagonista en la Directiva sobre concesiones, cuyo objetivo prioritario consiste en garantizar el acceso efectivo y no discriminatorio al mercado concesional comunitario.

56. Las nuevas Directivas no incorporan ya la relación de *entidades adjudicadoras* que se recoge en los Anexos de la Directiva 2004/17/CE. En cualquier caso, estamos hablando, por ejemplo, a nivel estatal, de Red Eléctrica de España, S.A. (energía), Enagás, S.A. (gas y petróleo), Renfe (transportes por ferrocarril), Ente Público Puerto del Estado y las diferentes Autoridades Portuarios (puertos), Aena, S.A. (aeropuertos) o Correos y Telégrafos, S.A. (servicios postales).

Bajo el concepto de *operador económico* se engloba a toda persona física o jurídica, pública o privada, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras (concesión de obras) o la prestación y la gestión de servicios (concesión de servicios)[57]. Con esta fórmula, el legislador comunitario opta por una interpretación favorable a la participación más amplia posible de licitadores en el procedimiento de adjudicación de concesiones, en beneficio tanto de los operadores económicos, como de las propias entidades adjudicadoras, tal como había tenido ocasión de defender el Tribunal de Justicia. Es así que el concepto de operador económico ni se limita exclusivamente a las entidades que estén dotadas de una organización empresarial (por lo que también se pueden incluir las universidades públicas o privadas y las asociaciones sin ánimo de lucro), ni permite introducir requisitos particulares que puedan limitar el acceso a las licitaciones en función de la forma jurídica y la organización interna de los mismos[58]. A este respecto, destacan dos tipos de medidas que tienen como finalidad abrir los contratos de concesión a la mayor competencia posible.

De una parte, se apuesta por potenciar el acceso de las *pequeñas y medianas empresas* (PYME) al mercado concesional[59]. Ello pasa, en primer lugar, por garantizar el carácter no discriminatorio, proporcional y equitativo de los criterios de selección y de evaluación cualitativa de los can-

57. A su vez, la Directiva distingue entre candidato, licitador o concesionario, según el momento procedimental en el que se encuentre dicho operador económico (arts. 5 y 26).

58. Como reconoce el TJ, la circunstancia de que la adjudicataria sea una *entidad sin ánimo de lucro* (pública o privada) carece de pertinencia a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria en materia contratación pública. En este sentido, la STJ de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa* (C-305, 08) habla de un "*espíritu de apertura* de los contratos públicos a la competencia más amplia posible"; en cuya virtud "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 la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional, o si está o no subvencionada con fondos públicos" (apartado 42). En la misma línea se pronuncian las SSTJ de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingegnerie della Provincia di Lecce y otros* (C-159, 11), apartado 26; de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock* (C-386, 11), apartado 29; de 19 de junio de 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE* (C-574, 12), apartado 33; y de 18 de diciembre de 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitario di Careggi-Firenze* (C-568, 13) apartados 34-38. de 19 de junio de 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE* (C-574, 12), apartado 33.

59. La Comisión deberá evaluar las repercusiones económicas en el mercado interior de la participación de las PYME e informar al Parlamento y al Consejo a más tardar el 18 de abril de 2019.

didatos, a cuyos efectos es necesario que las condiciones de participación tengan relación y sean proporcionales con la capacidad del concesionario de ejecutar la concesión (art. 38.1). Y, en segundo lugar, por permitir que los candidatos puedan recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de sus vínculos, con tal de que puedan demostrar que, durante todo el periodo de la concesión, tendrán efectivamente a su disposición los medios necesarios para ejecutar el contrato; lo que podrá efectuar mediante la presentación del compromiso de esas otras entidades (art. 38.2)[60].

Y, de otra parte, en concordancia con esto último, se establece también cierta flexibilidad en relación con las *agrupaciones temporales* de operadores económicos (arts. 26 y 38.3). En este sentido, la Directiva reconoce un principio general de libertad de formas jurídicas para poder concurrir a la licitación. Ello no obsta a que, de adjudicarse la concesión a un grupo de operadores económicos, los poderes o entidades adjudicadoras puedan exigir la adopción de una forma jurídica determinada, en la medida que sea necesaria para la correcta ejecución del contrato (por ejemplo, cuando se exija una responsabilidad solidaria).

Esta apuesta decidida por la apertura a la competencia, se complementa a su vez con una detallada regulación de las *causas de exclusión* del procedimiento de contratación (o de prohibición para contratar), como ya sucedía en la Directiva de contratos de 2004 y se repite en la de 2014 (con la que presenta escasas diferencias); exclusión que se puede acordar en cualquier momento del procedimiento[61].

Lo primero que procede indicar es que la Directiva de concesiones mantiene la distinción entre causas *preceptivas* y causas *facultativas* de exclusión, si bien lo hace con una redacción confusa y errónea. Es así que (a

60. El art. 38.2, in fine, precisa que, por lo que se refiere a la solvencia financiera, el poder o entidad adjudicadora podrá exigir la *responsabilidad conjunta* de ambas partes para la ejecución del contrato.

61. Aunque en relación con la Directiva 93/37/CEE, el TJ señala que debe interpretarse que el Derecho de la Unión Europea enumera de manera *exhaustiva* las causas que, sobre la base de consideraciones objetivas relacionadas con la aptitud profesional, puede justificar la exclusión de un contratista de la participación de un contrato público (lo que impide a los Estados miembros adicionar otras causas de exclusión relacionadas con la aptitud profesional). No obstante, ello no excluye la posibilidad de adoptar otras medidas de exclusión que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, siempre que tales medidas no excedan de lo necesario para alcanzar este objetivo (*vid.* STJ de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213, 07, apartados 43-39).

pesar de que su tenor literal parece indicar lo contrario) tanto los motivos previstos en el apartado 4 como en el apartado 5 del artículo 38 determinan la exclusión obligatoria del operador económico del procedimiento de adjudicación de la concesión: el apartado 4 se refiere a la condena por sentencia firme por participación en organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo o trabajo infantil u otras formas de trata de seres humanos[62]; mientras que el apartado 5 alude al incumplimiento de las obligaciones inherentes al pago de impuesto o de las cotizaciones a la seguridad social acordado por resolución judicial o administrativa firme, con autoridad de cosa juzgada (en el caso de que sea otro el medio de acreditación, estaremos ante una causa de exclusión facultativa)[63]. La diferencia principal entre ambos apartados es que en este último se puede eludir la exclusión mediante el pago o un acuerdo de pago; mientras que los motivos del artículo 38.4 constituyen a su vez causas de resolución de la concesión (art. 44).

La segunda cuestión relevante es la incorporación de nuevas prohibiciones para contratar –de carácter facultativo– vinculadas con la preocupación del legislador comunitario por combatir tanto el fraude, la corrupción y los conflictos de interés (art. 38.7, apartados c, d, y h) como el falseamiento de la competencia (apartado e) ; así como relativas al incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, laboral y social (apartado

62. La versión española incurre en un notorio error, al definir como facultativos ("podrá excluir", indica el texto) los motivos recogidos en el artículo 38.4 (el mismo error se repite en el art. 38.8, párrafo primero). En realidad, sólo tienen esta condición en el supuesto específico previsto en el último párrafo de este apartado, que se refiere exclusivamente a las contrataciones llevadas a cabo por "las entidades adjudicadoras distintas a aquellas a las que se refiere el artículo 7.1, a)" (esto es, que tengan naturaleza empresarial); pero no en el supuesto común de procedimientos tramitados por poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras que tengan naturaleza pública. Dicho carácter preceptivo no solo se desprende de la propia Directiva de concesiones (que en los apartados 4 y 5 habla de exclusión obligatoria), sino que viene corroborado por la versión inglesa, que utiliza la expresión *shall exclude* (por lo demás, así constaba en la Directiva de contratos de 2004 y vuelve a reiterarse en la de 2014).

63. En relación con la posibilidad de fijar –en la normativa nacional– un umbral preciso de exclusión en concepto de cotizaciones a la seguridad social, sostiene la STJ 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile (*C-358, 12) que las Directivas no persiguen una aplicación uniforme de las causas de exclusión; pudiendo los Estados miembros completar estas causas con un grado de rigor que puede variar según los casos, en función de consideraciones de orden jurídico, económico y social prevalentes a escala nacional (apartados 36-38).

a)[64] y al incumplimiento de los requisitos de fondo de un contrato anterior (apartado f).

Una tercera observación tiene que ver con una posición –no confesada abiertamente– favorable a la admisión de los operadores económicos, que se manifiesta en tres circunstancias concretas:

a) La facultad de excepcionar las causas de exclusión obligatoria de los apartados 4 y 5 del artículo 38 por *razón imperiosa de interés general* (como la salud pública o la protección del medio ambiente).

b) La posibilidad de levantar la prohibición para contratar prevista en el mismo apartado 5 mediante el *pago* o el establecimiento de un *acuerdo vinculante* con vista al pago de los impuestos o de las cotizaciones de la seguridad social adeudadas (incluyendo los intereses y las sanciones impuestas); e, incluso, de establecer una excepción cuando resulte "claramente *desproporcionada*" o ante la *imposibilidad material* de adoptar dichas medidas con anterioridad a la expiración del plazo de presentación de la solicitud (apartado 6).

c) La imposibilidad de excluir a un operador económico por las causas previstas en los apartados 4 y 7 cuando adopte medidas suficientes que demuestren su *fiabilidad* (salvo que la exclusión hubiera sido acordada mediante sentencia firme)[65]; y el establecimiento, en caso contrario, de un plazo máximo de exclusión, que no podrá exceder de cinco años (en el caso del apartado 4) y de tres años (en el del apartado 5).

64. El art. 38.7, a) se remite al art. 30.3 de la propia Directiva, que se refiere a la ejecución del contrato de concesión, lo que el incumplimiento a tener en cuenta es aquel que haya tenido lugar durante la ejecución de una concesión anterior (el considerando 55 habla de velar por el cumplimiento de las obligaciones en los ámbitos de la legislación ambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realizan las obras o se presten los servicios).

65. Con ello se da entrada a los denominados *Compliance programs* en la contratación pública, en tanto que instrumento preventivo de lucha contra la corrupción, con la finalidad de evitar la exclusión del licitador del procedimiento de adjudicación. Entre otras medidas, deberá demostrarse la compensación (o el mero compromiso) del daño causado, la colaboración con las autoridades investigadoras y la adopción de medidas técnicas, organizativas y personales apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas (*vid.* considerando 71).

III. ¿ESTÁN TODAS LAS CONCESIONES SUJETAS A LA DIRECTIVA? EL GENEROSO RÉGIMEN DE EXCLUSIONES

1. EXCLUSIONES APLICABLES A LAS CONCESIONES ADJUDICADAS POR PODERES Y ENTIDADES ADJUDICADORAS

La Directiva 2014/23/UE se aplica a todas las concesiones de obras y de servicios que alcancen el umbral comunitario, establecido en 5.186.000 euros. Sin embargo, no todas las concesiones que superen esta cuantía tienen que adjudicarse con arreglo a sus disposiciones. Ello se debe a que existe un número considerable de concesiones que quedan fuera de su ámbito de aplicación. Por este motivo, tan importante como la delimitación conceptual es conocer el complejo *régimen de exclusiones* que introduce el legislador comunitario (Sección II del Capítulo I, arts. 10 a 17). No obstante, reproducir –con toda la gama de matices– el amplio listado de exclusiones puede resultar una tarea tan tediosa como innecesaria. En su lugar, nos limitaremos a dar cuenta de aquellos supuestos que pueden tener una mayor relevancia, por su trascendencia o novedad. Y es que una parte importante de las causas de exclusión vienen recogidas ya en las Directivas de 2004; otras, por el contrario, responden a la necesidad de positivar la jurisprudencia del TJ o bien son fruto de las presiones ejercidas por los Estados miembros.

El primer bloque de exclusiones se refiere a concesiones adjudicadas tanto por *poderes adjudicadores* como por *entidades adjudicadoras*. Dentro de este numeroso grupo, se puede, a su vez, diferenciar entre exclusiones generales y exclusiones específicas:

a) Las *exclusiones generales* (art. 10) tienen que ver con:

– La existencia de *derechos exclusivos* (lo que obedece a la imposibilidad de seguir un procedimiento de adjudicación competitivo en estos casos)[66].

66. Estas concesiones quedan al margen de la competencia en la medida que ningún otro operador económico estará en condiciones de prestarlo. El tema se planteó en la STJ de 18 de diciembre de 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* (C-220, 06), en relación con la decisión del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes de adjudicar los servicios postales –mediante un convenio de colaboración– a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.; afirmando el TJ que la no aplicación de la normativa de contratación no alcanza a los servicios postales no reservados (apartados 66-69). En este sentido, se excluyen de la Directiva las *concesiones de servicios* adjudicadas: a) a un *poder adjudicador* o a una *entidad adjudicadora* que no sea empresa pública o entidad privada (o a una asociación de tales poderes o entidades); b) a un *operador económico,* siempre que dicho derecho exclusivo se haya otorgado de acuerdo con el TFUE y con la legislación comunitaria sobre normas comunes de acceso al mercado en las

Se pueden incluir aquí también las concesiones relativas a la explotación de *loterías* que los Estados miembros otorgue a un operador económico en virtud de un derecho exclusivo (apartado 9)[67].

– Los servicios de *transporte aéreo* y de *transporte de viajeros* por ferrocarril y carretera (en cambio, no se excluye el transporte de mercancía por ferrocarril o por carretera).

– La aplicación de procedimientos específicos de *organizaciones internacionales* o que vengan establecidos en virtud de acuerdos internacionales.

– Los ámbitos de la *defensa* y de la *seguridad* contemplados en la Directiva 2009/81/CE (por razón de seguridad, programas de cooperación, adjudicarse entre gobiernos o adjudicarse fuera de la UE, etc.).

– La *naturaleza de los servicios* prestados, como es el caso de: la prestación de determinados servicios de comunicación audiovisual o radiofónica (como la producción y coproducción de material audiovisual y otros servicios preparatorios, como guiones o actuaciones artísticas); los servicios de arbitraje y de conciliación; los servicios jurídicos (tales como representación y asesoramiento, certificación y autentificación notarial, entre otros) o financieros (relativos a la transmisión de título); los servicios de defensa civil, protección civil y protección de riesgos prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro (excepción hecha del transporte de pacientes en ambulancia, que quedan sujetos al régimen simplificado establecido

---

actividades de los *sectores especiales* del Anexo II. En este último caso, a menos que la legislación sectorial establezca una regulación específica, existe la obligación de publicar un *anuncio de adjudicación* en los términos previstos en la Directiva (art. 32), con el fin de garantizar unas condiciones básicas de transparencia; así como el deber de informar a la Comisión de la concesión de tales derechos exclusivos.

67. El TJ aplica los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia a las modalidades de concesión que otorguen *derechos exclusivos* a favor de un único operador, con independencia de su calificación jurídica como *contrato* o como *autorización*. Lo hace en relación con la adjudicación o renovación –sin publicidad previa– de diferentes concesiones para la explotación de juegos de azar: SSTJ de 13 de septiembre de 2007, *Comisión/Italia, Ennaloto* (C-260, 04); 3 de junio de 2010, *Sporting Exchange Ltd (*C-203, 08); 9 de septiembre de 2010, *Engelmann* (C-64-08); 16 de febrero de 2012, *Costa y Cifone* (C-72, 10 y C-77, 10); y 24 de enero de 2013, *Stanleybet International Ltd y otros* (C-186, 11 y C-209, 11). En la doctrina, *vid.* Caranta, R., "Il principio di diritto comunitario della trasparenza/concorrenza e l'affidamento o rinnovo di concessioni di servizi pubblici (ancora in margine al caso Enalotto)", en *Giurisprudenza italiana*, 2008, pp. 474-478; y Hernández González, F. L., "Monopolio en competencia. A propósito de la regulación de las loterías y apuestas en Europa", en *Derecho Administrativo y regulación económica*, Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1659-1686.

para servicios sociales)[68]; y los servicios adjudicados por los partidos políticos en el contexto de una campaña electoral (en este caso, en realidad, no estamos en presencia de un poder o de una entidad adjudicadora).

– Las concesiones que otorguen las entidades adjudicadoras para el ejercicio de sus actividades en un *tercer país*, en condiciones que no supongan la explotación física de una red o de una zona geográfica dentro de la Unión.

– b) Las *exclusiones específicas*, por su parte, están circunscritas a dos ámbitos o sectores materiales concretos:

– Exclusiones en el ámbito de las *comunicaciones electrónicas* (art. 11), que afectan a las concesiones que tengan por objeto principal permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones; o el suministro al público de uno o más servicios de comunicaciones electrónicas.

– Exclusiones en el *sector del agua* (art. 12), que afecta: i) a las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o a suministrar agua potable a dichas redes; y ii) en la medida en que los servicios estén vinculados a una de las actividades mencionadas, a las concesiones de servicios para la evacuación o tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, con la condición de que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20% del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o instalaciones (considerando 40 y art. 12).

La exclusión de este sector específico (que tiene una gran trascendencia a nivel nacional) obedece a las reticencias de algunos Estados miembros, que –de este modo– pretenden garantizar su defensa frente a una potencial externalización o privatización de estos servicios[69]. En contra-

68. No obstante, la importante STJ de 11 de diciembre de 2014, *Azienda sanitaria locale* (C-113, 13), valida la adjudicación a organizaciones de voluntariado de los servicios de transporte sanitario de urgencia, de forma directa y sin ningún tipo de publicidad, en la medida que contribuya de forma efectiva a una finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria.

69. Polémica que, en opinión Philippe Juvin (ponente de la Directiva), obedece a "un desconocimiento, real o simulado, de la Directiva" (entrevista publicada en *Europolitics*, con el título "Contrat de concesión: un acharnement sur la question de l'eau", 2013-2014, pp. 62-63). Detrás de esta exclusión podemos encontrar la iniciativa ciudadana europea sobre *"El Derecho humano al agua"*, que postula

partida, se establece la obligación de la Comisión de evaluar los efectos económicos sobre el mercado único de la exclusión del agua, debiendo entregar un informe al Parlamento y al Consejo antes del 18 de abril de 2019 (art. 53).

A nuestro juicio, también se podría incluir dentro de este grupo, el supuesto previsto en el artículo 16 de la Directiva, que hace referencia a la exclusión de las concesiones adjudicadas por *entidades adjudicadoras* al objeto de realizar algunas de las *actividades del Anexo II* (gas, electricidad, instalaciones portuarias y aeroportuarias, servicios postales y extracción de petróleo, gas o combustibles sólidos), siempre que se encuentre sometida directamente a la *competencia*, en mercados sin limitaciones de acceso (conforme a lo previsto en los arts. 34 y 35 de la Directiva 2014/25/UE, sobre sectores especiales).

2. EXCLUSIONES APLICABLES A LAS CONCESIONES ADJUDICADAS A EMPRESAS VINCULADAS

Siguiendo el criterio que ya venía rigiendo para los sectores especiales, la Directiva 2014/23/UE recoge determinadas exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por las entidades adjudicadoras a *empresas asociadas* (art. 13) o a *empresas conjuntas* (art. 14). En ambos supuestos, se trata de concesiones otorgadas en el seno de una agrupación económica constituida, principalmente, para atender las necesidades de la propia entidad adjudicadora y no para operar en el mercado[70]. En concreto, quedan fuera de su ámbito de aplicación:

a) Las concesiones de obras o de servicios que las entidades adjudicadoras o las empresas conjuntas constituidas exclusivamente por éstas con el fin de desarrollar actividades contemplada en el Anexo II otorguen a una *empresa asociada*; entendiendo como tal la que presente *cuentas consolidadas* con las entidades adjudicadoras (según lo dispuesto en la Directiva 2013/34/UE) o, en su defecto, exista una *influencia dominante* –directa o

---

el reconocimiento del suministro de agua y el saneamiento como servicios públicos esenciales y su exclusión de las normas del mercado interior y de la política de liberalizaciones (dicha iniciativa consiguió recabar más de un 1,8 millones de firmas, siendo la mayor parte en Alemania). Sobre el concepto de "servicios relacionados con el agua" es de interés la STJ de 11 de septiembre de 2014, *Comisión/Alemania* (C-525, 12).

70. A los efectos de verificar la existencia de esta relación, la Directiva establece un deber de comunicación a la Comisión por parte de las entidades adjudicadoras de la creación de dichas empresas y de las concesiones que se adjudiquen (art. 15).

indirecta– entre ellas o se encuentren sometidas a la influencia dominante de otra empresa (en los términos previstos en la propia Directiva).

No obstante, con el fin de evitar distorsiones de la competencia que puedan ir en beneficio de dichas empresas, se exige que el 80% de la actividad del promedio del volumen de negocios total que la empresa asociada haya realizado en los *tres últimos años* provenga no sólo de la realización de obras o de la prestación de servicios a la propia entidad adjudicadora, sino también de otras empresas con las que esté asociada; lo que busca reducir las posibilidades de abusar de este motivo de exclusión.

b) Las concesiones otorgadas por una entidad adjudicadora a una *empresa conjunta* o viceversa, siempre que las entidades adjudicadoras que la constituyen formen parte de la misma al menos durante un periodo de *tres años*.

Ello permitirá a las entidades adjudicadoras realizar encargos directos a sus empresas vinculadas sin tener que sujetarse a las normas previstas en la Directiva de concesiones, en evidente detrimento de la concurrencia.

3. CONCESIONES ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

El supuesto más novedoso y, también, más relevante es el que tiene que ver con la exclusión de determinados contratos celebrados entre entidades del sector público, entre los que se cabe incluir tanto los supuestos de contratación doméstica (*in house providing*) como de "cooperación horizontal"; a los que las nuevas Directivas le dedican una especial atención. Ello se debe a que estamos ante uno de los temas que ha suscitado mayor conflictividad, lo que ha originado un reiterado posicionamiento del Tribunal de Justicia, cuya doctrina acoge en su esencia el legislador comunitario, introduciendo algunos cambios significativos destinados, principalmente, a reducir el margen de discrecionalidad derivado de algunos criterios jurisprudenciales poco precisos[71].

71. Sobre la regulación comunitaria de la contratación *in house* o con medio propio instrumental existe también una importante bibliografía. Además de las colaboraciones en los comentarios a la legislación de contratos, cabe mencionar: Sosa Wagner, F. y Fuertes López, M., "¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)", en *La Ley*, nº 3, 2007, pp. 1669-1680; Galetta, D. U., "Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale", en *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº 1, 2007, pp. 17-50; Pernas García, J., *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008; 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 a la STJCE de 19 de abril de 2007 (AS. C-295,

Por lo que se refiere al ámbito que nos ocupa, la Directiva de concesiones parte de una premisa inicial: el hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de la normativa sobre contratación pública. No obstante, la adjudicación de contratos onerosos entre entidades del sector público se mueve entre dos polos extremos: de una parte, en coherencia con el *principio de libertad de elección* de los modos de gestión (art. 1.1), no cabe interferir la facultad de los poderes públicos para prestar los servicios con *medios propios* (administrativos, técnicos o de cualquier otro tipo) o mediante cooperación con otras autoridades públicas[72]; y, de otra parte, debe evitarse que la exclusión de este tipo de operaciones de la normativa de contratación pueda falsear la *competencia*, colocando al prestador de servicios en situación de ventaja respecto de sus competidores (considerando 45).

Atendiendo a este doble condicionante, el artículo 17 de la Directiva de concesiones excluye de su ámbito de aplicación dos tipos de concesiones entre entidades del sector público: a) las que se adjudiquen a *personas jurídicas controladas* o viceversa (apartados 1, 2 y 3); y b) aquellas otras por las que se establezcan una *cooperación entre diferentes poderes o entidades adjudicadoras* para la realización de una misión de servicio público común (apartado 4). Ambos supuestos marcan el límite exterior del mercado interior europeo, compartiendo un común denominador: que la actividad principal de la en-

---

05. ASEMFOVS. TRAGSA)", en *REDA*, nº 137, 2008, pp. 115-138; Cavallo, R. y Casalini, D., "Control over in-house providing organisations", en *PPLR* nº 5, 2009, pp. 227-240; Comba, M. y Treumer, S. (eds.), *The In-House Providing in European Law*, Djof Publishers, Copenhagen, 2010; Noguera De La Muela, B., "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", en *RAP* nº 182, 2010, pp. 159-190; Pascual García, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid, 2010; Gimeno Feliú, J. Mª., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 137-151; y del mismo autor *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, 2010, pp. 101-125; Ferraro, V., "Partenariati pubblico-privati ed in house providing", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº 6, 2010, pp. 1501-1546. En relación con la nuevas Directivas, Wiggen, J., "Directive 2014, 24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector", en *PPLR* nº 3, 2014, pp. 83-93; Arrowsmith, S., *The law of public and utilities procurement*, ob. cit., pp. 497-544; y Gimeno Feliú, J. Mª., *El nuevo paquete legislativo comunitario…*, ob. cit., pp. 66-83.

72. Tal como precisa el artículo 2.1 de la Directiva, las autoridades públicas pueden optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios, en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos. A efectos de la aplicación de la normativa comunitaria, las consecuencias son bien diferentes.

tidad concesionaria no esté dirigida a producir bienes o prestar servicios en el mercado libre y, por lo tanto, no pueda competir con otras empresas.

A. Las contrataciones domésticas (cooperación vertical)

La primera causa de exclusión se refiere a las *concesiones* adjudicadas por una autoridad pública a otra entidad con personalidad jurídica propia que se sitúe bajo su control (ente instrumental personificado). Para ello es necesario que el órgano contratante ejerza sobre el concesionario un *control análogo* al que ejerce sobre sus propios servicios (de ahí la denominación de contratación *in house*). Se entiende como tal la capacidad de influir de forma decisiva tanto en los objetivos estratégicos como en las decisiones fundamentales de la persona jurídica controlada[73]. Tiene que ser un control efectivo y no meramente formal, que se podrá ejercer tanto de forma *individual* (directa o indirecta) como *conjuntamente* con otros poderes o entidades adjudicadoras.

En el primer caso –*control individual*–, la Directiva precisa que dicho control podrá ser ejercido de *forma indirecta*, a través de un controlador interpuesto; esto es, "por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador o entidad adjudicadora" (art. 17.1, in fine)[74]. Por su parte, para que pueda apreciarse la existencia de un *control conjunto* deben darse todas y cada una de las siguientes condiciones: a) que todos los poderes o entidades adjudicadores participantes estén

73. Señala la STJ de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324, 07), y se reitera en otras posteriores, que a estos efectos cabe tener en cuenta la posesión del capital de la entidad concesionaria, la composición de los órganos de gobierno y el alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector (apartado 29).

74. El problema del *control indirecto* se planteó en la STJ de 11 de mayo de 2006, *Cabotermo SpA* (C-340, 04), afirmando el Tribunal que la intervención de un intermediario "puede debilitar el eventual control ejercido por el poder adjudicador sobre una sociedad anónima por el mero hecho de participar en su capital (apartado 39). Ahora, la Directiva excepciona las relaciones verticales de segundo nivel (lo que se conoce, expresivamente, como relación abuela-nieta). Más problemática resulta la aplicación de la excepción *in house* a las denominadas operaciones "internas horizontales", en las que la entidad adjudicadora ejerce un control análogo sobre dos operadores económicos distintos, uno de los cuales adjudica un contrato al otro (cooperación en diagonal). Un ejemplo podría ser el supuesto que se enjuicia en la STJ de 8 de mayo de 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg* (C-15, 13), con motivo de la formalización de un contrato de suministro de sistemas informáticos entre la Universidad de Hamburgo y la empresa pública HIS, cuyo capital social estaba integrado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por todos los Länder alemanes, correspondiendo el 4,16% a la Ciudad de Hamburgo. No obstante, el TJ estimó que no se cumplía el requisito del "control análogo" entre las entidades intervinientes (apartados 31 a 33); lo que evitó un pronunciamiento sobre la aplicación de esta causa de exclusión a las contrataciones domésticas "horizontales".

representados en los órganos decisorios de la persona jurídica controlada; b) que éstos puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada; y c) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes o entidades adjudicadores que la controlan (art. 17.3)[75].

Junto al requisito del "vínculo interno", para estar en presencia de un *medio propio* es necesario, además, que se cumplan –de forma acumulativa– otras dos condiciones:

1º.– Que la entidad controlada mantenga un "vinculo de actividad" o "de destino", que se cumple cuando dedique más del *80% de sus actividades* a la ejecución de funciones que le hayan sido asignadas por el poder o entidad adjudicadora que la controla (o por otras personas jurídicas controladas por éstos), independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato (el propio poder o entidad adjudicadora o los usuarios de los servicios) o el territorio donde se realiza la prestación[76].

Frente al criterio defendido por la Comisión de Asuntos Jurídicos, la Directiva flexibiliza el requisito de actividad previsto en la propuesta de la Comisión (art. 15), de acuerdo con el texto de las enmiendas 125 y 130 presentadas por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor.

---

75. El *control conjunto* había sido aceptado en las SSTJ de 19 de abril de 2007, *Asemfo* (C-295, 05), apartado 62; 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324, 07), apartados 46-50; 10 de septiembre de 2009, *Sea* (C-573, 07); y –en particular– 29 de noviembre de 2012, *Econord* (C-182 y 183, 11), apartados 28-33. Inicialmente, la propuesta de Directiva establecía un cuarto punto, que se suprimió (flexibilizando la aplicación de la excepción); nos referimos a la prohibición de obtener otro beneficio que no fuera el reembolso del coste real de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores. Previamente, este criterio había sido utilizado en la STJ de 9 de junio de 2009, *Comisión/Alemania* (C-480, 06) para excluir la licitación en un supuesto de "cooperación horizontal" (apartado 43). Sin embargo, en la STJ de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingenieri della Provincia di Lecce y otros* (C-159, 11) se descartó que fuera, por sí mismo, un elemento determinante de la existencia de un control análogo en situaciones de relación vertical (apartado 29).

76. La necesidad de que la entidad controlada realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan viene reconocido ya en la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (C-107, 98), apartado 50. Sin embargo, el TJ no llega a concretar ningún límite porcentual; en su lugar, considera que concurre este requisito "cuando la actividad de dicha empresa está destinada *principalmente* a dicho ente territorial (que la controla), de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal". En cambio, sí precisa que, en la hipótesis de una entidad controlada por varios entes territoriales, la actividad a tomar en consideración es la que realice con el conjunto de entes territoriales. *Vid.*, por todas, STJ de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo* (C-340, 04), apartado 63.

Es así que, en su versión definitiva se produce una rebaja de 10 puntos porcentuales, sin otra aparente justificación que la equiparación con el porcentaje aplicado a las entidades adjudicadoras en el supuesto de *empresas asociadas* (art. 13)[77]. La constatación de este porcentaje abre un nuevo frente de conflicto que la Directiva pretende atajar precisando que, a efectos de su cálculo, se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total o una medida basada en una actividad alternativa adecuada, tales como los costes soportados en relación con servicios, suministros y obras en los tres años anteriores a la adjudicación de la concesión. Cuando no sea posible disponer de esta información, será suficiente mostrar que el cálculo de la actividad es verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades (art. 17.5).

2º.– Que no exista *participación privada directa* en el capital de la persona jurídica controlada (lo que lleva a excluir a las empresas de economía mixta)[78]. Es así en la medida que el Tribunal de Justicia ha entendido que: i) la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa la entidad adjudicadora excluye que pueda ejercer un control análogo a que ejerce sobre sus propios servicios; y ii) cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados, alejándose de los objetivos de interés público; por lo tanto, la adjudicación de la concesión sin un procedimiento competitivo otorgaría al operador económico privado con presencia en el capital de la persona jurídica controlada una ventaja indebida respecto a sus competidores[79].

77. Se da la circunstancia de que el 20% es también el volumen de facturación externo previsto en la STJ de 19 de junio de 2014, *Centro Hospitalario de Setúbal* (C-574, 12). Este criterio beneficia a las grandes empresas públicas locales, como es el caso de la *Stadtwerke München*, empresa pública de la ciudad de Munich que, con un volumen de negocios de unos 4 billones de euros, podrá destinar 800 millones de euros a realizar actividades económicas en régimen de competencia y de mercado en otros Estados.

78. Por el contrario, a los efectos de valorar la existencia de una operación *in house*, resulta irrelevante la participación de capital privado en los poderes o entidades adjudicadores (considerando 46). Quiere esto decir que una empresa mixta podría adjudicar un contrato a una filial sin aplicar la Directiva, siempre que cumpla los criterios previstos del artículo 17.1.

79. Por todas, SSTJ de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau* (C-26, 03), apartado 48; y de 10 de noviembre de 2005, *Comisión/Austria* (C-29, 04). En esta última Sentencia, el TJ señala que el cumplimiento de este requisito no debe ceñirse estrictamente al momento en que adjudique el contrato público, sino que procede valorar también los acontecimientos ocurridos con posterioridad, con el fin de no menoscabar el efecto útil de las Directivas (en el supuesto analizado, poco tiempo después de adjudicarse un contrato municipal de recogida y tratamiento de residuos, la entidad adjudicadora cedió el 49% de las participaciones de la sociedad concesionaria a una empresa privada).

Esta vinculación entre propiedad pública y control de las decisiones facilita la tarea de verificar el cumplimiento de los requisitos en orden a evitar un uso abusivo de esta cláusula con el fin de falsear la competencia, aún a riesgo de resultar excesivamente rígida[80]. Es por ello que la Directiva matiza esta afirmación tan rotunda de la jurisprudencia, al excepcionar el supuesto de que la *participación de los operadores económicos privados* en el capital de la persona jurídica controlada sea *obligatoria* en virtud de una disposición nacional que sea conforme a los Tratados (el considerando 56 se refiere a organismos públicos de afiliación obligatoria, encargados de la prestación de ciertos servicios públicos); con la condición de que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no confiera una influencia decisiva en sus decisiones, en los términos ya expuestos[81].

Finalmente, cabe indicar que esta exclusión es bidireccional, lo que quiere decir que se hará extensiva también a las concesiones que una *entidad controlada* adjudique a su *poder o entidad adjudicadora de control* o a otra persona jurídica controlada por éstos, siempre y cuando el concesionario no cuente con participación directa de capital privado, con la excepción expuesta anteriormente (art. 17.2). En cualquier caso, la aplicación de esta causa de exclusión está lejos de ser pacífica, en la medida que no falta quien considera que,

80. A favor de admitir un porcentaje de participación privada se han manifestado Cavallo, R. y Casalini, D., "Control over In-house Providing Organisations", loc. cit., pp. 239-240; en contra de flexibilizar este criterio, Wiggen, J., "Directive 2014, 24/EU…", loc. cit., pp. 85-86. Hay que recordar que, frente al criterio de la Directiva de concesiones, el artículo 5.2 del Reglamento (CE) nº 1370, 2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los *servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera*, dispone que "la propiedad del 100% por parte de la autoridad pública competente, en particular en el caso de colaboraciones público-privadas, no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control en el sentido del presente apartado, siempre que exista un influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios".

81. El hecho de que ésta sea la única excepción admitida por el legislador comunitario, permite cuestionar la aplicación de la doctrina contenida en la STJ de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (C-196, 08), que estima conforme con el Derecho comunitario la adjudicación directa de la gestión en exclusiva de un servicio público a una sociedad de economía mixta de capital público mayoritario creada especialmente para prestar dicho servicio y con ese único objeto social, cuando el único socio privado "sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse", a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios del Derecho comunitario" (apartado 63).

de acuerdo con una lectura conjunta del apartado primero, sólo puede operar cuando la actividad de mercado del concesionario no exceda del 20%[82].

B. La cooperación horizontal (público-público)

La segunda causa de exclusión tiene que ver con la posibilidad que tienen las entidades públicas de *cooperar para la realización de una misión de servicio público común*, sin necesidad de adoptar una forma jurídica concreta (cooperación horizontal no institucionalizada). Es así que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva las concesiones adjudicadas exclusivamente entre *poderes o entidades adjudicadoras* para la prestación conjunta de servicios públicos. Son *contratos* a través de los cuales se formaliza una cooperación de carácter horizontal entre distintas autoridades u organismos públicos, en los que no procede aplicar el criterio del control análogo[83].

El Tribunal de Justicia ha elaborado una doctrina consolidada en torno a la *colaboración entre autoridades públicas*, precisando que la normativa sobre contratación pública no se aplicará cuando se cumplan los siguientes criterios acumulativos: primero, los contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas *sin la participación de una empresa privada*; segundo, la cooperación responda exclusivamente a la persecución de objetivos de *interés público* (que han de ser comunes a ambas entidades); y tercero, *no se favorezca a ningún prestador privado* respecto a sus competidores. Por el contrario, no se cumplirán estos requisitos cuando: una parte de la actividad prestada por la entidad adjudicataria al amparo del contrato no vaya dirigida a garantizar la prestación de una misión de servicio público común; o la entidad adjudicataria pueda recurrir a un tercero para ejecutar las tareas previstas en el contrato, pudiendo originar una situación ventajosa respecto a las demás empresas que operan en el mismo mercado[84].

---

82. En este sentido se pronuncia Wiggen, J., "Directive 2014, 24/EU…", *loc. cit*., p. 87. Este apartado hace referencia a las denominadas operaciones "inversas", que aún no han sido objeto de tratamiento por parte del TJ. Es por ello que el *Informe de la Comisión de Asuntos Jurídico* del Parlamento europeo propuso su supresión, por entender que "va más allá de la sentencia Teckal y restringe excesivamente la competencia (enmienda nº 31, p. 330).
83. Tampoco se verán afectadas por la Directiva, por ser una cuestión de organización interna, las transferencias de competencias entre poderes o entidades adjudicadoras para desempeñar funciones públicas que no prevean una retribución por la ejecución de un contrato (art. 1.4).
84. A título de ejemplo, cabe indicar que el TJ ha admitido esta exclusión en su Sentencia de 9 de junio de 2009, *Comisión/Alemania* (C-480, 06), con motivo del acuerdo celebrado entre diferentes entidades territoriales para la *gestión mancomunada* del tratamiento de residuos (apartados 44 y 47). En cambio, lo ha rechazado en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingenieri*

Ahora, la Directiva de concesiones da un paso más en la labor de concretar el concepto de "cooperación", introduciendo dos importantes novedades que tienen como cometido flexibilizar los criterios establecidos por el TJ:

De una parte, también en este caso se exige un vínculo de actividad, que se cumple cuando "las entidades o poderes adjudicadores participantes realicen en el *mercado abierto* menos del *20% de las actividades* de que se trate mediante la cooperación" (art. 17.4); o, lo que es lo mismo, que el 80% de su actividad esté directamente relacionada con la prestación de una misión de servicio público (porcentaje que se calculará de acuerdo con los criterios expuestos más atrás)[85].

Y, de otra parte, como contrapartida, se suprime la referencia a la inexistencia de *capital privado* en cualquiera de los poderes o entidades adjudicadoras (a la que alude tanto la jurisprudencia como la propuesta de la Comisión). Esto significa –como aclara el considerando 46– que, al menos como regla de principio, los organismos públicos que tengan participación privada (caso de los consorcios o de las fundaciones públicas) también podrán estar en condiciones de hacer uso de la excepción por cooperación horizontal.

Por lo demás, aclarando las dudas planteadas en algunos conflictos, el preámbulo de la Directiva señala que la aplicación de esta causa de exclusión no depende de la actividad realizada, sino del *compromiso* de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate. Por lo tanto: a) puede incluir todo tipo de actividades asignadas o asumidas por los poderes o entidades participantes, lo que puede comprender tanto

---

della Provincia di Lecce y otros (C-159, 11), a raíz de un contrato de consultoría celebrado entre una entidad pública (la Azienda Sanitaria Locale di Lecce) y una Universidad pública para el estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias provinciales, a cuyos efectos podía contratar a colaboradores externos altamente cualificados (apartados 35 a 38; véase un comentario en Caranta, R., "Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici", en *Urbanistica e appalti*, nº 4, 2013, pp. 391-397); y, también, en la Sentencia de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock* (C-386-11), relativa a un proyecto de contrato entre dos entes territoriales (el Municipio de Düren y el Distrito de Düren) a través del cual el primero transfiere al segundo la competencia de limpieza de edificios públicos mediante una compensación económica que se corresponde con los costes incurridos, pudiendo este último recurrir –para ejecutar dicha tarea– a terceros con capacidad para operar en el mercado (apartados 37 y 40).

85. Al igual que sucede en las operaciones verticales, se flexibiliza la propuesta de la Comisión, que inicialmente establecía un volumen de negocio en el mercado libre del 10%; frente a la posición de la Comisión de Asuntos Jurídicos que proponía suprimir toda actividad de mercado (enmiendas nº 34 y 35, p. 331).

tareas obligatorias como facultativas; y b) los servicios prestados no han de ser necesariamente servicios idénticos, sino que también pueden ser complementarios. En todo caso, como establece la jurisprudencia, esta cooperación debe estar guiada únicamente por consideraciones de *interés público*; lo que afecta de igual modo a todas las transferencias financieras entre los poderes o entidades adjudicadoras participantes (considerando 47)[86].

4. EXCLUSIÓN DE LAS RELACIONES ADMINISTRATIVAS DE NATURALEZA NO CONTRACTUAL

El artículo 17 de la Directiva no recoge todos los supuestos de cooperación entre entidades del sector público. Quedan al margen las relaciones administrativas que carecen de carácter contractual y que, por lo tanto, están también excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas.

Este último fue el caso de la empresa pública española *Tragsa*, que el Tribunal de Justicia calificó como "medio propio instrumental y servicio técnico" de varias Administraciones españolas, en la medida que, de una parte, está obligada a realizar, con carácter exclusivo, por sí misma o por medio de sus filiares, las actividades que le encomienden las Administraciones que ostentan su capital social, y, de otra, no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus actuaciones[87]. En ese momento, el capital social de la adjudicataria pertenecía en un 99% a la Administración del Estado (a través de la Dirección General del Patrimonio, la SEPI y de un fondo de garantía agraria) y en el 1% restante a cuatro Administraciones autonómicas; realizando más del 55% de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el Estado. La STJ de 19 de abril de 2007, *Asemfo* (C-295, 05) es clara cuando señala que "si 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" no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas, en cuanto a la existencia de un contrato (considerando 54)[88].

---

86. Al igual que sucede en la contratación doméstica, el texto definitivo de la Directiva elimina también la prohibición –prevista en el art. 16.4, d) de la propuesta– de incluir transferencias financieras distintas a las correspondientes al reembolso de los gastos reales de las obras, servicios o suministros.

87. SSTJ de 08 de mayo de 2003, *España/Comisión* (C-349, 97), apartado 205; y de 19 de abril de 2007, *Asemfo* (C-295, 05), apartado 65.

88. De acuerdo con esta jurisprudencia, la D.A. 25ª TRLCSP establece el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), y de sus filiales, en tanto que medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas. En su apartado segundo se

Este tipo de situaciones está previsto en el preámbulo de la Directiva de concesiones, cuando –en clara alusión a la Sentencia *Asemfo*– afirma que "existen algunos casos en los que una entidad jurídica actúa, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la legislación nacional, como un *instrumento o servicio técnico* para determinados poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras, y está obligada a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes o entidades adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución".

El legislador comunitario concluye que se trata de "una relación meramente administrativa y que carece de carácter contractual", que debe quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de concesión. Aunque la distinción con la cooperación horizontal puede resultar difícil, en este caso, nos encontramos ante un supuesto de *transferencia de competencias o de responsabilidades* para el ejercicio de funciones públicas, de los previstos en el artículo 1.4 de la Directiva, que es tratado como "un asunto de organización interna del Estado", que no se ve afectado por la aplicación de la legislación de contratos públicos. El criterio delimitador se sitúa en que la susodicha asistencia administrativa se ejerza como consecuencia de una obligación legal o del cumplimiento de un acto unilateral y no en virtud de un contrato.

IV. ¿IMPONE LA DIRECTIVA UN PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN? PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCEDIMENTALES

1. LA PUBLICIDAD COMO GARANTÍA DE CONCURRENCIA Y TRANSPARENCIA

A diferencia de lo que sucede con los contratos públicos clásicos, en materia de concesiones el legislador comunitario renuncia a regular tanto los procedimientos de contratación, como los criterios de selección del contratista y de adjudicación de los contratos[89]. Como vimos más atrás,

precisa que "las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de *encomiendas de gestión* de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado".

89. Quizá sea en este aspecto en el que se producen las diferencias más notables en relación con el proyecto de Directiva, que quedaría absolutamente descafeinado tras el debate parlamentario, en aras de conseguir una mayor flexibilidad. Por este motivo, se suprimen del texto final: a) todas las determinaciones sobre especificaciones técnicas –y, en consecuencia, los medios de prueba exigibles–, por ser "excesivamente detalladas y contrarias al principio de transferencia del

su objetivo es mucho más modesto, aunque no menos importante si nos movemos en el contexto europeo: establecer una regulación de mínimos, que garantice la aplicación uniforme en todos los Estados miembros de los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia. De acuerdo con dicho objetivo, el detalle y minuciosidad con que se describe el ámbito de aplicación da paso –al llegar al Título II– a unas reglas básicas sobre la adjudicación del contrato. En coherencia con esta postura, se proclama el *principio de libertad de organización del procedimiento* de elección del concesionario, sujeto al cumplimiento de los principios y de las garantías establecidas en la propia Directiva (art. 30.1)[90].

Como primera medida, la Directiva de concesiones establece determinadas normas dirigidas a garantizar la obligación de publicidad (arts. 31 a 33), el acceso electrónico a la documentación (arts. 29 y 34), la confidencialidad de la información (art. 28) y la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses (art. 35). No obstante, nos ocuparemos tan sólo de las normas relativas a la *publicidad de las concesiones*, por ser las que tienen un mayor desarrollo en la Directiva y presentan una mayor conflictividad en la práctica.

Como señala el TJ, la aplicación de los principios comunitarios impone a la autoridad concedente una obligación de transparencia que se traduce en una doble exigencia: a) en el deber de garantizar una *publicidad adecuada* que permita abrir el procedimiento de adjudicación a la competencia y controlar la imparcialidad de dicho procedimiento[91]; y b) en el deber de *informar a los interesados* de la adjudicación con cierta antelación a la celebración del contrato para que estos dispongan de la posibilidad real de interponer un recurso y solicitar medidas cautelares antes de la forma-

---

riesgo" (enmiendas nº 195, 196 y 218); b) las normas sobre negociación, "en aras de la flexibilidad" (enmiendas nº 199, 219 y 220); y c) la regulación de la oferta económicamente más ventajosa y de la evaluación de los costes del ciclo de vida, en tanto que "el concedente es libre de elegir los criterios de adjudicación que considere pertinentes, respetando las normas de la presente Directiva" (enmiendas nº 221 y 222).

90. "Las concesiones –nos vuelve a recordar el considerando 68– suelen ser acuerdos a largo plazo y complejos en los que el concesionario asume responsabilidades y riesgos que tradicionalmente recaen en los poderes y entidades adjudicadores y son normalmente de su competencia. Por tal motivo, y a reserva del cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva y de la observancia de los principios de transparencia e igualdad de trato, debe concederse a los poderes y entidades adjudicadores suficiente flexibilidad para definir y organizar el procedimiento que conduce a la selección del concesionario".

91. *Vid.* STJ de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Francia (C-225, 98), apartado 34.

lización, garantizando la tutela judicial efectiva[92]. De acuerdo con estos presupuestos, la Directiva de concesiones impone una doble obligación de publicidad, que deberá materializarse en las fases inicial y final del procedimiento de adjudicación[93]:

En primer lugar, los poderes o entidades adjudicadoras deben publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea –con arreglo a los formularios normalizados– un *anuncio de concesión*, que va dirigido a dar a conocer su voluntad de contratar con el fin de promover el desarrollo de una competencia efectiva (art. 31)[94]. El contenido mínimo de este anuncio viene determinado en el Anexo V de la Directiva y comprende la información relativa a: la identificación del poder o entidad adjudicadora; la descripción de la concesión, con referencia –en relación con cada lote– a la naturaleza de la prestación, valor estimado, duración, admisión de variantes, etc.; las condiciones de participación en el procedimiento –con indicación de si está reservada a determinados sectores sociales o a una determinada profesión–; las fechas de presentación de solicitudes o de recepción de ofertas y dirección a la que deben enviarse; los criterios de adjudicación y, en su caso, los requisitos mínimos que deben cumplirse; el procedimiento y plazos de adjudicación; y las condiciones particulares a las que está sometida la ejecución; entre otros datos[95].

El considerando 50 se limita a señalar que el anuncio de concesión precede a la adjudicación de las concesiones. No obstante, atendiendo a la información que debe recoger, consideramos que dicho anuncio puede ser utilizado como medio de *convocatoria de la licitación* (al igual que sucede

92. *Vid.* STJ de 11 de septiembre de 2014, *Ministero dell'Interno* (C-19, 13), apartado 60.
93. En el caso de las concesiones de *servicios sociales* y de aquellos otros servicios específicos del Anexo IV se establece un régimen diferenciado de publicidad, que viene recogido en los arts. 31.3 y 32, y que pasa por la publicación de un *anuncio de información previa*, con el contenido previsto en el Anexo VI.
94. "El principio de transparencia –sostiene el TJ– implica que todos los requisitos y modalidades del procedimiento de adjudicación se formulen de manera clara, precisa y unívoca, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, de forma 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 que rigen el contrato de que se trata (SSTJ de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496, 99, apartado 111; y de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Países Bajos*, C-368, 10, apartado 109).
95. El artículo 37.4 precisa que la modificación de alguno de estos datos requerirá la comunicación a todos los operadores económicos, lo que requerirá la publicación oficial de un nuevo anuncio de concesión.

con el *anuncio de licitación* en las otras dos Directivas)[96]. Así se desprende del artículo 39.3, cuando dispone que el plazo mínimo –de 30 días– para la recepción de las solicitudes de participación se computará "a partir de la fecha de envío del anuncio de concesión".

En segundo lugar, los poderes o entidades adjudicadoras están obligados a publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea un *anuncio de adjudicación*, con el resultado del procedimiento de contratación (art 32). Dicha publicación deberá producirse dentro de los 48 días siguientes a la adjudicación y contendrá la información enumerada en el Anexo VII, con indicación –entre otras cuestiones– del procedimiento utilizado, del número de ofertas recibidas, de los licitadores seleccionados, de las condiciones principales económicas de la concesión, así como del órgano responsable de los procedimientos de recurso. Además de una finalidad de transparencia, dicho anuncio cumple con la misión de facilitar el control del procedimiento de adjudicación por todos los candidatos y licitadores.

La Directiva adopta también una cautela con el fin de evitar que se pueda producir una situación de ventaja competitiva de los licitadores nacionales frente a los potenciales licitadores de otros Estados miembros. A tal efecto, prohíbe la publicación oficial a escala nacional de los anuncios de concesión y de adjudicación con anterioridad a su publicación europea, a menos que esta última no se lleve a cabo en el plazo de 48 horas posterior a la confirmación de su recepción –de forma electrónica– por parte de la Oficina de Publicación de la Unión Europea (art. 33.4).

Un último deber de información afecta a los poderes o entidades adjudicadoras que modifiquen una concesión por causas que no estuvieren previstas en la documentación inicial (cuyos matices veremos al analizar el régimen de los modificados de los contratos). En estos casos, se deberá publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea un *anuncio de modificación*, con la información recogida en el Anexo XI; ésta incluirá la descripción de la modificación operada y las circunstancias que la motivaron, así como el órgano competente a efectos de la interposición de recurso (art. 43.1, *in fine*).

2. GARANTÍAS PROCEDIMENTALES BÁSICAS

Como hemos indicado, la Directiva de concesiones deja abierta la posibilidad de utilizar cualquier procedimiento que respete los principios básicos de la contratación púbica, previstos en el artículo 3. En su lugar, se limita a fijar determinadas reglas procedimentales dirigidas a garantizar

96. Art. 49 de la Directiva 2014/24/UE y art. 69 de la Directiva 2014/25/UE.

el cumplimiento de dichos principios (que parecen estar dirigidas, más bien, a los Estados que carecen de legislación propia en materia de concesiones). De modo particular, cabe mencionar las siguientes previsiones:

1º. Se podrá *limitar el número de candidatos o de licitadores* con la condición de que se haga de forma transparente, con arreglo a criterios objetivos y se garantice la existencia de una competencia real (dejando a los Estados miembros la determinación del número mínimo de candidatos).

2º. El poder o entidad adjudicadora podrá *negociar* el contenido de los contratos con los candidatos con el objeto de encontrar la mejor oferta, sin vinculación alguna a un determinado tipo de procedimiento (lo que colisiona con la restricción prevista en el art. 162 TRLCSP para los procedimientos restringidos). En todo caso, se excluye de la negociación el objeto, los criterios de adjudicación y los requisitos mínimos imperativos (características técnicas, físicas, funcionales y jurídicas) establecidos en el anuncio de concesión o en la invitación a presentar oferta[97].

3º. Sólo se permite la adjudicación de la concesión sin dicha publicación previa –*procedimiento negociado sin publicidad*– en dos supuestos tasados (reduciendo, así, los previstos en la Directiva general)[98]:

> a) Cuando –por razones técnicas, de exclusividad o de propiedad intelectual– existe *un único operador económico* que pueda ejecutar el contrato, de forma tal que la publicación no tendría

97. La STJ de 18 de diciembre de 2010, *Comisión/Irlanda* (C-226, 09) precisa que los criterios de adjudicación no deben ser objeto de modificación a lo largo del procedimiento de licitación (apartado 60); y la STJ de 5 de mayo de 2013, *Nordecon AS y otros* (C-561, 12) prohíbe negociar las especificaciones técnicas recogidas en el pliego (apartado 39). A los efectos de establecer esta negociación, se garantiza la protección de la información confidencial (art. 28) y la utilización no discriminatoria de la información que pueda dar ventaja a unos candidatos frente a otros (art. 30.2).

98. A pesar del silencio de las Directivas, la STJ de 27 de octubre de 2005, *Comisión/Italia* (C-187, 04 y 188, 04), admitió la aplicación del *procedimiento negociado sin publicidad* en las concesiones de obras públicas, en los mismos términos excepcionales y de acuerdo con los presupuestos previstos para los contratos públicos de obras (esta sentencia no está publicada en la recopilación de jurisprudencia). Por su parte, la *Propuesta de Directiva* incluía un tercer supuesto, relativo a la ejecución de obras o servicios nuevos que consistan en la repetición de otros similares encargados al mismo operador económico, siempre que se ajusten a un proyecto base en el que se fundamentó la adjudicación de la concesión inicial; que se eliminó del texto final. Tampoco se incluye la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad "por razones de urgencia imperiosa" resultante de hechos que el poder adjudicador no hubiera podido prever (que recoge tanto la Directiva general de 2004 como la de 2014).

los efectos pretendidos de estimulación de la competencia. Por ello, es necesario que esta situación no haya sido creada *ex profeso* por el propio poder o entidad adjudicadora con el fin de favorecer a un determinado operador económico, a cuyos efectos el concedente deberá acreditar que no existe otra alternativa o sustituto razonable (tal como también reconoce el TJ)[99].

b) Cuando haya quedado *vacante* un procedimiento anterior (por no haberse presentado ninguna solicitud de participación u oferta o ninguna de las presentadas fuera "adecuada")[100]. Debe entenderse que en el primer procedimiento ya se publicó un anuncio de concesión, por lo que no resulta necesario publicar uno nuevo, en tanto que no se modifiquen de forma sustancial las condiciones iniciales de la concesión (y, en su caso, se remita el informe que pueda requerir la Comisión).

4º. También se flexibilizan los *plazos de recepción de ofertas* o de solicitudes de participación. Estos se fijarán por los poderes adjudicadores en función de la complejidad de la concesión y del tiempo necesario para su preparación; estableciéndose, como garantía, un plazo mínimo –común a todos los procedimientos– de 30 días a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación; o de 22 días, en el supuesto de que el procedimiento se desarrolle por etapa. Dicho plazo podrá ampliarse cuando la preparación de la oferta o de la solicitud de participación requiera visitar el terreno o consultar *in situ* la documentación; y, por el contrario, podrá reducirse en 5 días, cuando se acepte la presentación telemática.

5º. Cuando el procedimiento se desarrolle en *etapas sucesivas*, con el fin de reducir el número de ofertas, el poder o entidad adjudicadora deberá llevar un registro de las diferentes etapas, que garantice el cumplimiento de los criterios de confidencialidad.

---

99. El TJ sostiene que la aplicación de esta excepción debe ser objeto de una interpretación estricta y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias que justifican la excepción incumbe a quién quiera beneficiarse de la misma. En el mismo sentido se pronuncia la STJ de 10 de abril de 2003, *Comisión/Alemania* (C-20, 01 y 28-01), en la que se afirma que, a falta de otro elemento de prueba, la utilización de criterios ambientales y la proximidad de las instalaciones –o del prestador del servicio– no permiten justificar la adjudicación de un contrato de eliminación de residuos a través de un procedimiento negociado sin publicidad (apartados 52-68). Del mismo tenor es la STJ de 14 de septiembre de 2004, *Comisión/Italia* (C-385, 02), apartados 17-38.

100. El concepto de "inadecuada" incluye no sólo las propuestas irregulares e inaceptables, sino también las que, de forma manifiesta, no puedan satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y requisitos especificados en la documentación de la concesión.

6º. El concedente deberá *comunicar* a todos los participantes la organización del procedimiento de adjudicación y un plazo de ejecución aproximado; así como todas las decisiones tomadas en relación con la adjudicación, salvo que concurran razones de interés público o de competencia comercial que aconsejen la no comunicación[101]. Asimismo, a petición de los licitadores que hubieran presentado una oferta admisible, deberá informar por escrito (en el plazo máximo de 15 días) de las "características y ventajas relativas a la oferta seleccionada"; lo que deberá realiza de forma lo suficientemente precisa como para permitir a los licitadores conocer lo elementos de hecho y de derecho que justifican su decisión[102].

7º. Las concesiones deberán otorgarse en función de los criterios de adjudicación entre los licitadores que cumplan los requisitos mínimos (condiciones y características de la licitación) y las condiciones de participación (criterios de selección), y no esté excluido de participar en el procedimiento (prohibiciones para contratar).

8º. Las decisiones del concedente están sometidas al control de los licitadores a través del *recurso especial* previsto en las Directivas 89/665/CEE y 92, 13/CEE (oportunamente modificadas); lo que implica la aplicación de un plazo de garantía (que puede ser de 10 o de 15 días) entre la adjudicación del contrato y su celebración (arts. 46 y 47) y la eliminación de las restricciones previstas en el artículo 40 TRLCSP.

3. CRITERIOS DE SELECCIÓN Y DE ADJUDICACIÓN

El cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación y la finalidad de asegurar una competencia efectiva pasa, necesariamente, por garantizar la objetividad de los criterios de selección de los candidatos y de adjudicación del contrato. Como no podía ser de otra manera, la Directiva de concesiones insiste en esta cuestión en los artículos 38 y 41, aunque lo hace de una forma lacónica si se compara con otras materias que pueden resultar de menor trascendencia. Así, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede en el resto de contratos públicos, nada concreta sobre la deli-

101. En particular, la Directiva hace mención a los nombres de los licitadores seleccionados, los motivos de la desestimación la solicitud de participación o la oferta, las razones de la no adjudicación del contrato o de la reiniciación del procedimiento (art. 40.1).

102. Según la Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2013, *European Dynamics Luxembourg* (T-165, 12), la entidad adjudicadora no está obligada a poner a disposición del licitador no seleccionado el informe de evaluación de la oferta presentada, ni tampoco un "análisis comparativo minucioso" con la oferta seleccionada (apartados 50-51 y 86).

mitación de ambos criterios[103], los requisitos exigibles, los medios de prueba, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa o las bajas temerarias, entre otras cuestiones. Por el contrario, se otorga a la entidad contratante una amplia facultad para elegir los criterios de selección y de adjudicación que considere más apropiados al objeto de la concesión, siempre que se respeten las garantías mínimas que recoge la propia Directiva.

En primer lugar, es condición indispensable que los *criterios de selección cualitativa* (vinculados, en esencia, a la *aptitud* del contratista para ejecutar la concesión) respondan a la finalidad de garantizar una compe-

103. La distinción entre los *criterios de selección* (vinculados a la aptitud de los licitadores) y los *criterios de adjudicación* (dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa) no siempre ha sido pacífica (*vid.* Treumer, S., "The distinction between selection and award criteria in EC Public Procurement Law: a rule without exception?", en *PPLR nº* 3, 2009, pp. 103-111). Tras un primer momento de imprecisión, el TJ termina adoptando una interpretación restrictiva, que le lleva a afirmar que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato constituyen "criterios de selección cualitativa" y, por lo tanto, no pueden tener el carácter de criterios de adjudicación (con cita de otras anteriores, STJ de 9 de octubre de 2014, *Comisión/España*, C-641, 13 P, apartado 36; en dicho pleito, el Reino de España argumentó –entre otros motivos– que la experiencia se admite como criterio de adjudicación en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –UNCITRAL–, resolviendo el TJ que dicho texto constituye una mera recomendación que no tiene valor vinculante y que no puede prevalecer sobre las disposiciones de las Directivas). El tema se vuelve a poner de actualidad con las nuevas Directivas, en la medida que permite a los poderes adjudicadores utilizar la *organización, la cualificación y la experiencia del personal* encargado de ejecutar el contrato como criterio de adjudicación, en tanto que puedan afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta (considerando 94 y art. 67.2, b de la Directiva 2014/24/UE; y considerando 99 y art. 82.5 de la Directiva 2014/25/UE). Se trata de un criterio jurisprudencial que refleja la necesidad de los órganos de contratación –sobre todo en los contratos de servicios ligados a prestaciones intelectuales– de tener en cuenta la posibilidad de evaluar el valor técnico de una oferta atendiendo a la calidad técnica y a la experiencia profesional de los miembros del equipo propuesto por un licitador para la ejecución de un contrato o de un contrato marco (Sentencia del Tribunal General de 17 de octubre de 2012, *Evropaïki Dynamiki*, Asunto T 447, 10, apartado 53; y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de noviembre de 2014, *Alfastar Benelux SA*, Asunto T-394, 12, apartado 159; en el mismo sentido, COMISIÓN EUROPEA, *Guía Práctica de los procedimientos contractuales para las acciones exteriores de la UE, http://ec.europa.eu/europeaid/prag/document.do?chapterId=3.3.4.&locale=es*). Sobre esta problemática se puede consultar: Orthmann, M., "The experience of the Bidder as Award Criterion in EU Public Procurement Law", en *Humbolt Forum Recht*, nº 1, 2014, pp. 1-16, edición digital que se puede consultar en *http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=286*); y Valcárcel Fernández, P., "Valoración de la «experiencia» en el marco de los criterios de adjudicación de los contratos públicos", en *Contratación administrativa práctica*, nº 131, 2014, pp. 14-25.

tencia real, para lo cual deberán guardar una relación directa con el objeto del contrato y ser proporcionales a la necesidad de garantizar la capacidad del concesionario de ejecutar la concesión (evitando toda referencia a un volumen de negocio mínimo anual). Las *condiciones de participación* relativas a la capacidad –profesional y técnica– y a la solvencia –financiera y económica– de los licitadores se podrán acreditar bien con las *declaraciones que presenten los propios candidatos* o bien con los medios de prueba que se especifiquen en el anuncio de licitación, que –por la misma razón– no podrán ser discriminatorios y deberán ser proporcionales al objeto de la concesión (art 38)[104].

Y, en segundo lugar, resulta necesario también que los *criterios de adjudicación* estén vinculados al objeto de la concesión, tal como esté definido conforme a los requisitos técnicos y funcionales; sin que puedan conferir al concedente una libertad de elección ilimitada (art. 41)[105]. Estos criterios presentan cuatro notas delimitadoras, que tienen como finalidad facilitar al concedente la labor de comparar y evaluar de manera objetiva las ofertas presentadas, como son: *objetividad*, *verificación*, *jerarquización* e *inmutabilidad*. En consecuencia, se exige que: a) sean criterios objetivos, que garanticen una evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva que permitan determinar la "ventaja económica global" ; b) vengan acompañados de requisitos que permitan verificar la información proporcionada por los licitadores[106]; c) se enumeren en orden de importancia decreciente, con el fin de permitir a los potenciales licitadores conocer todos los elementos

104. De esta forma, la Directiva se hace eco de una reivindicación tradicional de las pequeñas y medianas empresas, que demandan una reducción de los costes de transacción, mediante la simplificación de la documentación y la aplicación del principio *"only-once"*, en cuya virtud sólo el licitador seleccionado viene obligado a presentar la documentación exigida con carácter previo la adjudicación; principio que el artículo 44.2 de la Ley 14, 2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, traslada al TRLCSP (añadiendo los apartados 4 y 5 al art. 146), si bien se excluye su aplicación a los contratos de concesión de obras y de servicios públicos.

105. La Directiva de concesiones recoge la doctrina del TJ, que prescribe la licitud de los *criterios de adjudicación* siempre que: a) estén relacionados con el objeto del contrato; b) no atribuyan una libertad incondicional de elección; c) vengan mencionados expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; y d) respeten los principios fundamentales de Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación (por todas, STJ 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland,* C-513, 99, apartados 59-69; en la doctrina, Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández, P., "Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector", en *La contratación pública a debate…*, ob. cit., pp. 199-274.).

106. *Vid.*, STJ de 4 de diciembre de 2003, *EVN y Wienstrom* (C-448-01), apartados 50-52.

que han de tomarse en consideración; y d) no se modifiquen como consecuencia de las negociaciones que se lleven a cabo con los licitadores durante el procedimiento de adjudicación[107]. En relación con este tema, cabe formular dos observaciones adicionales.

De una parte, las *especificaciones técnicas y funcionales* pueden venir determinadas por referencia a los "procesos de producción o de prestación de las obras o servicios" (como pueden ser, por ejemplo, los métodos de producción ecológica o la procedencia de los productos del comercio justo), con la condición de que respeten los principios comunitarios, lo que requiere que: a) estén vinculadas a la materia objeto del contrato; b) sean proporcionadas; y c) que no tengan como finalidad favorecer o descartar ciertas empresas o productos determinados[108]. En este sentido, se prevé la inclusión de "niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la seguridad o las dimensiones, la terminología, los símbolos, los ensayos y métodos de ensayo, el marcado y etiquetado o instrucciones de uso". Al mismo tiempo, con el fin de favorecer la competencia, se prohíbe al concedente rechazar una oferta por incumplimiento de los requisitos técnicos o funcionales cuando el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que

107. Por el contrario, se prescinde de la referencia a la *ponderación* de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa –que se mantiene en las otras dos Directivas de contratación–, por no ser acorde con la necesidad de flexibilidad que se postula (*vid.* enmienda nº 219; *Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, p. 162). A este respecto cabe recordar que la STJ de 18 de diciembre de 2010, *Comisión/Irlanda* (C-226, 09) ha señalado que, en ausencia de disposición específica en la Directiva, no está justificado considerar que el alcance del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia lleguen a exigir que la ponderación relativa a los criterios utilizados por el órgano de contratación se tenga que determinar previamente y anunciar a los licitadores potenciales cuando se les invita a presentar sus ofertas (apartado 43).

108. Precisa el TJ que los principios de la adjudicación de los contratos públicos revisten una importancia crucial en la determinación de las *especificaciones técnicas*, debido a los riesgos de discriminación vinculados a la manera de formularlas. Es así que tales especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia, por lo que deberán ser suficientemente precisas para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicarlo. Así, por ejemplo, en lo que respecta a los *requisitos ambientales*, los poderes adjudicadores pueden recurrir a las especificaciones detalladas de una etiqueta ecológica, pero no a una etiqueta determinada, que sólo podrá utilizarse –de forma secundaria– como medio de prueba sin perjuicio de cualquier otro medio adecuado. *Vid.* STJ de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Países Bajos* (C-368, 10), apartados 62-70 y 93-97.

las soluciones que propone cumplen *"de forma equivalente"* con las especificaciones previstas en la documentación (art. 36)[109].

Y, de otra, no se requiere que todos los criterios de adjudicación sean de naturaleza exclusivamente económica o cuantitativa (considerando 73). Por el contrario, el concedente podrá basar su decisión en *criterios cuantitativos y cualitativos* que permitan garantizar la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva y determinar la existencia de una "ventaja económica global". En esta línea, en coherencia con la política general de la Unión, la Directiva de concesiones recoge la posibilidad de incluir criterios *medioambientales*, *sociales o relacionados con la innovación* que sean compatibles con el Derecho comunitario[110].

En este último caso, se permite incluso modificar el *orden de clasificación* de los criterios de adjudicación, de manera excepcional, con el fin poder valorar una *solución innovadora* presentada por un licitador que aporte un nivel excepcional de rendimiento funcional, que no se hubiera podido prever anteriormente (lo que deberá motivarse de forma adecuada). En la medida que esta facultad se puede prestar a prácticas fraudulentas, ante la necesidad de garantizar un trato igualitario a todos los licitadores (efectivos o potenciales), deberá procederse a cursar una nueva invitación a presentar ofertas o, si procede, a publicar un nuevo anuncio de concesión (art. 41 *in fine*). En tanto que no puede dar lugar a discriminación alguna, la modificación del orden de clasificación no podrá conllevar la inadmisión

109. Sólo de modo excepcional, cuando no sea posible hacer una descripción precisa e inteligible del objeto del contrato, los requisitos técnicos y funcionales pueden hacer referencia a una fabricación o procedencia determinada, a un procedimiento concreto o a marcas, patentes o tipos; lo que deberá venir acompañada de la mención "o equivalente" (art. 36.2).

110. La normativa de la Unión Europea no sólo no se opone, sino que pretende favorecer que los poderes adjudicadores incorporen criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de las concesiones que estén basadas en consideraciones de carácter *ambiental* (como puede ser la utilización de fuentes de energía renovables, la eficiencia energética o la reducción de residuos) o *social* (utilización de productos procedentes del comercio justo, abono de un salario mínimo, conciliación de la vida familiar, integración social, accesibilidad, etc.), tal como se recoge en los considerandos 64 a 70 de la Directiva de concesiones. Esto supone un cambio de posición con respecto a la postura que mantiene el *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, que concibe los aspectos sociales (por ej., contratar personas desempleadas) como una condición especial de la ejecución del contrato y no como un criterio de adjudicación (por todas, Resolución nº 103, 2015, de 30 de enero).

de ninguno de los licitadores participantes, ni se puede realizar con el fin de favorecer a una oferta determinada[111].

V. ¿SE OCUPA EL LEGISLADOR COMUNITARIO DE REGULAR LA EJECUCIÓN DE LAS CONCESIONES?

1. MAYOR CONTROL Y TRANSPARENCIA EN LA SUBCONTRATACIÓN

La preocupación prioritaria del legislador comunitario por garantizar el acceso –transparente y en condiciones de igualdad– de los operadores económicos a los procedimientos de contratación, le ha llevado tradicionalmente ha desentenderse de la ejecución de los contratos, que pasaba por ser una cuestión exclusiva de las legislaciones nacionales. Esta situación cambia con las nuevas Directivas, que se marcan nuevas metas, entre las que cabe mencionar la eficiencia del gasto público y la integración de las políticas sociales y ambientales; lo que lleva a extender la aplicación de los principios fundamentales de la contratación a la fase de ejecución contractual (tal como había anticipado la STJ *Succhi de Futta* de 2004). En particular, la Directiva de concesiones se ocupa de tres cuestiones relativas a la ejecución, como son la subcontratación (art. 42), la modificación (art. 43) y la resolución (art. 44).

En materia de *subcontratación*, el legislador de la Unión persigue un doble objetivo, que se entiende sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de establecer normas más estrictas de responsabilidad[112].

En primer lugar, pretende asegurar que, durante la ejecución de las concesiones, los subcontratistas cumplan las obligaciones dimanantes de la *legislación medioambiental, social y laboral* (en coherencia con lo dispuesto en el art. 30.3); lo que resulta relevante, especialmente, cuando la legislación

111. Conforme al sistema actual de presentación y valoración de ofertas, con el fin de evitar distorsiones en la valoración, esta "solución innovadora" debería formar parte del sobre que contiene los criterios evaluables conforme a juicios de valor y, en todo caso, procederse a su consideración antes de la apertura del sobre relativo a los criterios cuantificables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos (en este sentido se pronuncian González De Olano, G. y Navarro Manich, J. A., "Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 37, 2014, p. 54).

112. Cabe indicar que fue esta materia la que –como consecuencia del debate parlamentario– experimentó una mayor alteración en relación con el texto inicial de la propuesta de Directiva.

nacional dispone un mecanismo de responsabilidad solidaria entre los subcontratistas y el concesionario. A tal fin, los Estados miembros podrán exigir a los poderes o entidades adjudicadoras verificar si el subcontratista ha incurrido en algún *motivo de exclusión obligatoria* (de los previstos en los apartados 4 y 5 del art. 38), en cuyo caso el concesionario deberá proceder a su sustitución (lo que será potestativo en las demás causas de exclusión).

La *legislación aplicable* debe ser la del lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios. Esta vendrá determinada por los acuerdos internacionales ratificados por los Estados miembros, por las disposiciones legales o reglamentarias (nacionales y comunitarias) e, incluso, por los convenios colectivos, siempre que sean compatibles con el Derecho de la Unión (considerando 55). La duda puede surgir cuando el subcontratista se encuentre establecido en otro Estado miembro desde el que se lleva a cabo la prestación del servicio en que consista la ejecución de la concesión (como sucede con los servicios prestados a distancia). A este respecto, la Directiva de concesión viene a precisar que "los servicios se prestan en el *lugar en el que se ejecutan las prestaciones* características…, con independencia de los lugares y Estados miembros a los que se dirijan los servicios" (considerando 56)[113].

El segundo objetivo consiste en velar porque exista cierto nivel de transparencia en la cadena de subcontratación, lo que se traduce en un *deber de información* por parte del concesionario (que se podrá imponer por la entidad contratante a través de cláusulas específicas de la contratación o por los Estados miembros a través de disposiciones de aplicación general). En particular, se establece una doble medida:

> a) La especificación –en la oferta que presenten los licitadores– de "la parte de la concesión que se proponga subcontratar a terceros, así como los *subcontratistas propuestos*". En principio, se trata de una mera facultad que el poder o entidad adjudicadora

113. Este problema se ha planteado recientemente con ocasión de un contrato público de digitalización de documentos y de conversión de datos, en el que se impone al subcontratista –en virtud de una normativa nacional– la obligación de abonar un salario mínimo a sus trabajadores que no guarda relación con el coste de la vida en el Estado miembro en el que se llevarán a cabo las prestaciones; lo que en opinión del TJ constituye una restricción injustificada de la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 56 TFUE. Sostiene la STJ de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei* (C-549, 13) que esta normativa "privaría… a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos, va más allá de lo necesario para garantizar que se consiga el objetivo de la protección de los trabajadores" (apartado 34).

podrá incluir en los documentos de la concesión, pero que los Estados miembros podrán transformar en obligación, sin que exista límite cuantitativo alguno, ni un porcentaje mínimo de subcontratación obligatoria.

b) La comunicación al poder o entidad adjudicadora, por parte del concesionario, del "nombre, datos de contactos y representantes legales de los subcontratistas que intervengan en la ejecución de las obras o servicios", dando cuenta de cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso de la concesión, así como de la información necesaria sobre los *nuevos subcontratistas* que se asocien ulteriormente[114].

Esta última exigencia sólo deviene obligatoria en las concesiones de obras y en las de servicios que deban prestarse *in situ* bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicadora; pudiéndose hacer extensiva (bien por decisión del poder o entidad adjudicadora, bien por requerimiento del Estado miembro) al resto de concesiones de servicio, a los suministradores que participen en concesiones de obras o servicios y a los subcontratistas de los subcontratistas.

2. EL NUEVO RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN DE LAS CONCESIONES

En los últimos años, las modificaciones contractuales se han situado en el punto de mira de la lucha contra el fraude y la corrupción en materia de contratación[115]. Sin duda alguna, esta circunstancia ha podido influir en que el *régimen de modificación de los contratos* no haya recibido un tratamiento singular en materia de concesiones. Toda la flexibilidad que se reclama por su condición de "contrato incompleto" y su distanciamiento de los contratos públicos clásicos se desvanecen a la hora de regular esta materia. Es así que, a diferencia de lo que sucede con el procedimiento de

114. Hay que tener en cuenta que, según la STJ de 13 de abril de 2010, *Wall* (C-91, 08), el *cambio de subcontratista* –incluso estando previsto en el contrato– puede constituir una *modificación sustancial* de la concesión (necesitada de nueva adjudicación), cuando "habida cuenta de las característica propias de la prestación de que se trate, el hecho de concurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato" (apartado 39).

115. El *Informe de la Comisión sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea de 2014* señala expresamente a los modificados de los contratos como una de las prácticas ilegales más extendidas en los procedimientos de contratación pública (Bruselas, 3.2.2014, COM [2014] 38, en particular, pp. 23 y 27). *Vid.* Soreide, T., *Risks of Corruption and Collusion in the Awarding of Concessions Contracts*, 2012 (estudio encargado por el Parlamento europeo, que se puede consultar en *http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206,20120626ATT47717, 20120626ATT47717EN.pdf*).

adjudicación, el régimen de las modificaciones es prácticamente común en las tres Directiva sobre contratación, a pesar de la diferente naturaleza, complejidad técnica o mayor duración de las concesiones[116].

A primera vista, la Directiva de concesiones parece positivar el criterio jurisprudencial, que concibe la necesidad de una nueva licitación como regla general y la posibilidad de introducir modificaciones sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación en términos de excepción (quedando reducida a unos pocos supuestos tasados)[117]. Sin embargo, la lectura atenta del artículo 41 (y de los considerandos 75 a 78) obliga a matizar esta aparente rigidez, diferenciando –al respecto– según que dichas modificaciones contractuales se encuentren contempladas o no en la documentación inicial de la concesión (lo que, a su vez, responde a la distinción doctrinal entre modificaciones convencionales y legales)[118]:

a) *Modificaciones previstas en la documentación inicial*. Las concesiones de obras y de servicio se podrán modificar, sin límite económico alguno ("con independencia de su valor pecuniario"), siempre que lo sea en aplicación de una estipulación que esté contemplada en la documentación

116. En este sentido fueron rechazadas las enmiendas (nº 224 a 234) presentadas por la *Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo* con la finalidad de convertir la posibilidad de modificar la concesión (mediante una adición al contrato inicial, sin necesidad de una nueva adjudicación) en un principio general, sólo exceptuado en los supuestos de modificaciones sustanciales (*vid. Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, pp. 168-175). El resultado final ha sido el opuesto, al ser más flexible el régimen de modificación del contrato de obras que el de concesión.

117. Así se viene interpretando desde la STJ de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta* (C-496, 99 P), apartados 108-127. Véase, en la doctrina, Gonçalves, P., "Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Secção) de 19.6.2008, P. C-454, 06", en *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 73, 2009, pp. 3-22; Vázquez Matilla, F. J., "La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público", en *REDA*, nº 143, 2009 pp. 529-562; Hoepffner, H., "La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire", en *Revue française de droit administratif*, 2011, pp. 98-111; Gimeno Feliú, J. M., "La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable", en *La Contratación pública: problemas actuales*, ob. cit., pp. 83-142; Baño León, J. Mª., "Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos", en *Anuario de Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012, pp. 141-151; y Arrowsmith, S., *The law of public and utilities procurement*, ob. cit., pp. 577-604.

118. A la postre, las Directivas introducen un régimen de modificación contractual más flexible que el que –por exigencias de la Comisión Europea– incorpora a nivel nacional la Ley 2, 2011, de Economía Sostenible, que da nueva redacción a los artículos 92 bis a 92 quinquies LCSP (en la actualidad, arts. 105 a 108 TRLCSP).

inicial del contrato (anuncio de licitación o pliego de condiciones). Éstas pueden consistir en cláusulas de indexación de precios, de adecuación a los cambios tecnológicos, de adaptación por motivo de dificultades técnicas surgidas durante la ejecución o cualquier otra cláusula de revisión o de opción (lo que habrá de tenerse en cuenta a la hora de estimar el valor de la concesión).

Estas modificaciones "convencionales" tan sólo se someten al cumplimiento de un requisito formal y de un límite. El primero cumple la función de facilitar su interpretación por los licitadores y exige que las cláusulas, de una parte, sean lo suficientemente *claras, precisas e inequívocas* y, de otra, determinen el alcance, naturaleza y condiciones de las modificaciones. El segundo tiene por objeto evitar el fraude y garantizar la igualdad de trato de los licitadores, siendo así que, si bien no se fija un techo porcentual por encima del cual no sea posible modificar el contrato, *se prohíbe que las modificaciones u opciones puedan alterar el carácter –naturaleza– global* de la concesión (por ejemplo, sustituyendo las obras o servicios por otros diferentes o modificando de forma sustancial el tipo de concesión, como precisa el considerando 76).

b) *Modificaciones no contempladas de forma expresa*. A su vez, dentro de esta categoría procede efectuar una nueva distinción, entre *modificaciones sustanciales* y *modificaciones menores* (o no sustanciales).

– Con carácter general, la modificación de la concesión requerirá una *nueva adjudicación* cuando tenga como finalidad introducir 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", que puedan poner de manifiesto la intención de las partes de *renegociar las condiciones esenciales de la concesión* (considerando 75).

La clave consiste, pues, en valorar si estamos en presencia de *modificaciones sustanciales* que, de haberse previsto inicialmente, hubieran podido influir en el resultado del procedimiento. De conformidad con la doctrina del TJ[119], se consideran *sustanciales* aquellas modificaciones que, con independencia de su valor económico, tengan como resultado "una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter"[120]; lo que, en todo caso,

119. *Vid*. STJ de 19 de junio de 2008, *Pressetext* (C-454, 06), apartados 34-37.

120. En éste, como en otros aspectos, la Directiva tiene traducciones muy diferentes: la edición en castellano es una traducción literal de la versión inglesa (*concession materially different in character*). Más clara parece la versión francesa que alude a *caractéristiques de la concession substantiellement différentes*. En cambio la versión

sucede cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: a) hubiera permitido –de haber figurado en el procedimiento inicial– la selección de un candidato o de una oferta distinta de la aceptada o, simplemente, un mayor número de participantes en la licitación (lo que parece difícil de determinar); b) altere el equilibrio económico a favor del concesionario de un modo no previsto (no así cuando tenga por objeto restablecer el equilibrio alterado); c) amplíe "considerablemente" el ámbito de la concesión (lo que deja un amplio margen a la interpretación); o d) sustituya al concesionario inicial por causas distintas a las permitidas en la Directiva.

– Por el contrario, no existe ningún impedimento para introducir *modificaciones menores* (no sustanciales) que puedan dar lugar a una pequeña alteración del valor de la concesión, sin necesidad de tramitar un nuevo procedimiento de adjudicación ni de verificar si concurren causas excepcionales que la justifiquen. Esta potestad de modificación o *ius variandi* se puede ejercer siempre que el valor del modificado no supere el umbral comunitario previsto en el artículo 8, esto es, 5.186.000 euros, y sea inferior al *10% del valor inicial de la concesión* (que en el caso de modificaciones sucesivas se calculará sobre el valor neto acumulado), con la condición –una vez más– de que no altere la naturaleza global de la concesión[121].

– Por encima de este umbral el legislador de la Unión tan sólo permite modificar las concesiones sin necesidad de efectuar una nueva licitación en dos únicos supuestos: a) cuando la necesidad de modificación se derive de *circunstancias imprevisibles* según el criterio de la debida diligencia[122]; o b)

---

italiana se refiere al cambio de naturaleza de la concesión (*muta sostanzialmente la natura della concessione*).

121. La Propuesta de Directiva fijaba este último porcentaje en el 5% del precio del contrato original (art. 42.4); lo que motivó la presentación de la enmienda nº 227 por parte de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo, que propuso elevarlo "al 10% del valor actualizado del contrato inicial" (Documento de sesión de 1 de febrero de 2013, p. 171). Por el contrario, se da la circunstancia de que en los *contratos de obra*s este porcentaje es del 15% (art. 72.2 de la Directiva 2014/24/UE).

122. La Directiva se preocupa por precisar el concepto de *circunstancias imprevisibles*, entendiendo como tales "aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con *razonable diligencia* la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible" (considerando 76). Por lo tanto, no podrá utilizarse para compensar la mala gestión o los errores de estimación del concesionario. No obstante, la falta de precisión de esta definición puede originar dudas sobre la inclusión de aquellos riesgos que la doctrina conceptúa tradicionalmente como *factum principis*, como es

cuando tenga por objeto la incorporación de *obras o servicios adicionales* (o complementarias) que resulten necesarios[123].

En estos dos casos se exige que, consideradas aisladamente o en su conjunto, la modificación no supere el *50% del valor de la concesión inicial*; límite que se concibe en términos muy flexibles, en tanto que: de una parte, en el supuesto de modificaciones sucesivas, se aplicará al valor de cada una de ellas; y, de otra, no opera en el caso de que las concesiones se otorguen por *entidades adjudicadoras*[124]. Como contrapartida, ambos supuestos incorporan una garantía mínima. En el primero (circunstancias imprevisibles) se requiere, además, que la modificación *no altere el carácter global de la concesión*, lo que permite presumir una hipotética influencia en los resultados; mientras que en el segundo (obras o servicios adicionales), se debe acreditar la *inconveniencia* de proceder al cambio de concesionario por razones técnicas o económicas o porque ello pueda generar inconvenientes significativos o un aumento sustancial de los precios.

Como ya hemos indicado al tratar sobre la publicidad, las modificaciones que se lleven a cabo por estas dos circunstancias deberán *publicarse en el DOCE*, de conformidad con lo previsto en el Anexo XI, a efectos de garantizar su control por cualquier potencial licitador. No obstante, teniendo en cuenta que una vez adjudicada la concesión es probable que los candidatos no seleccionados se desentiendan de la misma, consideramos que, en aras de garantizar la adecuada protección a los licitadores, se podría

---

el caso del riesgo regulatorio (en este sentido se manifiesta Sánchez Graells, A., "What Need and Logic…", loc. cit., pp. 102-103); lo que viene siendo especialmente conflictivo en materia de autopistas de peaje. A este respecto, cabe recordar que –como vimos al analizar los tipos de riesgos– con carácter general se considera que los *riesgos derivados de factores jurídicos y políticos* deben ser asumidos por la entidad contratante. Sobre la determinación de la diligencia exigible *vid.* Barrero Rodríguez, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Madrid, 2000, pp. 95-106.

123. Señala la Comisión Europea que la modificación de la concesión para añadir *obras o servicios complementarios* debe interpretarse de manera restrictiva, no pudiendo contemplar, por ejemplo, la ampliación de una concesión de autopista con el objetivo de cubrir los costes de las obras para la realización de un nuevo tramo (*vid. Libro Verde sobre colaboración público-privada…*, ob. cit., p. 17). En el mismo sentido se pronuncia la STJ de 22 de abril de 2010, *Comisión/España* (C-423, 07), como consecuencia de la adjudicación a Ibérica de Autopistas S.A. (concesionaria de la autopista A-6) de la construcción de nuevos carriles no comprendidos en el objeto de la concesión.

124. Tampoco establece este límite 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, que únicamente exige que la modificación *no altere la naturaleza global del contrato* (art. 89.1).

haber llegado un poco más lejos, estableciendo la obligación de notificar los modificados de las concesiones a todos los licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.

– También prevé el legislador comunitario la modificación que traiga causa en la *sustitución del adjudicatario*, reduciendo las posibilidades de cesión de la concesión (previstas en el art. 226 TRLCSP). Como regla general, el cambio de concesionario durante la vigencia del contrato constituye una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato que, en consecuencia, estaría necesitado de una nueva adjudicación, salvo que dicha situación estuviera prevista en la documentación inicial (como puede suceder con la subcontratación)[125].

No existiendo esta previsión expresa, únicamente se podrá designar un nuevo concesionario –sin necesidad de iniciar un procedimiento– cuando concurra alguna de las dos circunstancias siguientes: a) que se proceda a la sucesión-total o parcial– del concesionario inicial por razón de *reestructuración empresarial* (motivada por absorción, fusión, adquisición o insolvencia)[126], 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 objeto eludir la aplicación de la presente Directiva; o b) que tenga lugar la *asunción por el propio poder o entidad adjudicadora de las obligaciones* del concesionario principal para con sus subcontratistas (siempre que lo permita la legislación nacional). Esta sustitución no podrá ampararse en las deficiencias en la ejecución de la concesión por causa imputable al concesionario, lo que exigirá la convocatoria de una nueva licitación[127].

Fuera de los supuestos analizados, sería preceptivo iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación para introducir cualquier modificación de la concesión, tal como precisa la Directiva. Se intenta, así, armonizar la lucha contra la corrupción y el fraude con la necesidad de mantener la eco-

125. La sustitución del concesionario también puede operar en aplicación de *cláusulas step-in*, a través de las cuales las instituciones financieras se pueden reservar el derecho de actuar en lugar del gestor o a designar un nuevo gestor cuando los flujos financieros descienden por debajo de un nivel determinado (*vid. Libro Verde sobra la colaboración público-privada…*, ob. cit., pp. 16-17).

126. En este sentido se manifestó la STJ de 19 de junio de 2008, *Pressetext* (C-454, 06), apartado 40.

127. El *Libro Verde sobre la modernización de la política de la contratación pública en la UE* planteaba la posibilidad de proporcionar otras soluciones intermedias, tales como habilitar al segundo licitador para continuar con la ejecución del contrato o hacer una nueva licitación sólo entre aquellos licitadores que hubieran participado en el procedimiento original (ob. cit., p. 28).

nomía del contrato, evitando que se puedan ver injustamente perjudicados los diferentes intereses –públicos y privados– confrontados.

Se trata, en definitiva, de impedir o, cuanto menos, de reducir tanto los supuestos de reclamaciones fraudulentas que pretendan encubrir bajas temerarias, como los casos de ruina del concesionario como consecuencia de tener que asumir determinados riesgos que no se hubieran podido prever en el momento de la licitación. La combinación de ambos elementos conduce hacia una fórmula que pasa por aceptar un cierto grado de flexibilidad que permita adaptar las concesiones a las nuevas circunstancias, teniendo como límite la alteración de la naturaleza de la concesión o la renegociación de sus condiciones esenciales.

3. RESOLUCIÓN ANTICIPADA DE LAS CONCESIONES

La preocupación por procurar un régimen armonizado en todos los Estados miembros alcanza también a la *resolución anticipada* de las concesiones. El objetivo principal consiste en lograr la ejecución de las Sentencias del TJ que declaren el *incumplimiento de las normas de contratación pública* de la UE (aspecto que, según dispone el Libro Verde sobre modernización de la contratación pública, no se garantiza en todas las legislaciones nacionales). Esto se debe a que, como sostiene la STJ de 18 de julio de 2007, *Comisión/Alemania* (C-503, 04), corresponde a los Estados resolver los contratos cuya adjudicación haya infringido el Derecho de la Unión[128]. En este sentido, el artículo 44 de la Directiva de concesiones dispone que los Estados miembros deberán asegurarse de que los poderes y entidades adjudicadoras tengan la posibilidad de "poner fin a una concesión durante su periodo de vigencia" cuando el TJ declare un incumplimiento de Estado con motivo de la adjudicación de una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o el Derecho derivado.

No obstante, con ser la más relevante, no es la única causa de resolución anticipada que se regula en la Directiva. También se incluyen otros dos supuestos: las *modificaciones* que supongan una nueva concesión de

128. Dos son las premisas que conducen a esta conclusión: de una parte, que el TJ únicamente viene obligado a declarar la infracción del Derecho de la Unión, correspondiendo a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para la ejecución de las sentencias del Tribunal de Justicia; y, de otra parte, que la restricción impuesta a la libre prestación de servicios derivada de dicho incumplimiento subsiste mientras duré la ejecución de los contratos celebrados en virtud de dicha infracción. Por consiguiente, ni el principio *pacta sunt servanda* ni el derecho de propiedad permiten justificar la inejecución de una sentencia en la que se declare un incumplimiento de la normativa sobre contratación pública y eludir así su propia responsabilidad en Derecho comunitario (apartados 33-40).

conformidad con el artículo 43[129] y la adjudicación a un concesionario incurso en una *causa obligatoria de exclusión* del artículo 38.4. Ambas causas tienen como objetivo garantizar la igualdad de trato de los licitadores, evitando posibles distorsiones en la competencia.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La aprobación de la Directiva de concesiones constituye un hito de enorme trascendencia en la misión de conseguir la plena realización del mercado interior del sistema público de compras en materia de obras y de servicios. No se puede negar que el legislador de la Unión ha dado un paso importante en la difícil tarea de armonizar el régimen jurídico de los contratos de concesión, recopilando, ordenando y precisando la jurisprudencia que el TJ ha ido generando a lo largo de los años con la finalidad de dar cumplimiento a los principios comunitarios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

En este sentido, la Directiva hace un notable esfuerzo por deslindar las concesiones de los contratos públicos de obras y de servicios (concretando el concepto de riesgo operacional), por delimitar su ámbito de aplicación (clarificando la situación de los derechos especiales o exclusivos), por precisar el régimen de exclusiones (regulando las relaciones de cooperación vertical y horizontal) o por garantizar la publicidad y el acceso en condiciones de igualdad tanto en la adjudicación como en la ejecución del contrato de concesión (tipificando las causas de modificación contractual).

Sin embargo, queda la impresión de que el legislador comunitario ha perdido una gran oportunidad para llevar a cabo una regulación más exhaustiva de las concesiones, en sus fases de preparación, adjudicación y ejecución; concretando aspectos relativos a los procedimientos y criterios de adjudicación, las ofertas temerarias o al mantenimiento del equilibrio económico-financiero, entre otras cuestiones. Por el contrario, la nueva regulación ha optado, fundamentalmente, por trasladar el modelo regulatorio de las concesiones de obra pública a las concesiones de servicio; confirmando su distanciamiento de los contratos públicos clásicos[130].

129. No se considera "cambio fundamental" de la concesión inicial la ampliación temporal y excepcional de su periodo de vigencia con el único propósito de garantizar la continuidad de la prestación de servicios hasta la adjudicación de una nueva concesión.

130. Una regulación que –en palabras de Stéphane Braconnier– se sustenta en tres elementos nucleares: una definición anclada en la noción de riesgo de explotación; un procedimiento de adjudicación caracterizado por la libre negociación y la libre organización del mismo por parte del órgano contratante;

El resultado no dista mucho del que se describía en el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada* de 2004, cuando señalaba que "hay pocas disposiciones del Derecho derivado que coordinen los procedimientos de adjudicación de contratos considerados concesiones en Derecho comunitario. En lo que se refiere a las concesiones de obras, sólo se aplican determinadas obligaciones en materia de publicidad, como la convocatoria previa obligatoria de los operadores interesados o la obligación relativa al plazo mínimo de recepción de las candidaturas. El modo en que se selecciona, a continuación, el socio privado lo eligen libremente los organismos adjudicadores, que, no obstante, han de asegurarse de que se respeten plenamente los principios y normas que se derivan del Tratado"[131].

En cualquier caso, dada la importante oposición que encontró la regulación del contrato de concesión, se puede decir que el hecho más relevante de la reforma es la aprobación de la Directiva en sí misma. Es probable que por el momento no se pueda ir más lejos[132]. Sin embargo, a la vista de las consideraciones formuladas por la Comisión, cabe pensar que la Directiva de concesiones constituye un primer paso hacia una regulación más acabada de los contratos de concesión de obras y servicios en un futuro no muy lejano.

La mayor complejidad técnica, coste económico y duración de las concesiones no constituyen motivos suficientes para mantener un régimen diferenciado, más allá de la positivación de algunas reglas específicas. Como hemos visto, el especial régimen de las concesiones se sustenta en una calificación que resulta extraña al derecho, como es su condición de *contrato incompleto*, que lo hace más vulnerable a la evolución del contexto económi-

---

y unas reglas de ejecución respetuosas con el carácter incompleto y evolutivo de las concesiones (*vid.* Braconnier, S., "La nouvelle directive communautaire sur les concessions", en *http://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2013, 09, 23/la-nouvelle-directive-communautaire-sur-les-concessions/*).

131. Como se destacó al comienzo del presente trabajo, la Comisión no desconoce las dificultades que se derivan de este déficit de regulación. Es más, ante la complejidad añadida que supone una doble regulación, se pregunta si existen motivos objetivos para someter la adjudicación de las concesiones a un régimen de adjudicación diferente del existente para los contratos públicos; planteándose –incluso– la posibilidad de "someter la adjudicación de todas las colaboraciones público-privadas contractuales, tanto si se consideran contratos públicos como concesiones, a un régimen de adjudicación idéntico" (*Libro Verde sobre la colaboración público-privada…*, ob. cit., pp. 11 a 13).

132. Algunos autores hablan de un irredentismo sectorial por parte del legislador comunitario (*vid.* Frackowiak, C. y Delaloy, G., "Nouvelle directives européenes sur les marchés publics et les concessions: quels changements pour le droit français de la commanda publique?", en *Bulletin Juridiques des Contrats Publics* nº 94, 2014, p. 94).

co y social, lo que exige una mayor flexibilidad en cuanto a la selección del concesionario y a su ejecución. No obstante, esta circunstancia no parece justificar una Directiva *ad hoc*.

Como tampoco lo justifica la especial concepción del riesgo que caracteriza a este tipo de contratos. Como hemos visto, el elemento singular más relevante, que le distancia del resto de contratos públicos, es precisamente la traslación al concesionario del riesgo operacional, lo que deja sentir sus principales efectos en la fase de ejecución del contrato y, en su caso, en el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. Sin embargo, resulta cuanto menos paradójico que, a pesar de esa mayor complejidad, el régimen de modificación de las concesiones esté sometido a las mismas reglas que el resto de contratos públicos.

En definitiva, podemos aventurarnos a predecir una evolución similar a la experimentada por los contratos clásicos desde las primeras Directivas de los años setenta, cuyo destino final sea equiparar los procedimientos de adjudicación de ambas figuras contractuales.

A nivel nacional, la entrada en vigor de la Directiva de concesiones conlleva la necesidad de adaptar la legislación interna con anterioridad al 18 de abril de 2016; si bien es cierto que, en nuestro caso, muchas de las obligaciones que conlleva están ya presentes en el TRLCSP. En este sentido, por encima de los cambios específicos que se deban acometer (que han quedado apuntados a lo largo del trabajo), la nueva Directiva supone una oportunidad para abrir un periodo de reflexión sobre el vigente modelo regulatorio, que ha alcanzado un nivel de dificultad que lo hace incomprensible para muchos operadores jurídicos y económicos.

La primera cuestión pasa por dilucidar si se mantiene la actual regulación bicéfala de las *concesiones de obras y de servicios*; o, por el contrario, siguiendo el modelo impuesto por la Unión Europea, se opta por establecer una regulación común, diferenciada del resto de contratos públicos, que salvaguarde las peculiaridades de cada modalidad de concesión en materia de adjudicación, ejecución, extinción y régimen económico-financiero, entre otras[133].

133. Dejando a un lado las autopistas y autovías (que tenían su propia legislación), hasta la aprobación de la Ley 13, 2003, la concesión de obras públicas carecía de unos perfiles propios, siendo absorbida –primero– por la concesión de servicio público, después (con la LCAP de 1995), por el contrato de obra pública y, por último (tras la reforma de 1999), convertida en un contrato mixto de obra y servicio público.

En segundo lugar, procede revisar la vigente distinción entre *contratos de servicios y contratos de gestión servicios públicos*, que resulta ajena al Derecho de la Unión Europea. Como vimos más atrás, las Directivas únicamente se preocupan por diferenciar entre los contratos de concesión de servicio y los contratos públicos de servicios (en los que se pueden incluir también actividades que, de acuerdo con la legislación nacional, tienen la consideración de servicios públicos), alumbrando un concepto de concepción de carácter económico-financiero que poco o nada tiene que ver con la calificación que recibe en nuestro ordenamiento jurídico. En la actualidad, suprimida la distinción entre servicios prioritarios y no prioritarios, no parece tener mayor justificación mantener un régimen jurídico diferenciado para los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos, que no sea el aplicable a las concesiones o el régimen especial previsto para los sectores excluidos[134].

En tercer lugar, la tarea de simplificar las categorías contractuales debe alcanzar también a la supresión de la *sociedad de economía mixta* como una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos. Como sostiene la jurisprudencia comunitaria, una cosa es la constitución de una empresa mixta (compra o venta de acciones) y otra diferente la adjudicación de una prestación del servicio (lo que a los ojos de la Unión Europea sólo puede ser un *contrato público de servicio* o una *concesión de servicios*). Es así que la constitución de una empresa común, entre un poder o entidad adjudicadora y un operador económico privado, es un supuesto de colaboración público-privada institucionalizada que –por si misma– no queda bajo el ámbito de aplicación de las Directivas de contratación. Por consiguiente, estamos en presencia de dos actos perfectamente separables, con regímenes jurídicos diferenciados: el primero, la constitución de la sociedad (regulada por la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas); y el segundo, la adjudicación de un contrato público o de una concesión (sometida a la legislación contractual)[135].

---

134. Con carácter general, se aprecia una resistencia al cambio por parte de las legislaciones nacionales (*vid.* Mastragostino, F. (2008): 291-303). No obstante, cada vez son más las voces autorizadas que plantean reconsiderar el contrato de gestión de servicios públicos como una figura contractual independiente. Por todas, Razquín Lizárraga, M. (2012): 3567-3573; y Gimeno Feliú, J. Mª. (2014): 155-158.

135. La constitución de la sociedad se sitúa en el ámbito de las relaciones intrasocietarias, mientras que la adjudicación del contrato afecta a las relaciones extrasocietarias, en las que la Administración aparece como un tercero ante la sociedad mixta (véase, al respecto, Prieto González, L. F. y Hernández González, F. L., "El doble papel de la Administración Pública en la empresa mixta local", en *REALA* nº 271-271, 1996, pp. 714-717).

En definitiva, al legislador comunitario únicamente le preocupa que la adjudicación de la prestación a la empresa de economía mixta respete las normas sobre contratación pública[136]. Cuestión diferente es que la constitución de la sociedad de economía mixta y la adjudicación de la concesión se puedan tramitar de forma conjunta a través en un mismo expediente. En este caso, la selección del socio privado deberá respetar la normativa sobre contratación pública, lo que eximirá de convocar un segundo procedimiento de licitación (tal como, hoy en día, establece la D.A. 29 TRLCSP). "Recurrir a una doble licitación –señala la Sentencia *Acoset*– casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos"[137]. En realidad, lo que justifica la aplicación de la normativa contractual es la adjudicación del contrato y no la creación de la empresa mixta en sí misma.

Las ideas que se exponen no pretenden otra cosa que abrir un debate que ayude a clarificar el régimen jurídico de los contratos, lo que permitirá reducir el número de expedientes por incumplimiento de la normativa europea. Resulta sorprendente comprobar que, a pesar de la dilatada experiencia regulatoria, nuestro país se sitúa entre los Estados que acumulan mayor número de condenas por parte del Tribunal de Justicia. Es probable que esta situación no se invierta en tanto que no estemos dispuestos a

136. Así lo señala la STJ de 22 de diciembre de 2012, *Mehiläinen Oy* (C-215, 09) al concluir que el contrato por el que se constituye una sociedad de economía mixta es separable del contrato por el que se adjudica la prestación de servicios a dicha sociedad (apartado 47). En el mismo sentido, la STJ de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki AE* (C-145, 08 y 149, 08), dispone que "la transmisión de acciones a un licitador en el ámbito de una operación de privatización de una empresa pública no está regulada por las Directivas sobre contratación pública" (apartado 59); siempre que dicha operación de capital no oculte la adjudicación a un socio privado de contratos que puedan ser calificados de contratos públicos o de concesiones (apartado 61). Véanse las reflexiones que, a este respecto, formula el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada…* (ob. cit., apartados 53 y ss., pp. 19-23).

137. STJ de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (C-196, 08), apartado 58. "En la medida –precisa– en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario" (apartado 60).

renunciar a nuestra tradición jurídica, lo que ha dado lugar a un modelo normativo de enorme complejidad, al estar integrado por dos legislaciones superpuestas (la nacional y la comunitaria). La reversión de esta situación pasa por implantar un régimen uniforme, común a todos los contratos con independencia de su cuantía, que sea respetuoso con el modelo armonizado. No obstante, mientras que esto no suceda, cabría considerar la solución transitoria de regular en leyes diferentes los contratos de interés comunitario (que superen el umbral determinado por las Directivas) y los contratos de interés nacional; lo que facilitaría, en su caso, una ordenación legal más simple y precisa, rodeada de menos matizaciones y excepciones.

Finalmente, se hace necesario también simplificar la regulación, recuperando la clásica relación Ley-reglamento, despojando la futura ley o leyes de contratación pública de todo su contenido reglamentario, lo que aportaría una mayor flexibilidad, evitando la proliferación de modificaciones sucesivas del texto legal que, en ocasiones, hace muy difícil algo tan elemental como es conocer el derecho vigente[138].

138. En tan sólo tres años, el TRLCSP de 2011 ha sufrido una corrección de errores, dos actualizaciones de los límites de los distintos tipos de contratos y doce modificaciones legales en normas de muy diversa índole, en materia de: presupuestos generales (Ley 17, 12), apoyo al emprendedor (R.D-ley 4, 13 y Leyes 11, 13 y 14, 13), rehabilitación urbana (Ley 8, 13), lucha contra la morosidad y pago a proveedores (R.D-ley 8, 13 y Ley 13, 14), medicamentos (Ley 10, 13), unidad de mercado (Ley 20, 13), factura electrónica (Ley 25, 13) o infraestructuras de transporte (R.D-ley 1, 14).

COMUNICACIONES

Capítulo V

El impacto de la contratación pública electrónica en la transposición a España de la Directiva 2014/24/UE

RUBÉN MARTÍNEZ GUTIÉRREZ
Profesor Ayudante Doctor (Acr. Profesor Titular)
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. *1. Planteamiento general. 2. El concepto de contratación pública electrónica.* II. LA DIRECTIVA 2014/24/UE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA *ELECTRÓNICA*. III. CONCLUSIONES. LA TRANSPOSICIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE LA DIRECTIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. *1. La obligatoriedad de la utilización de instrumentos o herramientas electrónicas en la contratación pública. En especial, las comunicaciones electrónicas. 2. Transparencia, simplificación y acceso a la información y documentación contractual por medios electrónicos. 3. Los sistemas de contratación pública electrónica en sentido estricto (sistemas dinámicos de adquisiciones, subasta electrónica, etc.). La tasación de supuestos de utilización obligatoria de estos sistemas en determinados circunstancias.* IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

RESUMEN

La presente comunicación pretende poner el acento en el contenido de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública destinado a regular la utilización de técnicas e instrumentos electrónicos en este sector de la actividad de las Administraciones públicas, así como el impacto que debería tener esta nueva normativa comunitaria en la futura transposición a nuestra legislación, centrándonos única y exclusivamente en los aspectos relativos a la contratación pública electrónica, y con especial detalle en: 1. La utilización obligatoria de instrumentos electrónicos (por ejemplo, las

comunicaciones electrónicas) en todo procedimiento de contratación. 2. El aumento de la transparencia, la simplificación y la disponibilidad electrónica de la información y documentación contractual. Y, 3. La propuesta de la determinación de una serie de supuestos tasados en la nueva legislación de contratos de utilización obligatoria de los sistemas de contratación pública electrónica en sentido estricto como la subasta electrónica (SE) o los sistemas dinámicos de adquisiciones (SDA).

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Resulta obligado señalar de partida que la aproximación al estudio de la nueva Directiva y del fenómeno de la e-Contratación se ha realizado desde el conocimiento por parte de este comunicante del fenómeno de la e-Administración, lo que puede resultar interesante al combinar esta visión con los trabajos y reflexiones de los grandes especialistas en materia de contratación pública[1].

La estructura de esta comunicación es sencilla, en el siguiente apartado se definirá brevemente el concepto de contratación pública electrónica distinguiendo entre las nociones amplia y estricta del mismo, que en buena medida tienen reflejo en la Directiva. En segundo lugar, se hará referencia al contenido de la Directiva que se ocupa de regular la utilización de técnicas e instrumentos electrónicos en la contratación. Y, en tercer lugar, y a modo de conclusiones, se expondrá cómo debería proceder a transponerse a la legislación española de contratación algunos de los aspectos más relevantes de la e-Contratación incorporados en la Directiva.

1. Entre los que podemos destacar los ponentes en el propio Congreso de la Asociación en esta materia en buena medida aglutinados en torno al Observatorio de la Contratación Pública. Para un estudio de las nuevas Directivas, sin ánimo exhaustivo, véase Gimeno Feliú, J. M., *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, Cizur Menor (Navarra), 2014, y del mismo autor, la ponencia del Congreso titulada "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", Gallego Córcoles, I., "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", ponencia del X Congreso AEPDA, y Moreno Molina, J. A., Documento "Transposición de las nuevas Directivas de Contratación pública", y "Las nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública", ambos trabajos accesibles en la web del Observatorio de la Contratación Pública: *www.obcp.es*.

2. EL CONCEPTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

Del análisis de los diferentes documentos de trabajo, tanto europeos como nacionales, así como de las Directivas comunitarias y de la normativa española sobre contratación pública, parece desprenderse con claridad que la contratación pública electrónica debe insertarse dentro del más amplio concepto de Administración pública electrónica[2]. La contratación pública es un sector de la actividad de las Administraciones públicas ligado históricamente a la gestión pública que tiene como finalidad la provisión de bienes y servicios necesarios para la Administración y la contratación pública electrónica se vincula a la utilización de las TIC en este sector de actividad de las Administraciones[3].

Con este punto de partida, podemos distinguir dos nociones de contratación pública electrónica, de un lado, la concepción más estricta o restrictiva que sería aquella que vincula el concepto sólo a los procedimientos de contratación desarrollados exclusivamente por medios electrónicos, es decir, los procedimientos de contratación que han sido completados desde su inicio (acceso a la documentación del procedimiento de contratación y presentación de las ofertas) hasta su fin (adjudicación, formalización del contrato y pago) por medios electrónicos. Lógicamente, la noción estricta

2. Que puede definirse como "un nuevo modelo de administrar basado en la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en el desarrollo de las actividades administrativas con dos dimensiones diferenciadas: de un lado, la dimensión interna, que comprende la aplicación de las TIC en el trabajo administrativo interno y en las relaciones interadministrativas; y, de otro lado, la dimensión externa, referida a la aplicación de las TIC con el objetivo de ofrecer servicios públicos y procedimientos administrativos en sede electrónica a los administrados". Véase al respecto, Martínez Gutiérrez, R., *Administración pública electrónica*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 202 y 203.

3. Entre los numerosos trabajos doctrinales que señalan que la contratación pública electrónica se inserta dentro de la e-Administración podemos citar los siguientes: Palomar Olmeda, A., *La Actividad Administrativa Efectuada por Medios Electrónicos. A propósito de la Ley de Acceso Electrónico a las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 207 y ss., Moreno Molina, J. A., "Administración electrónica y contratación pública", en Piñar Mañas, J. L. (Dir.), *Administración electrónica y Ciudadanos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 743 y ss., Gimeno Feliú, J. M., "La contratación pública electrónica y el mundo local", en Cerrillo I Martínez, A. y Galán Galán, A. (Dirs.), *Informe sobre la Administración electrónica local*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2008, pp. 250 y ss., Medina Arnáiz, T., "La apuesta europea por la contratación pública electrónica como buque insignia de la Administración electrónica", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 22, 2010, pp. 69 y ss. y, Mestre Delgado, J. F., "La subasta electrónica: consideraciones sobre el empleo de medios telemáticos en la contratación pública", en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 2, febrero de 2003.

de contratación pública electrónica se refiere a la utilización de plataformas de contratación electrónica capaces de realizar todas las fases del procedimiento por medios electrónicos, incluida la clasificación, baremación y adjudicación del contrato[4]. De otro lado, debemos hacer referencia también a la noción amplia de contratación pública electrónica que la define como la aplicación y/o utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación en la contratación pública. Así, la noción amplia de contratación pública electrónica incluye cualquier aplicación de las TIC al procedimiento de licitación, en cualquiera de sus fases, sin que ello implique necesariamente la perfección del contrato por medios electrónicos[5].

Finalmente, la Unión Europea, concretamente la Comisión Europea, ha procedido a establecer un concepto de contratación pública electrónica comprensivo de las nociones amplia y estricta a las que acabamos de hacer referencia. El *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE* (Documento COM 2010 (571) Final) publicado por la Comisión Europea en octubre de 2010 ha definido la contratación pública electrónica de forma general, incluyendo no sólo los procedimientos de contratación efectuados íntegramente por medios electrónicos (noción estricta) sino también la utilización de las TIC en cualquier fase de los procedimientos de contratación pública (noción amplia).

II. LA DIRECTIVA 2014/24/UE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA *ELECTRÓNICA*

La Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública (en adelante también DCPUE) ha supuesto la generalización del establecimiento de técnicas de contratación pública electrónica (en adelante también CPE), tanto en sentido amplio como estricto, en la normativa comunitaria que deberá transponerse a los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados Miembros de la Unión Europea. Ya en los considerandos de la propia Directiva es evidente que

4. Noción que la Comisión Europea ha manejado en algunos documentos comunitarios, véase especialmente la Comunicación de la Comisión de 2013 titulada "Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública" (Documento COM (2013) 453 final).

5. De esta manera, en la noción amplia de contratación pública electrónica destacan diversos ámbitos de utilización de las TIC en la contratación, siendo los más característicos la publicación de información contractual a través de los perfiles del contratante y las plataformas de contratación, las comunicaciones electrónicas en el procedimiento contractual, la utilización de registros electrónicos y la remisión de documentos electrónicos, la firma electrónica, los intercambios de información por medios electrónicos, etc.

la contratación pública electrónica y la aplicación de las TIC a los procesos de contratación tendrán un papel relevante y determinante en el futuro de la contratación pública en Europa. A partir del considerando 52 son constantes la referencias a las TIC y su aplicación a la contratación, justificando las novedades legales en el aumento de la transparencia, la publicidad, la eficacia, la eficiencia e, incluso, en la mayor objetividad de la adjudicación de los contratos que se deriva de la CPE.

En cuanto al articulado de la DCPUE, debemos destacar el Capítulo II del Título II de la Directiva en el que, dentro de las "Normas aplicables a los contratos públicos" se dedica un Capítulo completo a las "Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada", artículos 33 a 39, donde se regulan los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas o los catálogos electrónicos entre otras cuestiones. Además del citado Capítulo, el Título II de la DCPUE contiene otras muchas referencias a la aplicación de las TIC en los procedimientos de contratación pública tales como las comunicaciones electrónicas, artículo 22, la publicación de anuncios, artículos 48 y ss., la disponibilidad de la documentación y en especial de los pliegos de contratación por medios electrónicos, artículo 53, el depósito de certificados en línea mediante e-Certis, artículo 61, y otras muchas aplicaciones de las TIC a los procedimientos de contratación que se ubicarían en lo que hemos denominado en el presente trabajo como noción amplia de la contratación pública electrónica. Como podemos comprobar, la nueva Directiva de 2014 ha venido a reforzar considerablemente el marco normativo y con ello la aplicación práctica en el futuro de la contratación pública electrónica tanto en sentido amplio como estricto.

Por tanto, y en consecuencia con el firme propósito de la DCPUE que pretende la normalización y el uso obligatorio de técnicas electrónicas en todos los procedimientos de contratación pública en la Unión Europea a más tardar el 18 de octubre de 2018 (según el artículo 90 de la Directiva), se hace imprescindible una buena transposición a nuestro ordenamiento del régimen jurídico de la e-Contratación establecido en la normativa comunitaria. A partir de la citada fecha, la contratación pública en los diferentes Estados Miembros y en la Unión Europea será electrónica, desapareciendo los sistemas tradicionales de contratación pública basados exclusivamente en el modelo de Administración clásico o tradicional en papel. La Directiva ha puesto fecha de caducidad a la contratación pública tradicional, estableciendo la obligatoriedad para los poderes adjudicadores y para los Estados Miembros de utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación en cualquier procedimiento de contratación.

III. CONCLUSIONES. LA TRANSPOSICIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE LA DIRECTIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

En este apartado de conclusiones vamos a proceder a formular cómo debería proceder el legislador español a la transposición de la Directiva 2014/24/UE por lo que respecta a la regulación de la contratación pública electrónica. Así, en mi opinión, el futuro texto legal de contratación español debería regular Capítulos diferenciados de una parte, las herramientas o instrumentos propios de la noción amplia, y por otra, los sistemas de contratación pública enteramente electrónicos. Asimismo, también se debería regular en Título o Capítulo diferenciado la facturación electrónica en la contratación pública. La propuesta de regulación de estos tres aspectos relacionados con la contratación pública electrónica en un mismo texto legal pero estructurados en su regulación en Títulos o Capítulos diferenciados debería centrarse en los siguientes aspectos:

En primer lugar, los instrumentos electrónicos de contratación pública (e-Contratación en sentido amplio): comunicaciones electrónica y, en particular, la presentación de ofertas por medios electrónicos, la publicidad de información y documentación contractual por medios electrónicos, la regulación del documento electrónico único de contratación, de las bases de datos y de los registros electrónicos, así como las garantías de interoperabilidad.

En segundo lugar, debería regularse en Capítulo específico posterior (que podría ubicarse en el Título de la Ley destinado a regular los procedimientos de licitación) los sistemas electrónicos de contratación pública (e-Contratación en sentido estricto): sistemas dinámicos de adquisiciones, subasta electrónica y adjudicaciones de licitaciones específicas de acuerdos marco con utilización de técnicas e instrumentos electrónicos.

En tercer lugar, la futura ley española de contratación debería contener en otro Título o Capítulo diferenciado la regulación correspondiente a la transposición a nuestro ordenamiento 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, conteniéndose así en un único texto legal todas las cuestiones relativas a la contratación pública[6] (de entre las que destacan los tres aspectos de la e-Contratación que acabamos de comentar). Actualmente en España disponemos del TRLCSP de 2011 y de

6. A diferencia de lo que ha sucedido con el procedimiento administrativo común, donde coexisten la Ley 30, 1992 y la Ley 11, 2007, cuyas previsiones bien podrían haberse integrado en una única norma legal.

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, que quizá deberían materializarse con ocasión de la futura transposición a España de las dos Directivas de 2014 en un único texto legal sobre contratación pública dado que ambas normativas inciden sobre el mismo título competencial constitucional: artículo 149.1.18, que establece la competencia exclusiva del Estado para regular "las bases del régimen jurídico de la(s) (…) legislación básica sobre contratos (…)".

1. LA OBLIGATORIEDAD DE LA UTILIZACIÓN DE INSTRUMENTOS O HERRAMIENTAS ELECTRÓNICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. EN ESPECIAL, LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

La reforma de nuestro actualmente vigente TRLCSP deberá tener presente que el legislador comunitario ha trazado con las Directivas de 2014 una idea clara del modelo de contratación pública que quiere en todos los Estados Miembros a más tardar a finales de 2018, y que pasa inexorablemente por la implantación en los procedimientos de contratación pública de técnicas e instrumentos electrónicos. Del análisis del texto de la DCPUE podemos extraer una conclusión general: la aplicación de las TIC en determinadas actuaciones (publicación de anuncios, transmisión electrónica de documentos, publicación electrónica de pliegos, etc.) de todo procedimiento de contratación se convertirá en breve en obligatoria (noción amplia de contratación pública electrónica). Sin embargo, el legislador comunitario no pretende imponer, por el momento, el uso de los medios electrónicos a los Estados Miembros ni en el tratamiento de las ofertas ni en la evaluación automatizada y selección de las ofertas (sistemas de contratación pública electrónica en sentido estricto como la subasta electrónica o los sistemas dinámicos), a cuya conveniencia nos referiremos en el punto 3.3 de la presente comunicación.

La DCPUE ha establecido con claridad en su artículo 22 la regla general de la utilización obligatoria de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública. El citado artículo señala en su apartado primero que "los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo". Debemos indicar que el legislador comunitario no deja lugar a la duda cuando afirma la obligación para los Estados Miem-

bros de garantizar "todas las comunicaciones y todos los intercambios de información" relativos a la contratación pública y, particularmente, "la presentación electrónica de ofertas" que se constituye como un medio de comunicación electrónica entre los operadores económicos que se presenten a un procedimiento de licitación pública y los poderes adjudicadores.

La interpretación jurídica del primer párrafo implica el establecimiento de una regla general a nivel comunitario de obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación pública (en cualquier tipo de procedimiento y, especialmente, en la SE, los SDA, la presentación de ofertas en forma de catálogo electrónico o las centrales de contratación), que el legislador español deberá transponer en la nueva Ley de Contratos del Sector Público que vaya a promulgarse. Esta obligación de utilización exclusiva de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, debe articularse cuidadosamente en la futura normativa de contratación teniendo en cuenta dos cuestiones fundamentales: 1. Para la transposición se deberá tener en consideración la vigente legislación española de Administración electrónica, es decir, la LAECSP y su normativa de desarrollo. Y, 2. En la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento en materia de comunicaciones electrónicas el legislador español deberá tener muy presente la articulación del principio de no discriminación en el acceso a las comunicaciones electrónicas, tanto en el supuesto de accesibilidad para personas con discapacidad o con dificultades de acceso a Internet como en el supuesto de garantizar el acceso por los poderes adjudicadores a herramientas o sistemas alternativos en el caso de que la tecnología a utilizar para el sistema de comunicaciones no sea estándar, ya que la DCPUE pretende en todo momento salvaguardar la aplicación de la regla general de utilización de comunicaciones electrónicas en todos los procedimientos de contratación pública.

2. TRANSPARENCIA, SIMPLIFICACIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CONTRACTUAL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

El actual TRLCSP ha regulado en momentos muy distintos de su articulado el perfil del contratante (artículo 53) y la plataforma de contratación del sector público (PCSP) (artículo 334), cuando realmente se trata de mecanismos para el fomento de la transparencia y el acceso a la información y documentación contractual que deberían regularse de una forma coordinada y en un mismo momento o lugar en la legislación de contratos. La nueva DCPUE y su transposición a nuestro ordenamiento puede ser una

buena oportunidad para regular de una forma más adecuada estos aspectos, coordinando la publicidad, información y documentación de los procedimientos de contratación que se realiza mediante dichos instrumentos[7].

En esta línea, podría resultar conveniente que el legislador español al transponer la regulación de los instrumentos comunitarios de simplificación y transparencia en la contratación a nuestro ordenamiento pueda regular el perfil del contratante y la PCSP y sus obligaciones derivadas de una manera coordinada, ya que no debería suponer perjuicio alguno para una Administración publicar en su perfil del contratante la misma información y documentación que envía a publicación oficial a través de la Plataforma, más bien, todo lo contrario, el procedimiento podría llegar a ser más ágil y simplificado, a la vez que mucho más coherente. Si además, el legislador español determina un procedimiento de publicación con el establecimiento de unos formatos documentales para el envío, remisión y publicación de la información y documentación contractual, la utilidad del perfil, de la plataforma y de los boletines oficiales podría no ser simplemente informativa sino también procedimental, beneficiando tanto a operadores económicos como a los poderes adjudicadores.

Finalmente, si el legislador español procediese a establecer un sistema de información y documentación contractual regulando de forma coordinada las obligaciones de publicidad a través del perfil, la plataforma de contratación y los boletines o diarios oficiales, debería tenerse en cuenta en dicha regulación los requisitos y el contenido informativo mínimo de los anuncios y de la documentación contractual fijado en diferentes artículos y en los Anexos de la Directiva de 2014. Con estas premisas se debería articular una regulación española en la que: 1. Los poderes adjudicado-

7. El artículo 51 de la Directiva ha establecido el envío electrónico obligatorio de los anuncios de información previa, de licitación y de adjudicación de los contratos por parte de los poderes adjudicadores a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (y el artículo 53 la publicidad electrónica de los pliegos de la contratación), con el propósito de agilizar la tramitación de la publicación de los mismos, estableciendo asimismo en el apartado 1º del citado artículo la utilización obligatoria de formularios normalizados para el envío de la información relativa a los anuncios. Podemos afirmar en consecuencia, que el legislador comunitario pretende con la nueva regulación mantener el sistema de publicación de anuncios a través de los servicios del Portal SIMAP de la Unión Europea, donde además se pueden ubicar los perfiles del comprador. A este respecto podemos señalar que el legislador español a la hora de la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento debería determinar una regulación equivalente de obligación de remisión electrónica de los anuncios a la Plataforma de Contratación del Sector Público y, desde ésta, interconectar también la publicación de los mismos en los Boletines o Diarios oficiales correspondientes.

res deban elaborar los anuncios y la documentación contractual con unos formatos de documentos estándar. 2. Los poderes adjudicadores deban remitir a la Plataforma de Contratación del Sector Público la información y documentación contractual elaborada conforme a los formatos determinados, y, simultáneamente, publicarla en su perfil del contratante. 3. A través de los servicios de la PCSP las Administraciones públicas españolas deberían poder acceder a un sistema electrónico para publicar los anuncios y demás documentación contractual cuando sea preceptivo en los boletines o diarios oficiales. Y, 4. El sistema español de información contractual creado sobre estas premisas y sobre el funcionamiento de la PCSP debería interconectarse con el sistema de la UE articulado mediante la Plataforma SIMAP.

3. LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN SENTIDO ESTRICTO (SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIONES, SUBASTA ELECTRÓNICA, ETC.). LA TASACIÓN DE SUPUESTOS DE UTILIZACIÓN OBLIGATORIA DE ESTOS SISTEMAS EN DETERMINADOS CIRCUNSTANCIAS

Por último, resulta interesante señalar que la transposición de los sistemas de contratación pública electrónica en sentido estricto a nuestra legislación puede realizarse de dos formas: en primer lugar, proceder de igual manera que en la LCSP en 2007 para la transposición de la Directiva de 2004 en este aspecto, y realizar una mera reproducción en nuestra legislación de contratos del contenido del articulado de la regulación de la subasta electrónica y de los sistemas dinámicos de la Directiva (la mera reproducción venía impuesta como sistema de transposición en la propia Directiva de 2004). O, en segundo lugar, desarrollar y precisar el contenido de la regulación comunitaria e incluso dar un paso más allá en la regulación española respecto del régimen jurídico de los sistemas de contratación pública electrónica en sentido estricto, ya que es evidente que se trata de sistemas más ágiles, más eficaces y que por si mismos pueden llegar a ser factor de simplificación de los procedimientos de contratación.

Respecto de la segunda posibilidad, que realmente es la única de interés para estudiar en estos momentos, el legislador español debería analizar la conveniencia de regular los sistemas dinámicos de adquisiciones como sistemas de contratación obligatorios para determinados supuestos de contratación de obras, suministros y servicios, como por ejemplo, cuando la adjudicación de los contratos vaya a producirse mediante el valor único del precio y se prevea que vayan a producirse en el futuro una plurali-

dad de contratos similares. Exactamente igual debería regularse la subasta electrónica como fórmula de adjudicación puntual de contratos públicos obligatoria tasando los supuestos en los que debería ser utilizada, siendo el paradigmático el de adjudicación mediante único valor por precio.

En esta línea, no resultaría descabellado que el estudio de estos supuestos y de las condiciones a las que se ha hecho referencia en el párrafo anterior tuviese como consecuencia la elaboración de un Anexo en la futura Ley de Contratos del Sector Público donde se precisase con unas tablas la utilización obligatoria (o potestativa o indicativa, en el caso de no querer imponer la utilización) de sistemas de contratación pública electrónica en sentido estricto bajo determinadas condiciones o supuestos de contratación. Si determinados documentos de interés como el Informe CORA han puesto de manifiesto el impacto positivo de técnicas de contratación pública rediseñadas bajo el prisma de la simplificación administrativa, para aumentar así la eficacia y la eficiencia de estos procedimientos, puede resultar muy interesante la labor de diseño del Anexo a la futura Ley de Contratos que aquí se propone.

IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Para la elaboración de la presente Comunicación se han utilizado como base para la reflexión los trabajos citados en las notas al pie 1ª, 2ª y 3ª de este texto, y los contenidos de la Web del Observatorio de la Contratación Pública (*www.obcp.es*).

Capítulo VI

Integridad en la contratación pública: Patologías al uso

(A propósito del informe de la Comisión Europea sobre lucha contra la corrupción)

ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTUDIO ESPECIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL INFORME SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA UE DE 2014. III. PATOLOGÍAS EN LA PRELICITACIÓN. IV. PATOLOGÍAS EN LA FASE DE LICITACIÓN. V. PATOLOGÍAS POSTLICITACIÓN. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El informe realizado por la Comisión europea sobre corrupción en la UE, permite elaborar un catálogo de patologías o infracciones contrarias al principio de integridad en la contratación pública. Aquéllas pueden aparecer en diferentes fases: previas a la licitación, durante ésta o después de la misma. El cuarto paquete en materia de contratación pública pretende poner freno a las mismas.

I. INTRODUCCIÓN

Como se apunta en la ponencia del profesor José María Gimeno Feliú sobre "*La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad*", cita

el *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE* de fecha 3 de febrero de 2014 (en adelante *el Informe 2014*)[1]. Permite poner de manifiesto algunas de las patologías o infracciones más frecuentes a las que se expone el principio de integridad en esta materia. Aunque las citas de las diferentes anomalías recogidas en *el Informe 2014* no se hacen de una forma sistemática sino a modo ejemplificativo, ello no es óbice para destacar la importancia del resultado arrojado, aunque muchas de dichas infracciones ya nos sean conocidas[2]. En esta comunicación se opta por ordenar y poner en valor dicha información siguiendo el criterio utilizado en los *principios OCDE sobre integridad*, –citados también en el referido Informe–, que agrupa las diferentes infracciones a la integridad, teniendo en cuenta el ciclo completo de la contratación. De este modo, sus quiebras pueden aparecer: antes de la licitación, durante la licitación o en la fase de ejecución del mismo. Este es el enfoque que suele ser adoptado por la influencia generada a través de aquellos *Principios OCDE*[3].

Los diferentes supuestos que aparecen en *el informe 2014* derivan de los distintos estudios y encuestas que le sirven de soporte, lo que en modo alguno puede considerarse como un *numerus clausus* de los incumplimientos que pueden darse. Lo atestigua la creatividad demostrada por los distintos actores en presencia para saltarse la normativa en este ámbito. Asimismo, un problema a la hora de acotar el concepto de integridad y su sustantividad para el Derecho, es que afecta prácticamente a todos los aspectos de la contratación, al proyectar sus efectos sobre el ciclo completo de la misma. De este modo, su incidencia se produce desde la delimitación del ámbito subjetivo, las causas de exclusión de los licitadores, los procedimientos de selección del contratista hasta la modificación de los contratos, entre otros. En todos estos temas pueden darse manifestaciones que pueden comprometer o infringir el principio de integridad. El aspecto más destacado del *Informe 2014* es la especie de vademécum que proporciona de prácticas contrarias a la integridad, lo que permitirá reaccionar, prevenir y poner solución a los problemas que plantean. Aquel consta materialmente

1. COM (2014) 38. Con anterioridad, la Comisión había adoptado en junio de 2011 una Comunicación sobre la lucha contra la corrupción en la UE que establecía la necesidad de elaborar el Informe considerado. La Comisión se compromete a realizar un nuevo informe sobre el tema cada dos años.
2. Una lista extensa de dichas infracciones ya había sido expuesta también en el documento de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*, traducción de Isabel Sánchez Gil, INAP, Madrid, 2009.
3. *OCDE Principles for integrity in public procurement* (2009). En este sentido, el completo estudio de Agustí Cerrillo Martínez, *El principio de integridad en la contratación pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.

de dos partes. La primera de ellas realiza una visión global de la corrupción, mientras que la segunda se dedica específicamente a la contratación pública. Sobre esta última se centra la presente comunicación[4]. Ese estudio se acompaña de un análisis singularizado para cada Estado, que en caso español es el *Anexo 9*. Una idea que recorre el Informe comentado es que la financiación de los partidos políticos incurre en casos de corrupción, muchos de ellos ligados a prácticas ilegales en la contratación pública ("*una de las cuestiones de fondo que se sabe, por experiencia, que influyen en la corrupción es la financiación de los partidos políticos*", p. 10)[5]. El Informe acoge un concepto amplio de corrupción entendida como "*cualquier abuso de poder para obtener réditos privados*" (p. 2)[6]. Asimismo, se hará referencia en cada apartado tanto al *Anexo* de dicho informe correspondiente a nuestro país, como al *Informe del Tribunal de Cuentas nº 935 sobre el sector público autonómico, ejercicios 2006 y 2007*, que confirma muchas de las anomalías o prácticas en contra del principio de integridad (en adelante el *Informe del Tribunal de Cuentas 935)*, por haber sido citado por aquel Anexo para la parte española.

II. EL ESTUDIO ESPECIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL INFORME SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA UE DE 2014

El Capítulo IV del *Informe 2014 sobre la corrupción en la UE* dedicado a la contratación pública comienza realizando una visión general del marco de la UE. En él se pone de manifiesto la importancia económica de este sector para la economía de la zona euro, haciendo una estimación del valor de las licitaciones efectuadas en el año 2011 en torno a los 425.000 millones de euros. Esto lo convierte en un "*ámbito expuesto a las prácticas de la corrupción*" (p. 23), lo que puede generar unos costes adicionales que, en algunos casos, puede superar la mitad de su valor. A pesar de que en el ámbito de la Unión europea exista desde hace años una normativa sobre contratación pública que ha ido paulatinamente perfeccionándose y actualizándose (vamos por el cuarto paquete de medidas), ello no impide que existan

4. El informe consta de: I. Introducción; II. resultados de la encuesta Eurobarómetro 2013; III. un capítulo horizontal sobre tendencias de corrupción y conclusiones; IV. un capítulo transversal centrado en la contratación pública; V. Anexo sobre metodología; VI. Capítulos nacionales que se recogen en Anexos para cada Estado miembro, completado con futuras medidas y seguimiento.
5. Sobre los problemas y opacidad de la financiación de los partidos políticos se pronuncia Gaspar Ariño Ortiz, *Regenerar la democracia, reconstruir el Estado*, Unión Editorial, Madrid, 2012, pp. 134 y ss.
6. En nuestro país es un clásico sobre la materia el ensayo de Alejandro Nieto García, *La corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.

prácticas corruptas. En realidad, la mayoría de las patologías que ponen en peligro la integridad son infracciones ya previstas y sancionadas por la normativa sobre contratación pública, aunque cada vez se afinen más los diferentes supuestos para evitarlas. Aunque sea una obviedad recordarlo y la normativa sobre contratación pública recoja y se haya revisado para poner freno a las prácticas corruptas, éstas siguen existiendo porque, como es lógico, el problema real no desaparece con la mera existencia de la prohibición legal. Eso explica que a pesar de aquella normativa, exigente, sigan aparecido y se estén investigando casos graves de corrupción como los que azotan a nuestro país[7].

Independientemente de las medidas nacionales, la Comisión europea y el Tribunal de Justicia de la Unión europea velan por el cumplimiento estricto de dicha normativa y van poniendo al descubierto, vía decisión o sentencias, las patologías más comunes en esta materia[8]. Estas situaciones son las que conducen a las reiteradas modificaciones normativas, como algunas que han sido incorporadas al cuarto paquete. No obstante, las diferentes administraciones públicas se defienden de algunas de las infracciones cometidas a dicha normativa escudándose en la alta complejidad normativa en la materia, algunas de cuyas medidas son altamente engorrosas, lo que dificulta su aplicación efectiva. Evidentemente, algo de ello es así (la ya conocida forma de legislar, uno de los males de nuestro tiempo[9]); otras son auténticas elusiones intencionadas. El informe se apoya también en una Encuesta eurobarómetro realizada en el año 2013 que va destacando las infracciones que a juicio de las empresas afectadas son más recurrentes. Aquí aparecen todas las patologías que se exponen más adelante.

A continuación, una segunda parte, analiza las prácticas positivas y negativas en la lucha contra los riesgos de la corrupción en este ámbito. El análisis se hace, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, teniendo en

7. En la web del proyecto de investigación *El impacto de la crisis en la contratación pública*, dirigido por el profesor Francisco L. Hernández González, puede encontrarse un apartado dedicado a contratación y corrupción, *http://www.crisisycontratacionpublica.org/2014, 11, 16/noticias-de-prensa-recientes-sobre-los-casos-de-corrupcion-vinculados-a-la-contratacion-publica/* (Proyecto DER 2012-32911).
8. Tal y como es conocido y ampliamente tratado por la doctrina, nuestro país ha sido condenado en varias ocasiones por eludir la aplicación de la normativa europea sobre contratación pública al excluir vía normativa a determinados entes instrumentales (exclusión del ámbito subjetivo). Esto debe considerarse también una infracción al principio de integridad.
9. Como certeramente expuso Eduardo García De Enterría, *Justicia y Seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

cuenta el ciclo completo de la contratación pública (pre-concurso, concurso y pos-concurso). En este caso van apareciendo las diferentes patologías e infracciones avaladas por estudios, encuestas y la valoración realizada en cada Estado miembro. Según se dijo, en muchos supuestos ello se relaciona con fenómenos de financiación ilegal de los partidos políticos, siendo los sectores más expuestos a la misma la construcción, energía, transporte, defensa y sanidad, según el propio informe (p. 29). Muchas denuncias se referían a "*vínculos demasiado estrechos entre empresas y responsables políticos a nivel central o local que fomentaron las presuntas prácticas corruptas relacionadas con la adjudicación de contratos públicos*" (p. 29). Ello presenta caracteres particulares a nivel regional o local, siendo el ámbito urbanístico, ligado o no a la contratación pública. Las causas esgrimidas, sin ánimo exhaustivo, se asocian al conflicto de intereses y la inexistencia de obligaciones de declaración del patrimonio o la complejidad de la legislación antes aludida. No obstante, se pone de manifiesto que la transposición de la normativa europea ha contribuido a dar mayor transparencia al sector en todos los Estados miembros, aunque existe una zona de penumbra en la situación en la que quedan las empresas públicas (p. 34). Se apuesta por el desarrollo de los pactos de integridad, una medida que aparece como algo cándida y obvia desde la perspectiva del Estado de Derecho (¡nos comprometemos con cumplir con el Derecho y no realizar prácticas corruptas!). Se confía en que la contratación electrónica mejore la gestión, introduzca mayor transparencia y mejore el cumplimiento del contrato. Hoy los niveles son muy bajos (en torno al 10% del total según el *Informe 2014*).

Los mecanismos de control también contribuyen a la protección del principio de integridad. La Directiva sobre procedimientos de recursos deja libertad a los Estados miembros para decidir si los mismos son tramitados por órganos administrativos o judiciales. Como se sabe, nuestro país fue condenado en diversas ocasiones por el Tribunal de Justicia de la Unión europea por no haber llevado a cabo una transposición adecuada de aquella Directiva, lo que ha motivado varias reformas legales hasta darle su configuración actual como recurso administrativo especial a resolver por órganos administrativos especializados (estatal y autonómicos)[10]. Asimismo, para reforzar el control y las políticas de integridad, se apuesta por una mayor profesionalización de los funcionarios encargados de la gestión contractual, así como reforzar las funciones de control en la ejecución de los contratos. Todo ello acompañado de las previstas causas de inhabilitación (prohibiciones para contratar), así como la prevención penal para los casos

10. La Ponencia de Gimeno Feliú da cuenta de este litigioso proceso y las sucesivas reformas.

más graves. Respecto a la percepción que las empresas españolas tienen de la corrupción en el ámbito específico de la contratación pública, el resultado de la encuesta Eurobarómetro de 2013 arrojó que el 89% de las empresas españolas encuestadas (el más alto porcentaje de la UE) consideró que la corrupción estaba muy extendida en la contratación pública gestionada por las autoridades naciones y el 90% (segundo porcentaje más elevado de la UE), el que afectaba a las autoridades locales. De conformidad con el Informe específico para nuestro país, los sectores más expuestos a las prácticas corruptas serían la construcción y los servicios de recogida de residuos[11].

Por último, el Informe 2014 aborda las conclusiones y recomendaciones, poniendo de manifiesto que en la actual reforma (propuesta en el momento del informe), se adoptan medidas tendentes a reforzar la integridad. Las recomendaciones que realiza, cada una de ellas con medidas concretas, son: 1) necesidad de un uso sistemático de las evaluaciones de riesgos de corrupción en la contratación pública; 2) aplicación de datos estándares de transparencia para la totalidad del ciclo de contratación, así como durante la ejecución de los contratos; 3) refuerzo de los mecanismos de control interno y externo de la totalidad del ciclo de contratación, así como durante la ejecución de los contratos; 4) garantizar una visión de conjunto coherente y concienciar sobre la necesidad y el conocimiento de la prevención y detención de las prácticas corruptas en todos los niveles de la contratación pública; 5) fortalecer los regímenes sancionadores. Medidas que en mayor o menor grado se incorporan a las Directivas de 2014.

III. PATOLOGÍAS EN LA PRELICITACIÓN

Con carácter previo conviene realizar la puntualización de que existen dos patologías que pueden darse en cualquiera de las fases de la contratación: el conflicto de intereses y el soborno. De ahí su repetición en la lista de infracciones posibles en cada una de las fases. Dicho lo mismo, dentro de las infracciones más frecuentes detectadas en el *informe 2014* en la fase de prelicitación pueden destacarse: a) El establecimiento de especificaciones a medida para favorecer a determinados licitadores; b) La participación de licitadores en el diseño de los pliegos; c) El establecimiento de criterios de selección poco claros; d) El uso de criterios de selección injustificados y desproporcionados; e) La aplicación de criterios discriminatorios; f) El uso indebido de los acuerdos marco; g) La influencia en la reclasificación de terrenos para obtener con posterioridad futuros contratos de obras; h) conflicto de intereses; i) soborno. Dentro de este catálogo

11. Anexo 9 sobre España al *Informe 2014*, p. 13.

de ilegalidades cabe significar la presión para obtener la reclasificación de terrenos con vistas a la obtención de contratos de obras futuros. Se critica en el Informe la alta discrecionalidad de la Administración para adoptar esta medida, al mismo tiempo que se destaca la presión de determinados empresarios para influir en la decisión administrativa (p. 30). En nuestro país estos dos ámbitos –urbanismo y contratación pública– van de la mano en muchas ocasiones, tal y como se pone de manifiesto en el *Anexo* relativo a España[12]. Complementariamente, debe indicarse que una de las polémicas doctrinales y jurisprudenciales más ricas en los últimos tiempos a raíz de la denominada *Setencia Scala*, gira en torno a la aplicación o no de la normativa de contratación pública a la adjudicación de los sistemas de ejecución privada del planeamiento urbanístico[13].

En cuanto al resto de infracciones, la encuesta Eurobarómetro de 2013 realizada para hacer el *Informe 2014*, señala que las empresas españolas consideraron que las prácticas más extendidas en esta fase de prelicitación eran los pliegos a medida para determinadas empresas (80%) y el establecimiento de criterios de selección y evaluación poco claros (72%)[14]. Asimismo, el *Informe del Tribunal de Cuentas 935* complementa la tabla de deficiencias o anomalías detectadas en esta fase prelicitadora, 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)[15].

IV. PATOLOGÍAS EN LA FASE DE LICITACIÓN

En esta fase se concentran el mayor número de infracciones al principio de integridad. A su vez, las causas pueden agruparse en tres: a) aquellas que afectan a la publicidad y elección del procedimiento; b) las que se refieren a los licitadores y; c) las causas que inciden sobre el precio el contrato.

12. Anexo 9 sobre España al *Informe 2014*, pp. 11 y 12.
13. Sobre esta cuestión González Sanfiel, A. M., *"La aplicación de la normativa comunitaria de contratos a las obras de urbanización de iniciativa privada"*, en *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. *Liber Amicorum a Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011, pp. 279-304 y la bibliografía allí citada.
14. Anexo 9 sobre España al *Informe 2014*, p. 13.
15. Informe del Tribunal de Cuentas nº 935, pp. 228 a 230. La jurisprudencia española da cuenta también de muchas de las anomalías producidas en esta fase.

Dentro del primer grupo, es decir, las que infringen la *publicidad y el procedimiento* a utilizar se encuentran: a) excepciones injustificadas de publicación; b) la aplicación incorrecta sobre normas de cooperación entre públicos (*in house*); c) la utilización injustificada del procedimiento negociado sin publicidad; d) el fraccionamiento del objeto del contrato para eludir la publicidad; e) las adjudicaciones directas; f) el abuso del procedimiento de urgencia y de emergencia; g) el uso indebido de la excepción de seguridad y defensa.

Por lo que respecta al segundo grupo, relativo a las causas que afectan a los *licitadores* el *informe 2014* cita las siguientes: a) la confusión de criterios de selección y adjudicación; b) la exclusión injustificada de licitadores; c) la licitación fraudulenta (supresión de ofertas complementarias, rotación de ofertas, subcontratación sin controles, promesa de contrato); d) la reclasificación para obtener el contrato; e) la división en lotes más pequeños (fraccionamiento) para evitar procedimientos competitivos; f) la licitación colusiva.

Por último, respecto de las causas que inciden sobre el *precio* del contrato, el *informe de 2014* recoge las siguientes: a) el cálculo inadecuado del valor de los contratos; b) la confianza en el precio más bajo cuando con ello no queda asegurado el interés público.

Tal y como se adelantó, en esta fase también pueden aparecer problemas generados por conflicto de intereses y soborno. En la encuesta Eurobarómetro de 2013, las empresas españolas indicaron que la percepción de las infracciones que se realizaban en esta fase eran, por orden de importancia, el abuso de los procedimientos negociados (72%), los conflictos de intereses en la evaluación de las ofertas (71%) y la licitación colusoria (71%). Por centrarnos en los tres principales problemas destacados a nivel español, sin duda el más recurrentes a lo largo del informe es el uso abusivo del procedimiento negociado; "*a juzgar por el tipo de casos en los que la Comisión incoa procedimientos de infracción por presunta vulneración de las normas de la UE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, el procedimiento negociado sin publicidad es el tipo de procedimiento donde más irregularidades se comente. La mayor parte de los casos de aplicación incorrecta se refieren al sector de infraestructuras, seguido de las aguas residuales y residuos, contratación de servicios de TI, ferrocarriles, sanidad y energía*" (pp. 25-26). Añadiéndose más adelante, como es lógico, que en la mayoría de los casos "*se hace con el fin de eludir las obligaciones del procedimiento abierto*" (p. 29). Sobre este supuesto el *Informe del Tribunal de Cuentas 935* destacó que en muchos de los contratos analizados durante el período 2006-2007 se daba una "*falta de justificación de la concurrencia de*

los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad, que implican la exclusión de los contratos así adjudicados de los principios de publicidad y libre concurrencia, la mayor discrecionalidad en la selección de los adjudicatarios y en los que, además, no suelen obtenerse bajas apreciables, particularmente, cuando se invocó la existencia de una imperiosa urgencia o de un único empresario capacitado para la realización de las correspondientes prestaciones" (p. 230 del *Informe del Tribunal de Cuentas 935*).

Asimismo, este mismo *Informe del Tribunal de Cuentas* citado, corrobora el resto de infracciones denunciadas en el *Informe sobre corrupción* para esta fase, especialmente las relativas a 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. Se indica, por ejemplo, que además de recudir el plazo para la presentación de las ofertas, luego no es infrecuente que los expedientes acogidos a esta modalidad se dilaten de manera excesiva en el tiempo. Por lo que respecta a los conflictos de intereses, se pone de manifiesto que dicho problema es especialmente relevante en el ámbito local, lo se dice genera unas ganancias privadas en detrimento de los intereses públicos (p. 31).

En cuanto a la licitación colusoria, el problema no ha pasado desapercibido para las autoridades nacionales españolas, como lo demuestra el importante documento *Guía sobre la contratación pública y competencia* de la Comisión Nacional de la Competencia, que dedica uno de sus apartados a esta cuestión, recopilando los supuestos –no sólo nacionales– más destacados sobre el tema (pp. 29 a 45 de la citada *Guía*). En dicha Guía se ofrecen varios ejemplos de los acuerdos a los que pueden llegar las empresas con la finalidad de eludir la competencia y obtener ventajas en la adjudicación de los contratos, tema que por razones de espacio no pueden ser objeto de más desarrollo.

V. PATOLOGÍAS POSTLICITACIÓN

Dentro de esta parte, el informe destaca fundamentalmente dos causas: a) la modificación injustificada del contrato (se alteran pliegos y presupuesto); y b) el fallo en las potestades de supervisión y control. Asimismo, también en esta fase pueden darse problemas por conflicto de intereses y de soborno. Las empresas españolas consideraron que la causa más destacada en esta fase eran las modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración del contrato (69%), en relación con todas las in-

fracciones que pudieran darse en el conjunto del ciclo de la contratación[16]. No es de extrañar que por ello, el máximo órgano fiscalizador externo, en su informe ya citado, señalara sobre esta cuestión que se producen:

> "*Modificaciones de contratos en ejecución, particularmente de obras, que no responden a nuevas necesidades surgidas durante su ejecución sino a imprevisiones y deficiencias en las actuaciones preparatorias de los respectivos contratos primitivos. Dichas modificaciones se aprobaron sin que, generalmente, conste la práctica de las actuaciones legales para la exigencia de las correspondientes responsabilidades y/o el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a las Administraciones. En ocasiones, se tramitaron indebidamente como contratos complementarios algunos que, en realidad, constituyeron modificaciones por contener actuaciones cuya ejecución era absolutamente necesaria e inseparable de las inicialmente proyectadas*".

Asimismo, respecto de otros fallos que pueden aparecer durante la ejecución del contrato, el *Informe del Tribunal de Cuentas 935* hace referencia a los retrasos en la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, la deficiente constancia de la conformidad tanto de los productos suministrados en bienes fungibles o material sanitario (contrato de suministro) como de los contratos de consultoría, asistencia o servicios. En este último caso, se pone de manifiesto la subida de los precios en función de las subidas salariales, lo que rompe con el principio de riesgo y ventura y la revisión de precios conforme a las fórmulas predeterminadas (p. 230).

Siendo el caso estrella en esta fase la modificación de los contratos, otro de los problemas que se plantea en esta fase es el inadecuado ejercicio o, mejor dicho, la ausencia de ejercicio de las potestades que ostenta la Administración en la fase de ejecución. Ello afecta a varios aspectos, tales como la falta de inspección regular o de control sobre los plazos de ejecución para evitar retrasos, la existencia de calidades inferiores a las contratadas, la falta de control sobre los subcontratistas y, en fin, la correcta recepción del contrato. A modo de cierre cabe recordar que el denominado cuarto paquete en materia de contratación pública incorpora algunas medidas tendentes a evitar algunas prácticas que comprometen el principio de integridad, tales como normas mínimas sobre conflictos de intereses, consultas previas al mercado, criterios de exclusión obligatorios y voluntarios, normas de autodepuración, disposiciones más estrictas sobre modificación y terminación de los contratos, centralización de datos sobre casos corruptos y conflictos de intereses, así como obligaciones de seguimiento

16. Anexo 9 sobre España al *Informe 2014*, p. 13, siendo uno de los porcentajes más altos entre los países de la UE.

y notificación. No obstante, debe recordarse que la existencia de una normativa avanzada, siendo un dato importante, no excluye por sí misma de las prácticas contrarias al principio considerado. Por ello debe recordarse que, al igual que en otros ámbitos, aquí se da otro campo de "*lucha contra las inmunidades del poder*", parafraseando al maestro Enterría.

VI. CONCLUSIONES

– A pesar de contar desde hace años con una legislación avanzada en materia de contratación pública, las prácticas e infracciones contrarias al principio de integridad siguen siendo abundantes; sin perjuicio de aquellas conductas que entran ya en el plano delictivo, la mayoría de las prácticas contrarias al principio de integridad buscan eludir la publicidad y concurrencia en el acceso a la contratación pública.

– En algunos casos, es la propia normativa nacional la que ha contribuido con sus titubeos a generar situaciones que contravienen el principio considerado. La definición del ámbito subjetivo de las diferentes leyes contractuales ha sido uno de los talones de Aquiles del sistema; en un sentido similar, el tratamiento de la contratación *in house* o el retraso de la puesta en marcha de la Directiva sobre el régimen de recursos en esta materia.

– Las diferentes infracciones al principio de integridad pueden aparecer en cualquiera de las fases del procedimiento, incorporando también los deficientes mecanismos de control para prevenirlos o reaccionar contra ellos (p. ej. deficiente ejercicio de los poderes de inspección, fiscalización externa tardía, etc.).

– Para determinar si un sistema contractual es más o menos íntegro no sólo hay que tener en cuenta la regulación del modelo sino la aplicación efectiva del mismo. La dificultad con la que tropieza la integridad como principio sustantivo propio, es que todos los aspectos a los que se refiere tienen una sustantividad o regulación específica. Se puede decir que el abuso indebido del procedimiento negociado sin publicidad es una infracción a dicho principio, pero técnicamente se reconduce a una infracción de procedimiento; los conflictos de intereses se tratan como causas de abstención o recusación y, en su caso, al régimen sancionador; la omisión de la publicidad a una infracción procedimental y así podría seguirse con cada uno de los problemas planteados. Ello no impide utilizarlo como idea referencial omnicomprensiva de un conjunto de medidas tendentes a hacer más transparente un sistema para evitar las prácticas corruptas.

Capítulo VII

La problemática cuestión de la competencia del orden contencioso en relación con los contratos de compra pública precomercial*

Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández
Profesores Titulares de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo

SUMARIO: I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS. *1. Aproximación al ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la contratación del sector público. 2. "Neutralidad" del Derecho europeo en la materia. 3. La compra pública de innovación en su modalidad de compra pública precomercial: concepto y naturaleza jurídica.* II. TESIS ACERCA DE LA COMPETENCIA DEL ORDEN CONTENCIOSO EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA PRECOMERCIAL (CPP). III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Desde que la Unión Europea aprobó la Estrategia Europa 2020 y desde que pretende impulsar la utilización estratégica de la contratación pública, de lo que dan buena muestra las nuevas Directivas del sector aprobadas en 2014, van cobrando mayor importancia las modalidades contractuales que tienen como finalidad impulsar la innovación. Sin embargo, la regulación jurídica de estas plantea muchos interrogantes o cuestiones que aún no tienen una fácil solución. Entre ellas destaca la relativa a la jurisdicción

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado: "Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Gobierno de España (Ref: DER 2012-39003-C02-02).

competente para resolver las posibles controversias que eventualmente se deriven de este tipo de contratación, especialmente compleja cuando de la compra pública precomercial se trata, aspecto al que el presente trabajo ciñe su atención.

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

1. APROXIMACIÓN AL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

El reparto jurisdiccional que en materia de contratación pública recoge nuestro Derecho desde la conocida STS del Hotel Andalucía Palace[1] [actualmente art. 2. b) de la LJCA], se ha visto fuertemente influido por las previsiones que el legislador de contratos introdujo a partir de la Ley 30, 2007, hoy contenidas en el art. 21.1 del TRLCSP. Este precepto, en línea con lo previsto en dicho artículo de la LJCA, determina la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para resolver los litigios que versen sobre los contratos administrativos –en toda su extensión- así como en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones públicas. A esta competencia tradicional del contencioso, que tiene como punto de referencia principal el sujeto contratante, el TRLCSP añade otros supuestos en los que dicho ente contratante pueda no contar con la consideración de Administraciones públicas pero sí formen parte del concepto importado del Derecho europeo de "poder adjudicador". En particular, las cuestiones relacionadas con la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA), incluidos los subvencionados (art. 17 del TRLCSP), así como ciertos contratos de servicios no SARA[2]. Por último, también se atribuye a nuestra jurisdicción los recursos interpuestos contra los acuerdos adoptados por los Tribunales administrativos de recursos contractuales. En lógica consecuencia, el art. 21.2 del TRLCSP atribuye a la jurisdicción civil el conocimiento del resto de las cuestiones relativas a la contratación del sector público.

Nótese que cuando se trata de contratos celebrados por poderes adjudicadores que carecen de la consideración de Administración pública, el

1. STS 2113, 1965 de 4 de febrero.
2. Concretamente, los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros que pretendan concertar entidades contratantes que, sin ser Administraciones públicas, tengan la condición de poderes adjudicadores.

reparto jurisdiccional, respecto de las fases de preparación y adjudicación, se fundamenta solo en un criterio meramente cuantitativo, justamente el utilizado por el Derecho de la UE para determinar los umbrales de aplicación de las Directivas de contratos.

Desde luego, no parece muy apropiado, a nuestro juicio, que se siga un criterio como este, tan alejado de los que maneja la LJCA. Resultaría más coherente, en efecto, decantarse por criterios sustantivos, tales como el carácter administrativo de la normativa que se aplica[3]; el origen público de los fondos con los que se financia el contrato; o la actividad de la entidad contratante, esto es, si se trata de un sujeto privado que realiza actividades de naturaleza mercantil o civil, o si, por el contrario, se trata de una entidad específicamente creada para satisfacer necesidades de interés general[4] (y, por ende, administrativo) que no tengan tal naturaleza[5].

2. "NEUTRALIDAD" DEL DERECHO EUROPEO EN LA MATERIA

La determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de un determinado contrato es una cuestión de Derecho interno que corresponde establecer a las normas procesales de cada Estado miembro[6].

---

3. Sin que ello implique necesariamente negar de forma tajante la importancia del elemento subjetivo en la determinación de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y aún del propio Derecho administrativo. Antes al contrario, quiere ponerse el acento en la importancia para la LJCA (art. 1.1) del Derecho administrativo como criterio de delimitación de las competencias de esta jurisdicción.
4. Con anterioridad a la recepción de nuestro derecho a la recepción de la noción de poder adjudicador y desde un punto de vista obviamente mucho más amplio, Mir Puigpelat ya había subrayado la necesidad de definir el Derecho Administrativo no solo sobre la base del elemento subjetivo -Administración pública- sino también a partir de su consideración como Derecho exorbitante que se dirige a conciliar el interés general y el particular. Desde este punto de vista *"el Derecho administrativo sería el conjunto normativo encargado específicamente de la satisfacción del interés general"* [Mir Puigpelat (2003: p. 73)].
5. En este sentido Moreno Molina y Pleite Guadamillas (2012: p. 433).
6. Así ha tenido ocasión de recordarlo la STS de 27 de abril de 2005, rec. 247, 2003, conforme a la cual *"una cosa es la regulación sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras en que la normativa comunitaria pretende garantizar la libertad de establecimiento y la libre competencia mediante reglas comunes de publicidad contractual, de participación y de adjudicación, es decir, la más absoluta transparencia en la adjudicación de la contratación pública que no prime a las empresas nacionales y otra distinta el orden jurisdiccional competente para conocer de un determinado contrato que se decidirá de acuerdo con las normas procesales de cada Estado Miembro"*.

A pesar de las exigencias derivadas de la Directiva de recursos[7], los Estados miembros mantienen un amplio margen para decidir cómo garantizar legalmente el efectivo cumplimiento de la normativa europea de contratación que deben asegurar –tanto desde un punto positivo, como negativo–[8]. Esta libertad es expresión del "principio de autonomía institucional" a nivel procedimental[9].

Tal autonomía es particularmente amplia en lo que se refiere al establecimiento del tipo y naturaleza de los órganos o entes que cada Estado designe como competentes para identificar y corregir potenciales incumplimientos de la normativa europea de contratación[10]. Dicha autonomía nacional está solamente restringida en lo tocante a aquellos aspectos, normalmente de corte más sustantivo, armonizados por la normativa europea. Pero la Directiva de recursos no cubre cada detalle y la elección por la que se ha ido decantando cada uno de los Estados miembros ha partido de diversas consideraciones; de modo significativo, la forma tradicional de concebir el sistema de compras públicas vigente en el respectivo Estado, pues como es bien conocido, las legislaciones nacionales sancionan muy diferentes perspectivas al respecto.

Por lo que a España se refiere, la opción finalmente elegida por el legislador a la hora de diseñar el sistema de control de la contratación pública en cumplimiento de la citada Directiva de recursos ha consistido en la creación de un recurso especial, cuyo conocimiento se atribuye a Tribunales administrativos a los que se reconoce facultades de plena jurisdicción con posible reconocimiento de una situación jurídica individualizada y, en su caso, una indemnización. Este modelo se circunscribe, por el momento, principalmente a los contratos SARA, mientras que las controversias surgidas en relación con el resto de contratos del sector público que, de confor-

7. Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, 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 de obras, modificada por la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, así como, más recientemente, por la Directiva 2014/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
8. Como es sabido, los Estados miembros están obligados a garantizar la aplicación del Derecho de la Unión (obligación positiva), así como a abstenerse de adoptar cualquier medida susceptible de poner en peligro esta aplicación (obligación negativa).
9. Pachnou (2013: pp. 24 y 25).
10. Libro Verde de la Comisión *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro* (COM [96] 583 final).

midad con lo dispuesto en el art. 40.1 del TRLCSP, no son objeto del recurso especial, se rigen por el sistema general; esto es, dependiendo del tipo de personificación existirá o no la posibilidad de interponer un previo recurso administrativo ordinario, y siempre, en última instancia, cabrá recurso en vía judicial, contencioso-administrativa o civil, dependiendo de la distribución dibujada en el art. 21 del TRLCSP, anteriormente comentado.

Nuestro sistema se aleja, así, de la opción de otros Estados de nuestro entorno que a la hora de transponer la Directiva de recursos se han decantado por un modelo jurisdiccional[11].

Ahora bien, la solución española, en ninguno de los casos elimina la necesidad de garantizar formalmente (y no solo materialmente) las exigencias del art. 24 de la CE.

3. LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN EN SU MODALIDAD DE COMPRA PÚBLICA PRECOMERCIAL: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La compra pública de innovación (CPI) se integra plenamente en la utilización estratégica de la contratación pública[12] que desde hace ya tiempo se viene impulsando con fuerza desde las instituciones europeas en el marco de la Estrategia Europa 2020[13] *"como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos"*[14]. En esta línea, la CPI sirve a los poderes públicos como mecanismo para estimular el interés del sistema productivo hacia sectores de la I+D+i aprovechando para ello el enorme potencial de la contratación pública y su notoria influencia en la riqueza nacional. Como observa López Miño, *"la CPI permite a los entes públicos penetrar directamente en los mercados*

11. *Vid.* Gimeno Feliú (2015: pp. 35-36).
12. Se trata de que los poderes públicos utilicen la contratación para el cumplimiento efectivo de sus fines o políticas públicas (sociales, ambientales, de innovación). Como afirma Gimeno Feliú "*la contratación pública puede -y debe, diría- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos*" [Gimeno Feliú (2013: p. 45)]. Asimismo, Gimeno feliú (2014: pp. 45 a 51); Bernal Blay (2014b: pp. 3-11).
13. Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada "Europa 2020, *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*", COM (2010) 2020 final.
14. Considerando 2 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 su condición de consumidor o cliente, y ejercitar políticas de compra (demanda) de tecnología y de productos innovadores con el fin de orientar a las empresas (oferta) hacia los objetivos de la E21"[15].

En función de la profundidad innovadora de la acción pública y de su grado de interrelación con el mercado, se distinguen dos modalidades de compra pública innovadora (CPI): la compra pública precomercial (CPP) y la compra pública de tecnología innovadora (CPTI).

Por lo que se refiere a la compra pública precomercial (CPP), que constituye el eje de nuestro análisis, de acuerdo con lo previsto en los arts. 4.1. r) y 13.2. b) del TRLCSP, abarca los contratos de investigación y desarrollo en los que se cumplan las tres siguientes condiciones; a saber:

> a) que estén remunerados íntegramente por el órgano de contratación;
>
> b) que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica;
>
> c) que las soluciones innovadoras desarrolladas superen las disponibles en el mercado.

En consecuencia, se trata de un contrato de servicios de investigación, desarrollo e innovación remunerado íntegramente por el órgano de contratación. En virtud del mismo, el comprador público no se reserva para su uso exclusivo los resultados de la investigación, sino que comparte con los suministradores los riesgos y beneficios de la inversión por ellos realizada, la cual se entiende necesaria para la creación y desarrollo de soluciones innovadoras que superen a las disponibles en el mercado. Así pues, la contratación pre-comercial busca la contratación de soluciones técnicas u organizativas innovadoras, no existentes o embrionarias, introduciendo a la Administración en los sectores más avanzados del I+D+i. Para que la contratación pre-comercial sea exitosa, la Administración deberá renunciar a recibir en exclusiva el provecho del negocio jurídico, y repartir riesgos y beneficios con el adjudicatario[16].

Por otro lado, este tipo de contratos, cualquiera que sea su cuantía, no tiene nunca la consideración de contrato SARA [de conformidad con el citado art. 13.2. b) del TRLCSP], y se cataloga de contrato excluido del ámbito de aplicación de la Ley de contratos [*ex* art. 4.1. r) del TRLCSP]. Con

15. López Miño (2013: p. 215). Sobre la compra pública precomercial resulta del máximo interés también el trabajo de Bernal Blay (2014a: pp. 233 y ss.).
16. López Miño (2012: p. 73).

todo, esta exclusión no es plena, toda vez que en la adjudicación de estos contratos debe *"asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa*".

II. TESIS ACERCA DE LA COMPETENCIA DEL ORDEN CONTENCIOSO EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA PRECOMERCIAL (CPP)

Toda vez que de entre las condiciones que se desprenden de los arts. 4 y 13 del TRLCSP citados no hay ninguna que se refiera a la naturaleza del órgano de contratación que celebre la CPP, ha de entenderse que no existe limitación alguna al respecto. Por ello, estos contratos pueden celebrarse tanto por una entidad que, conforme al art. 3.2 del TRLCSP, tenga la consideración de Administración pública, como por una entidad que, por el contrario, no la tenga.

Así las cosas, para la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias que puedan surgir al albur de estos contratos, han de plantearse ambos escenarios o hipótesis.

Primera hipótesis: Que el contrato de CPP se celebre por una entidad que NO tenga la consideración de Administración pública, siendo a estos efectos irrelevante que tal entidad sea poder adjudicador o mero ente del sector público. En este supuesto nos encontramos ante un contrato privado que por no ser SARA se somete a la jurisdicción civil, según el art. 21.2 del TRLCSP.

Esta solución legal nos merece una valoración negativa puesto que, cuando se trata específicamente de la adjudicación de una compra pública precomercial, como se recordará, debe asegurarse el respeto a los principios de la contratación pública, lo que debería conducir a la atribución de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, como explicaremos más adelante.

Segunda hipótesis: Que el contrato de CPP se celebre por una entidad que SÍ tenga la consideración de Administración pública. En este supuesto la solución es más compleja pues, como es sabido, las Administraciones públicas pueden celebrar contratos administrativos y contratos privados. Es obvio que la CPP no es un contrato administrativo típico porque está expresamente excluido del TRLCSP. Con todo, el art. 19.1. b) del TRLCSP hace referencia a otro tipo de contratos administrativos, a los que denomina especiales, y que se definen por su vinculación *"al giro o tráfico específico*

de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley".

A este respecto, como ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia[17], la naturaleza administrativa viene determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y, por lo mismo, correspondiente a sus funciones peculiares. En otros términos, cuando se trata de prestar un servicio de la competencia de la Administración, la naturaleza administrativa del contrato es indudable, y la jurisprudencia reconoce naturaleza administrativa a todos los contratos celebrados por la Administración cuya finalidad sea la satisfacción directa o indirecta de una necesidad pública de su competencia. Rasgo este último, que es perfectamente observable en todo contrato de CPP celebrado por una Administración pública. A título de ejemplo, pensemos en contratos del SERGAS (*Servizo Galego de Saúde*) como el de "compra pública precomercial INNOVASUMMA, para el desarrollo de soluciones que permitan la incorporación a los protocolos hospitalarios de oncología de tecnologías innovadoras en el ámbito de la medicina personalizada, dentro del proyecto INNOVASAUDE"[18]. Es obvio que entre las

17. Como recoge la Sala de lo contencioso-administrativo del TS en su sentencia 2632, 2005, de 27 de abril (rec. nº 247, 2003), FJ 11: "*Por ello en la* [sentencia] *de 17 de julio de 1999 reiterando lo vertido en otra de 9 de octubre de 1987 ha dicho la Sala primera o de lo civil de este Tribunal en una reclamación frente a un Consorcio administrativo: "Para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando haya sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en la acepción más amplia, para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares, sentido* lato *que igualmente inspira el art. 4 LCE* […], *cuya regla 2ª comprende la actuación típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su cometido funcional, a lo que debe añadirse el principio de autointegración del ordenamiento administrativo, al disponer el precepto que en caso de silencio contractual o legal serán la propia ley y los principios generales inspiradores los que han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la regulación* ius privatista".

18. Otro ejemplo digno de mención, por su carácter transfronterizo, es el constituido por el proyecto liderado por la *Agència de Qualitat i Avaluaciò Sanitàries de Catalunya* (AQuAS), conocido como proyecto DECIPHER (del inglés *Distributed European Community Individual Patient Healthcare Electronic Record*), que reta a la industria a

competencias de la Administración autonómica se dan cita las relativas a la prestación de servicios sanitarios (Sanidad)[19].

En definitiva, consideramos que todo contrato de CPP celebrado por una Administración pública debe calificarse de contrato administrativo especial.

Esta conclusión no se opone o no contradice, a nuestro juicio, el que los contratos de CPP puedan considerarse como excluidos, según el art. 4.1. r) del TRLCSP, exclusión que solo lo es respecto de las reglas concretas del TRLCSP, pero no de sus principios, como la propia letra r) se encarga de subrayar explícitamente.

A mayor abundamiento, del mismo modo que existen contratos privados no excluidos (*ex* art. 20 del TRLCSP) y contratos privados excluidos [entre otros, los de la letra p) del art. 4.1 del TRLCSP, tales como la compraventa sobre bienes inmuebles], podría postularse la existencia de contratos administrativos especiales excluidos, que serían, desde luego, los contratos de CPP.

Sea como fuere, debemos insistir en que no se trata de una exclusión total, ni mucho menos, porque la parte cualitativamente más importante del Derecho de la contratación pública, que sin duda está constituida por sus principios[20], resulta aquí plenamente aplicable; y no solo para resolver dudas y lagunas, como prevé el art. 4.2 del TRLCSP, sino que son principios directamente aplicables en la adjudicación de los contratos de CPP, a tenor del reiterado segundo inciso del art. 4.1. r) del TRLCSP.

Pues bien, en lo que aquí importa, una de las principales consecuencias de esta naturaleza jurídico-administrativa no debiera ser otra que reconocimiento de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de toda controversia que se suscite en relación con cualquiera de las cuestiones relacionadas con estos contratos; y tanto si se trata de su

---

desarrollar soluciones móviles que permitan garantizar el acceso transfronterizo de manera segura a los registros personales de salud ("PHR" del inglés "*Personal Health Records*") y la asistencia eficiente y segura de los pacientes desplazados de los Estados miembros de la Unión Europea. Las soluciones tendrán especial interés en la aplicación a la gestión de pacientes con enfermedades crónicas o episodios médicos inesperados.

19. Así, art. 33 de la Ley Orgánica 1, 1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia.

20. Moreno Molina (2006: *in totum*). Sobre el papel basilar que corresponde a los principios en el ámbito de la contratación pública se ha pronunciado en distintas ocasiones el TJUE, entre otras muchas, la STJ de 20 de mayo de 2010, As. T-258, 06, *República Federal de Alemania c. Comisión Europea*.

preparación y adjudicación, como de sus efectos, cumplimiento y extinción, habida cuenta de aquella naturaleza administrativa especial que poseen.

No obstante lo cual, no puede desconocerse que en la ejecución de este tipo de contratos pueden suscitarse cuestiones por completo ajenas al Derecho administrativo, como paradigmáticamente ocurre con los eventuales derechos de propiedad intelectual o industrial, lo que igualmente puede ocurrir en un contrato de compra pública de tecnología innovadora (CPTI) y no por ello se discute su naturaleza de contrato administrativo típico. Estas cuestiones, con efectos de cosa juzgada, escapan a la competencia del contencioso-administrativo que únicamente podría eventualmente pronunciarse con carácter prejudicial (*ex* arts. 10.1 de la LOPJ y 4 de la LJCA).

Para el caso de que se estimase, en contradicción con lo aquí postulado, que no estamos ante un contrato administrativo especial, la única opción que quedaría sería calificarlo de contrato privado excluido (parcialmente, como ya hemos reiterado) celebrado por una Administración pública.

En este caso, la solución que cabría darle a la cuestión del orden jurisdiccional competente debería partir, a nuestro entender, de "separar" la adjudicación del contrato, de los efectos, cumplimiento y extinción. Comenzando por este último aspecto, la solución se encontraría en el primer inciso del art. 21.2 del TRLCSP que atribuye al orden jurisdiccional civil la solución de *"las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados"*.

Por lo que se refiere a la adjudicación del contrato, la consideración conjunta de los arts. 106.1 y 153. c) de la Constitución española, 4.1. r) y 21 del TRLCSP, así como su Disposición Final 2ª y los arts. 1.1 y 2. b) de la LJCA, interpretados en el sentido que recoge la propia Exposición de Motivos de esta última norma, conducirían de nuevo a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, la Constitución somete a pleno control jurisdiccional la actuación administrativa e indica, además, que dicho control corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trata de la actividad de los órganos de la Administración autonómica, determinación que resulta plenamente aplicable a todas las Administraciones públicas de conformidad con la ley procesal administrativa.

Por otra parte, ya hemos visto que el art. 4.1. r) del TRLCSP, si bien excluye la CPP del ámbito de aplicación de la Ley, acto seguido somete la adjudicación de estos contratos a principios de Derecho público. En con-

secuencia, cabe sostener que la regulación jurídica de la adjudicación de estos contratos es una regulación de Derecho administrativo y, por ende, se trata de una *"actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo"*, como reza el art. 1.1 de la LJCA. A su vez, el art. 2. b) de la LJCA concreta las previsiones de este último precepto en materia contractual, sometiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa, además de los contratos administrativos, *"los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas"*; y ya hemos dicho que no obstante tratarse de contratos excluidos, lo son solo parcialmente, en tanto que la adjudicación está sujeta a los principios que regulan la contratación de las Administraciones públicas. Esto permite afirmar que estamos ante contratos en alguna medida, al menos, *"sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas"*.

En este sentido, conviene traer a colación la interpretación que el propio legislador ofrece del art. 2. b) referido en la Exposición de Motivos de la LJCA. Pese a su extensión, por su claridad y contundencia reproducimos dos párrafos completos.

"En segundo término, es evidente que a la altura de nuestro tiempo histórico el ámbito material de la Jurisdicción quedaría muy incompleto si aquélla se limitara a enjuiciar las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los actos y contratos administrativos en sentido estricto. Lo que realmente importa y ***lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público*** *y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones. Por eso* ***la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo****, articulando para ello las acciones procesales oportunas.*

En esta línea, la Ley precisa la competencia del orden jurisdiccional contencioso- administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en relación no sólo con los contratos administrativos, sino también con los actos separables de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas. ***Se trata, en definitiva, de adecuar la vía contencioso-administrativa a la legislación de contratos, evitando que la pura y simple aplicación del Derecho privado en actuaciones directamente conectadas a fines de utilidad pública se realice, cualquiera que sean las razones que la determinen, en infracción de los principios generales que han de regir, por imperativo constitucional y del Derecho comunitario europeo, el comportamiento contractual de los sujetos públicos. LA GARANTÍA DE LA NECESARIA OBSERVANCIA DE TALES PRINCIPIOS, MUY DISTINTOS DE LOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PURAMENTE PRIVADA, DEBE CORRESPONDER, COMO ES NATURAL, A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA****".*

III. CONCLUSIONES

A la vista de cuanto se ha expuesto, cabe concluir básicamente dos ideas:

1. La CPP celebrada por una entidad carente de la condición de Administración pública es siempre un contrato privado y el conocimiento de las cuestiones controvertidas relativas al mismo queda, hoy por hoy, en manos de la jurisdicción civil. Se propone, de *lege ferenda*, cambiar esta solución habida cuenta de que se trata de un contrato sometido en su adjudicación a principios de Derecho administrativo, lo que exigiría un reparto jurisdiccional entre los órdenes contencioso y civil análogo al derivado de la doctrina de los actos separables.

2. Todo contrato de CPP celebrado por una Administración pública debe considerarse como un contrato administrativo especial y, por ende, de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de todas sus fases. Si no obstante se quisiera postular la naturaleza jurídico-privada del mismo, todavía sería posible afirmar la competencia del orden contencioso para conocer de las cuestiones atinentes a su adjudicación.

Lo anterior no empece para reconocer la existencia de ciertas cuestiones habituales y relevantes en este tipo de contratos que por su propia naturaleza han de corresponder a la jurisdicción civil, tales como las ya citadas sobre el reparto de derechos de propiedad industrial e intelectual entre las partes contratantes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ARNÁEZ ARCE, Vega María (2012): "La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 93, mayo-agosto 2012, pp. 17-35.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2014a): "Principios de adjudicación de los contratos de servicios de investigación y desarrollo previos a la comercialización (o compra pública pre-comercial)", en José María GIMENO FELIÚ (Dir.) y Miguel Ángel BERNAL BLAY (Coord.), *Observatorio de Contratación pública 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 233-270.

– (2014b): "The strategic use of public procurement in support of innovation", en *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, nº 1, pp. 3-11.

GIMENO FELIÚ, José maría (2015): "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", Ponencia AEPDA, Madrid, febrero, *http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1152-La-reforma-comunitaria-en-materia-de-contratos-publicos-y-su-incidencia-en-la-legislacion-espanola-Prof-Gimeno-Feliú.aspx*.

– (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre la contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

– (2013): "Compra pública estratégica", en *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), José PERNAS GARCÍA (Coord.), pp. 45-80.

LÓPEZ MIÑO, Antonio (2013): "La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública", *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), José PERNAS GARCÍA (Coord.), pp. 213-248.

– (2012): "La contratación precomercial en el Derecho de la Unión Europea. El reparto de riesgos y beneficios y la cuestión de las ayudas de Estado", en *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* nº 2, junio, pp. 73-96.

MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco (2012): *Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid.

MORENO MOLINA, José Antonio (2006): *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete.

MIR PUIGPELAT, Oriol (2003): "El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional", en *Revista de Administración Pública*, nº 162, septiembre-diciembre, pp. 47-87.

PACHNOU, Despina (2013): *The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece*, Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, *http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdtheses/despina_pachnou_thesis.pdf*.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia y FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2013): "Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España", en la obra colectiva dirigida por Domenico SORACE, *Amministrazione pubblica dei contrati*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 309-375.

Capítulo VIII

Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación pública verde

Mª CONSUELO ALONSO GARCÍA
Profesora titular de Derecho Administrativo (catedrática acreditada)
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. *1. La generosa admisión de las cláusulas ambientales en la contratación pública. 2. Fases del contrato en los que es posible la inclusión de los criterios ambientales.* 2.1. Fase 1ª: Preparación del contrato: definición de su objeto y redacción de los pliegos de condiciones. 2.2. Fase 2ª: Requisitos exigidos a los operadores económicos: prohibiciones para contratar y acreditación de la solvencia técnica. 2.3. Fase 3ª: Adjudicación de los contratos y valoración de las ofertas. 2.4. Fase 4ª: Ejecución o cumplimiento del contrato. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente trabajo analiza cuáles son las novedades introducidas por la nueva Directiva europea 2014, 24/UE en el régimen jurídico español de la contratación pública verde, particularmente en lo que se refiere a las obligaciones que han de atender los poderes adjudicadores cuando pretenden introducir criterios medioambientales en el proceso de contratación.

I. INTRODUCCIÓN

La consideración por parte de los poderes públicos de la variable ambiental como criterio de valoración en el proceso de contratación pú-

blica es una opción que las instancias europeas vienen fomentando particularmente a partir de la aprobación, en 1996, del Libro Verde de la Comisión Europea titulado "La contratación pública en la UE: reflexiones para el futuro"[1], habiéndose concretado en las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE.

Nuestro Derecho incorporó este mecanismo en el momento de trasponer estos mandatos europeos, significativamente en la Ley de Contratos del Sector Público, –Ley 30, 2007, de 30 de octubre[2]–, y en el posterior Texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3, 2011, de 14 de noviembre[3], así como diversas leyes sectoriales de contenido ambiental.

Las ventajas de la utilización estratégica de esta técnica son evidentes: contribuye a la mejora del medio ambiente, permite integrar la dimensión ambiental en todas las políticas sectoriales, promociona la implantación por parte de los empresarios de sistemas e instrumentos ambientales (EMAS, etiquetado ecológico, certificados verdes), mejora la eficiencia en la utilización de las materias primas y la energía…, todo ello sin coste alguno para los poderes adjudicadores.

Las recientemente publicadas Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, ambas de 26 de febrero de 2014, han dado un importante impulso a esta nueva herramienta necesaria para la consecución de unos contratos públicos más sostenibles.

---

1. El texto se completa con la Comunicación de la Comisión Europea sobre "Contratación pública para un medio ambiente mejor" (2008), cuyo fin es impulsar la contratación pública ecológica.
2. La Exposición de Motivos de este texto legal señala entre sus novedades las que afectan a "…la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo…".
3. A nivel de la Administración del Estado, mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de mayo de 2006, se crea la Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales en la Contratación Pública, cuyo primer cometido fue la elaboración del Plan de Contratación Pública Verde para la Administración General del Estado, que fue aprobado por ORDEN/PRES 116, 2008, de 21 de enero.

II. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. LA GENEROSA ADMISIÓN DE LAS CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Con carácter general, la legislación y la jurisprudencia tanto europea como nacional se han mostrado muy permisivas a la hora de admitir que en la concepción y ejecución de un contrato público se integren los condicionamientos medioambientales, aunque lógicamente, con la debida cautela de la salvaguarda de los principios de no discriminación, libre prestación de servicios y libre circulación de mercancías, de tal forma que se eviten distorsiones a la libre competencia.

Además, la variable ambiental sólo se podrá tener en cuenta si la misma está vinculada al objeto del contrato, exigiéndose su inclusión, en aras de la transparencia, en los pliegos de condiciones del contrato o en el anuncio de licitación, debiendo ofrecerse información al licitador sobre su existencia y formulándose de manera lo suficientemente específica y objetivamente cuantificable de modo que se restrinja el margen de actuación de los poderes públicos.

Pasaremos a continuación a evaluar la concreción de estas reglas en nuestro Derecho positivo, particularmente en el Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, y las modificaciones que a este respecto plantea la nueva Directiva 2014/24, sobre contratación pública.

2. FASES DEL CONTRATO EN LOS QUE ES POSIBLE LA INCLUSIÓN DE LOS CRITERIOS AMBIENTALES

2.1. Fase 1ª: Preparación del contrato: definición de su objeto y redacción de los pliegos de condiciones

En este punto, hay que partir de una premisa inicial y es que los criterios de sostenibilidad sólo podrán aplicarse en aquellos contratos cuyo objeto afecte o pueda afectar al medio ambiente (art. 117.1 TRLCSP)[4].

4. Dichas previsiones se adoptarán de acuerdo con los arts. 3 y 4 de la Ley 16, 2002, de 1 de julio, de Prevención y Control integrado de la Contaminación, que llama a los poderes públicos a adoptar las medidas adecuadas para prevenir la contaminación, particularmente en la generación de los residuos, el uso de la energía, el agua, las materias primas y otros recursos de manera eficiente, prevenir los accidentes graves y limitar sus consecuencias sobre la salud de las personas y el medio ambiente, de acuerdo con la normativa aplicable y evitar cualquier riesgo de contaminación cuando cese la explotación de la instalación.

Hoy en día, se puede afirmar que la práctica totalidad de los contratos que puede suscribir el sector público pueden incluir entre sus cláusulas este tipo de previsiones, tanto si los mismos tienen por objeto desarrollar un contenido de esta naturaleza –elaboración de un plan o proyecto para implantar un sistema de gestión ambiental, o alcanzar un mayor ahorro energético, o gestionar la calidad del aire, o determinar técnicas para la preservación de un determinado hábitat o especie animal, etc.–, como de otra tipología: por ejemplo, en el contrato de suministros, imponiendo la adquisición de productos fabricados con materiales reciclados o que provengan de materias primas obtenidas conforme a criterios ambientales; en el de obras, previendo que en su ejecución se haga uso de materiales reutilizados o que se ejecute conforme a criterios establecidos en un sistema de gestión ambiental; o en el de gestión de servicio público, determinando el empleo de mecanismos dotados de certificaciones ecológicas o instrumentos que minimicen determinados impactos.

La variable ambiental deberá incorporarse a las prescripciones técnicas del contrato. La introducción de este tipo de cláusulas deberá permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia (art. 117.2 TRLCSP).

En este sentido, la Directiva 2014/24/UE (art. 42) no va a producir ninguna alteración a la redacción dada por nuestro legislador nacional al artículo 117.3 TRCSP, al establecer los modos de definición de las prescripciones técnicas en estos supuestos, que remite a dos fórmulas:

Primera, haciendo referencia a especificaciones técnicas como modo de presunción de conformidad con las características medioambientales. Las mismas han de contenerse, siguiendo el orden de prelación previsto en el precepto, en normas nacionales que incorporen normas europeas, documentos de idoneidad técnica europeos, especificaciones técnicas comunes a normas internacionales y otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización, o normas nacionales acompañadas de la mención "equivalente".

Segundo, en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando las características medioambientales. En este caso, los parámetros empleados deberán ser lo suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo por los órganos de contratación, no pudiendo rechazar este último una oferta basándose en que los productos o servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones contenidas en las prescripciones técnicas,

siempre y cuando el licitador pruebe que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las mismas.

En cuanto a la posibilidad de utilizar etiquetas ecológicas como medio de acreditar el cumplimiento de las prescripciones técnicas ambientales en términos de rendimientos o de exigencias funciones, ya sean éstas europeas, nacionales o plurinacionales o cualquier otra, no se admite la referencia concreta a alguna en particular, sino que se han de preverse las prescripciones detalladas o partes de éstas tal y como se definen en aquéllas, y ello siempre que las mismas sean apropiadas para definir las características de los suministros o prestaciones objeto del contrato, sus exigencias se basen en información científica, en el procedimiento para su adopción hayan podido participar las partes concernidas –tales como organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales–, y sean accesibles a todas la partes interesadas.

La inutilidad e inoperancia de exigir a los poderes adjudicatarios que detallen en las prescripciones técnicas de un contrato características medioambientales de manera idéntica a la especificada en un etiquetado ecológico ha llevado al legislador europeo a modificar la anterior regla, admitiendo la remisión a etiquetas concretas como medio de prueba de que las obras, servicios o suministros corresponden a las características exigidas, y siempre que las mismas cumplan los requisitos establecidos en el artículo 43 Directiva 2014/24[5], debiendo aceptar todas aquellas etiquetas que confirmen que el objeto del contrato cumple los requisitos equivalentes a dichos efectos.

Si el poder adjudicador no exige que las obras, suministros o servicios cumplan todos los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta, indicarán a cuales de los mismos están haciendo referencia.

5. Estas condiciones que deben cumplir las etiquetas son: a) que los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta se refieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan el objeto del contrato; b) que estos requisitos se basen en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; c) que las etiquetas se establezcan en un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes implicadas pertinentes, incluidos organismos públicos, consumidores, interlocutores sociales, fabricantes, distribuidores y organizaciones no gubernamentales; d) que las mismas sean accesibles a todas las partes interesadas; e) que los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero sobre quien el operador económico no pueda ejercer una influencia decisiva.

No obstante, habrá que tenerse en cuenta la admisión de otros medios de prueba, –como un expediente técnico del fabricante–, que permitan al operador económico demostrar que el objeto del contrato cumple con los requisitos de la etiqueta específica o los indicados por el poder adjudicador si a éste le hubiera resultado manifiestamente imposible obtener la etiqueta específica indicada o una etiqueta equivalente dentro de los plazos aplicables.

En cualquier caso, si una etiqueta cumple todas las condiciones previstas en las letras b), c), d) y d) del apartado 1 del artículo que examinamos, pero establece requisitos no vinculados al objeto del contrato, los poderes adjudicatarios no exigirán la etiqueta como tal, pero podrán definir las especificaciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas de la misma o, en su caso, a partes de éstas que estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características de su objeto.

2.2. Fase 2ª: Requisitos exigidos a los operadores económicos: prohibiciones para contratar y acreditación de la solvencia técnica

En un primer examen de los criterios que concurren en el posible contratista para contratar con el sector público, el órgano de contratación puede impedir la participación en el proceso de selección de aquel que haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos "… relativos a la protección del medio ambiente…" (art. 60.1 a) TRLCSP).

La nueva Directiva 2014/24 mantiene la posibilidad de que los Estados miembros excluyan a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando pueda demostrar que el mismo ha incumplido las obligaciones aplicables en virtud del artículo 18.2, es decir las establecidas en el Derecho de la UE, en el Derecho nacional, o en las disposiciones del Derecho internacional enumeradas en el anexo X[6] (artículo 57.3).

Como novedad, el artículo 57.1 de la nueva Directiva encarga a las autoridades nacionales que aseguren, mediante la adopción de las medi-

6. Estas normas internacionales son: el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, el Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea), el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (COP) y el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PNUMA/FAO) (Convenio PIC), Rotterdam, 10 de septiembre de 1998, y sus tres Protocolos regionales.

das adecuadas, que los subcontratistas cumplan también con la legislación medioambiental.

Pero también la adecuada gestión ambiental realizada por el empresario puede servir como parámetro para acreditar su solvencia técnica.

En tal sentido, nuestra legislación de 2011 prevé que dicha circunstancia pueda ser acreditada para los contratos de obras y servicios mediante la "indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato" (art. 76 d) y art. 78 f), y para el contrato de suministro a través de "certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas" (art. 77 f).

En cuanto al valor probatorio del cumplimiento del comportamiento ambiental de un empresario a través certificados expedidos por organismos independientes que acrediten el mismo, como pudieran ser el sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación, nuestro texto legislativo permite que los órganos de contratación puedan exigir los mismos exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada (art. 81).

El artículo 62.2 de la nueva norma europea 2014, 24 extiende dicho mecanismo de acreditación a todos aquellos supuestos en los que los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinados sistemas o normas de gestión medioambiental.

Aunque nuestra norma nacional no exige para los contratos no sujetos a regulación armonizada que las certificaciones que avalen la solvencia técnica de los empresarios se certifiquen a través de acreditaciones firmadas por organismos independientes, sino sólo que éstos indiquen las "medidas de gestión medioambiental" que pueden adoptar, parece plausible ampliar dicho requerimiento a todo tipo de contratos celebrados por el sector público en nuestro territorio.

2.3. Fase 3ª: Adjudicación de los contratos y valoración de las ofertas

Los condicionamientos medioambientales pueden ser tenidos en cuenta en los siguientes trámites de esta fase del proceso de contratación:

a) Valoración de las proposiciones y determinación de la oferta más ventajosa, b) Admisibilidad de variantes o mejoras, c) Ofertas temerarias, d) Procedimiento negociado

a) Valoración de las proposiciones y determinación de la oferta más ventajosa

Nuestro Derecho establece, en el artículo 150 TRLCSP, la opción que asiste al poder público de valorar las propuestas presentadas por los licitadores y determinar la económicamente más ventajosa atendiendo a criterios medioambientales.

A este respecto hay que reseñar una importante novedad que ha introducido en este punto la Directiva europea 2014/24: y es que, aunque terminológicamente se continúe utilizando la expresión "oferta económicamente más ventajosa" para elegir la más indicada y que su elección se siga basando en el criterio del precio o coste del contrato, ahora la determinación de éste dependerá de la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida, pudiendo incluir la mejor relación calidad-precio, en la que podrán entrar a formar parte los criterios medioambientales (art. 67)[7].

En este sentido, el artículo 68 de la nueva norma europea indica que el cálculo del ciclo de vida incluirá la totalidad o una parte de los costes siguientes: a) los sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios (tales como los relativos a la adquisición, los coste de utilización, como el consumo de energía y otros recursos, los costes de mantenimiento y los costes de final de vida, como los de recogida y reciclado), así como b) los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio y obra durante su ciclo de vida, como pudieran ser el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático[8].

b) Admisibilidad de variantes o mejoras (art. 147)

Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

Se indicará en el anuncio de licitación del contrato, precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

7. Considerando 89.
8. Considerandos 92, 93 y 96.

Esta opción queda avalada en el artículo 45 de la nueva Directiva.

c) Ofertas temerarias

El artículo 69 de la Directiva 2014/24 establece como novedad la obligación que tienen los poderes adjudicadores de exigir a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las mismas parezcan anormalmente bajas. Particularmente, las explicaciones podrán versar sobre el cumplimiento de las obligaciones que en materia ambiental impone el artículo 18.2 del texto.

Si, una vez evaluada por el poder adjudicador la información suministrada por el licitador, los documentos aportaron no explicaran satisfactoriamente que el bajo nivel de los precios o costes propuestos no resultan de un incumplimiento del Derecho medioambiental, el mismo habrá de rechazar necesariamente la oferta presentada.

d) Inclusión de consideraciones medioambientales en el procedimiento negociado

La nueva Directiva establece, en su considerando 45, que las negociaciones incluidas en el procedimiento de licitación con negociación podrán venir referidas a los aspectos medioambientales del contrato, siempre y cuando los mismos no constituyan requisitos mínimos condiciones y características, en particular físicas, funcionales y jurídicas, que toda oferta debe respetar o poseer, a fin de permitir al poder público adjudicar el contrato de conformidad con el criterio de adjudicación elegido.

2.4. Fase 4ª: Ejecución o cumplimiento del contrato

El artículo 118 del Texto Refundido español indica la posibilidad que asiste a los órganos de contratación de establecer condiciones especiales de naturaleza medioambiental en la ejecución del contrato, siempre que las mismas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indique en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato.

También se admite que en los pliegos del contrato se puedan prever penalidades para el caso de incumplimiento de estas condiciones o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales. Cuando no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave, lo que les impedirá, en atención a lo dispuesto en el artículo 60.2e), contratar con las Administraciones Públicas.

Dichas condiciones se consideran por el Derecho europeo como requisitos objetivos fijos del contrato, por lo que no pueden incidir en la evaluación de las ofertas. Su presencia se mantiene en el artículo 70 de la nueva Directiva europea sobre contratación pública, proponiendo el considerando 97 de la misma como ejemplos de condiciones medioambientales de ejecución de un contrato las siguientes: para el contrato de suministros, la entrega, el embalaje y la eliminación de productos, y en los contratos de obras y servicios, la minimización de los residuos y la eficiencia energética.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA: Con carácter general, la Directiva europea 2014/24/UE apuesta una vez más por la contratación pública como estrategia para el logro de objetivos ambientales, dotando a esta técnica de un notable impulso, facilitando a los poderes públicos un suficiente margen de actuación para incorporar criterios medioambientales en sus contratos, dejando que el licitador asuma el coste de esta operación.

Asimismo, se establecen los mecanismos necesarios para ofrecer una mejor información y mayor transparencia a las empresas que quieran participar en los procedimientos contractuales que presenten este enfoque.

En tercer lugar, se refuerzan las normas que permiten hacer frente a los incumplimientos ambientales en que pudieran incurrir los posibles contratistas, prohibiéndoles acceder a la licitación o permitiendo al poder público rechazar las bajas temerarias por esta causa. La observancia de estas reglas se extiende ahora también a los subcontratistas.

SEGUNDA: La nueva norma ha clarificado los modos de incluir la vertiente ambiental en las diferentes fases del proceso de contratación:

En la fase preparatoria, se permite el uso de etiquetas ecológicas para describir las especificaciones técnicas de contenido ambiental que se prevean en los contratos, así como la remisión a certificaciones ambientales para acreditar la solvencia técnica de las empresas.

En el momento de valoración de las ofertas, se amplía la consideración de la oferta económicamente más ventajosa a aquella que cumple ciertos parámetros, como son la relación coste-eficacia basada en el cálculo del coste del ciclo de vida, o la mejor relación calidad-precio, en la que podrán entrar a formar parte los criterios medioambientales. Asimismo, se admite que en el procedimiento negociado se consensuen dichos aspectos.

En último lugar, ya en el período de ejecución del contrato, se mantiene que se puedan incluir condiciones técnico-ambientales que permitan un mejor desarrollo del mismo desde ese punto de vista, considerándose como requisitos objetivos fijos del contrato y proponiendo algunas como parámetros ejemplificativos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Pernás García, J. –*Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011.

– "El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales", en *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Aranzadi, Navarra, 2012.

– "Contratación pública verde: hacia una mayor claridad jurídica en el uso estratégico de las compras públicas", en *Observatorio de Políticas Ambientales 2013*, Aranzadi, Navarra, 2013.

– Práctica de Contratación administrativa La Ley, 134 (noviembre-diciembre 2014), número especial sobre Contratación Verde.

– VVAA: *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Navarra, 2013.

Capítulo IX

Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción

CARLOS AYMERICH CANO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidade da Coruña

SUMARIO: I. LA OBLIGACIÓN DE DEJAR SIN EFECTO LOS CONTRATOS DERIVADOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN. II. LA ANULACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS POR LA JURISDICCIÓN PENAL COMO CUESTIÓN PREJUDICIAL ADMINISTRATIVA NO DEVOLUTIVA. III. LA ANULACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS COMO MANIFESTACIÓN DE LA COMPETENCIA CIVIL ADHESIVA DEL JUEZ PENAL. IV. UN CASO EXCEPCIONAL: LA JURISDICCIÓN PENAL SE DECLARA INCOMPETENTE PARA ANULAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. V. CONCLUSIÓN. LA ANULACIÓN DE ACTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO DECOMISO DE LOS PRODUCTOS DEL DELITO (ART. 127 CP).

RESUMEN

La obligación de anular o resolver los contratos públicos afectados por delitos de corrupción, reconocida sobre el papel, sigue siendo en la práctica una asignatura pendiente en el ordenamiento español. El trabajo analiza las cuestiones suscitadas por las escasas sentencias penales que anulan estos actos y contratos, apuntando las potencialidades de la figura del decomiso regulado en el art. 127 CP.

I. LA OBLIGACIÓN DE DEJAR SIN EFECTO LOS CONTRATOS DERIVADOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

Tanto la Convención de la OCDE contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)[1], como el Convenio Civil en materia de corrupción del Consejo de Europa (1999)[2] y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004)[3] recogen la obligación de dejar sin efecto los contratos derivados de actos de corrupción, también prevista por el art. 73 de la nueva Directiva de contratación pública y el 44 de la de Concesiones. Ambas, en efecto, disponen que los Estados miembros deben dotar a los poderes adjudicadores de la potestad de resolver los contratos y concesiones cuando el contratista haya sido condenado por sentencia firme por la comisión de, entre otros, delitos de corrupción o, en todo caso, cuando "*el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la presente Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE*". La obligación había sido ya introducida en 2007 en la Directiva de recursos[4] y, previamente, declarada por la Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2003[5], confirmada por la de 18 de julio de 2007[6].

Sobre el papel, el ordenamiento español ya cumple con este mandato. En efecto, el art. 32 TRLCSP enumera como causas de nulidad de los contratos públicos "*las indicadas en el art. 62.1 de la Ley 30, 1992, de 26 de noviembre*" –entre las que se incluye, como es sabido, la de que los actos "*sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta*" [art. 62.1. d) LPAC]– y, entre otras, hallarse incurso el contratista "*en alguna*

1. Cfr., art. 3.3 de esta Convención y párrafos 21 y 22 de los comentarios elaborados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.
2. Cfr., art. 8 del Convenio que, bajo el expresivo título de "*Validez de contratos*", dispone que "*cada Parte dispondrá en su Derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción*".
3. El artículo 34 de la Convención, bajo el título "*Consecuencias de los actos de corrupción*", establece que "*Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva*".
4. Art. 2 quinquies.
5. As. C-20, 01 y 28, 01, Comisión c. Alemania.
6. As. C-503, 04, en relación con el incumplimiento por Alemania del fallo de la sentencia anterior.

de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 60" –precepto éste que hace referencia tanto a los delitos de corrupción (art. 60.1. a) como a las situaciones de incompatibilidades y conflictos de intereses regulados en la legislación de empleo público, altos cargos e incompatibilidades (art. 60.1. f)–. Por lo demás, la anulación de un acto preparatorio o del acto de adjudicación "*llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación*" (art. 35.1 TRLCSP). El problema, sin embargo, estriba en la falta de efectividad de estas previsiones legales, especialmente en lo que se refiere a la exclusión de la contratación pública de las empresas incursas en prácticas corruptas declaradas en sentencia firme[7] y a la anulación y consiguiente resolución de los contratos adjudicados como consecuencia de prácticas corruptas. Para sorpresa e indignación de la opinión pública, la condena penal de los responsables de delitos de cohecho, prevaricación, malversación de caudales públicos o tráfico de influencias no se ve seguida, con carácter general, de la anulación y consecuente liquidación de los contratos afectados ni tampoco del decomiso de las ganancias o beneficios derivados de los mismos.

Así las cosas, si la misma sentencia que declara la existencia del delito y condena a sus responsables decretase la nulidad del contrato o acto afectados se evitaría el riesgo de resoluciones contradictorias al tiempo que se aseguraría el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones y, añádase, también sin costes indebidos. Por otra parte, si se acepta que el planteamiento de una cuestión prejudicial desde la jurisdicción penal para la anulación por la contencioso-administrativa de un acto o contrato sólo sería procedente de no haber caducado el plazo para su impugnación[8], la

7. Recuerda Medina Arnáiz (cfr. "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Fernández Acevedo, Rafael y Valcárcel Fernández, Patricia (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid 334) que no fue declarada incursa en prohibición para contratar ninguna de las empresas que, según declara como hechos probados la STS de 21 de diciembre de 1999 (caso Roldán), pagaron al director general de la Guardia Civil elevadas comisiones por obras o servicios, algunos de los cuales ni siquiera se llegaron a prestar. Lo mismo sucedió con las empresas que, de acuerdo con los hechos probados de la STS de 28 de marzo de 2001 (caso Urralburu), pagaron también importantes comisiones al presidente del gobierno navarro a cambio de la adjudicación de contratos.

8. De acuerdo con Gimeno Sendra, el tribunal penal no podría sugerir a las partes el planteamiento de una cuestión prejudicial devolutiva que implicase la interposición extemporánea de un recurso contencioso-administrativo que, en cualquier caso, la jurisdicción contencioso-administrativa debería inadmitir (cfr. "Estudio preliminar. Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal" en Ballbé Mallol y Padrós Reig, *La prejudicialidad administrativa*

anulación directa por la jurisdicción penal sería, en la gran mayoría de los casos, la única vía practicable para alcanzar ese resultado, excepción hecha de la revisión de oficio que, como su nombre indica, depende de un impulso político y administrativo no siempre presente. Sin embargo, la posibilidad de que los actos y contratos puedan ser anulados directamente por la jurisdicción penal no está exenta de problemas y dudas.

II. LA ANULACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS POR LA JURISDICCIÓN PENAL COMO CUESTIÓN PREJUDICIAL ADMINISTRATIVA NO DEVOLUTIVA

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 97, 1994, de 18 de enero (caso "Burgos"), que condena al Alcalde, corporativos y funcionarios del Ayuntamiento de Burgos así como a un constructor por los delitos de prevaricación, falsedad documental, revelación de secretos, denegación de auxilio al autoridad y desacato, anula diversos acuerdos municipales de aprobación de instrumentos urbanísticos, concesión de licencias e incluso las escrituras públicas a las que accedió la nueva situación urbanística de las fincas. Reconociendo la complejidad de la cuestión, el tribunal acaba por afirmar la competencia anulatoria de la jurisdicción penal, considerando que, en esencia, se trata de un juicio de naturaleza administrativa realizado por un juez penal al amparo del art. 3 LECrim (es decir, de una cuestión prejudicial no devolutiva) de lo cual deriva, de acuerdo con ese mismo precepto, que esa decisión, adoptada a "*los únicos efectos de la represión*" podría ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa al carecer de fuerza de cosa juzgada.

Ciertamente, el hecho de que la norma administrativa aplicada sea el art. 47.1. b) LPA –antecesor del actual 62.1. d) LPAC– complica la cuestión, dada la remisión que este precepto realiza al Derecho Penal, en concreto, a la existencia de una sentencia condenatoria dictada por esa jurisdicción en cuyos hechos probados se declare que el acto o contrato administrativo en cuestión fue medio o consecuencia de una infracción penal. Por esa razón, rechazando el motivo impugnatorio aducido por el Ayuntamiento de Burgos en el sentido de negar la competencia de la jurisdicción penal para anular actuaciones administrativas, la sentencia concluye que, incluso en el caso hipotético de que tal argumento se estimase, "*el resultado práctica-*

en el proceso penal, Civitas, Madrid, 2004, p. 29). Morcillo Moreno (cfr. *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo,* La Ley, Madrid, 2007, p. 105) sostiene, por el contrario, que el planteamiento por el juez penal de una cuestión prejudicial devolutiva reabre el plazo para la impugnación de la actuación cuestionada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

mente no conduciría a nada, (porque) *la jurisdicción contencioso- administrativa estaría vinculada por lo declarado por el Juez penal*".

III. LA ANULACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS COMO MANIFESTACIÓN DE LA COMPETENCIA CIVIL ADHESIVA DEL JUEZ PENAL

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 742.2 LECrim, siempre que el ejercicio de las acciones civiles no haya sido expresamente reservado para un proceso posterior, el juez penal es competente para resolver "*todas las cuestiones sobre responsabilidad civil que hayan sido objeto de juicio*". Por su parte, el art. 110 CP especifica que la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Frente a lo que inicialmente pudiese deducirse de la letra de estos preceptos, una jurisprudencia consolidada sostiene que esta "*competencia civil adhesiva*" del juez penal no se halla circunscrita al ámbito estrictamente resarcitorio sino que puede amparar también pronunciamientos sobre la validez de los negocios jurídicos relacionados con el hecho delictivo, en tanto que medios para su comisión o consecuencia del mismo[9]. Además, a diferencia de otros pronunciamientos civiles realizados a título prejudicial al amparo de lo dispuesto en el art. 3 LECrim, los que la sentencia penal contenga en materia de responsabilidad se dictan en ejercicio de una competencia propia y gozan, por tanto, de fuerza de cosa juzgada produciendo, como tiene declarado la jurisprudencia, la consunción de las correspondientes acciones que ya no podrán ejercitarse ante la jurisdicción civil[10]. Aun reconociendo sus ventajas, no deben obviarse los inconvenientes derivados de esta conversión de la competencia civil adhesiva del juez penal, limitada en principio al ámbito resarcitorio, en una potestad genérica de restauración del orden jurídico alterado por el delito que, como competencia de atribución, comprendería

9. Cfr., Arnáiz Serrano, *La acción civil en el proceso penal: elementos objetivos*, tesis doctoral, UCIII, Madrid, 2004, p. 315.

10. Refiriéndose a la responsabilidad civil, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1988 declara que "*cuantas acciones tengan cabida en el proceso penal se han de entender ejercitadas en él y por lo mismo juzgadas en el fallo condenatorio, con efectos siempre consuntivos de todas ellas*". En todo caso, la doctrina civilista matiza el alcance de la consunción estimando que ésta sólo tiene lugar cuando el fallo de la sentencia contenga una declaración expresa sobre la invalidez o ineficacia del negocio. En todos los demás supuestos –cuando no se pronuncie sobre el particular o lo haga exclusivamente en la motivación– Yzquierdo Tolsada considera (cfr. *op. cit.*, p. 1194) que la acciones subsisten y podrían ejercitarse ante la jurisdicción civil.

cuantos pronunciamientos estuviesen funcionalmente orientados al logro de esa finalidad. El riesgo se hace aún más evidente cuando el avance se produce sobre el terreno del Derecho Administrativo porque en éste, a diferencia de lo que sucede con el Civil, no puede sostenerse la existencia previa de ninguna "competencia administrativa adhesiva" que el juez penal pueda ejercer a título principal y de la que pueda partir una operación de ampliación como la reseñada.

Lo cierto es que la mayoría de las sentencias que anulan actos o contratos administrativos lo hacen en ejercicio de la potestad anulatoria integrada en la competencia civil adhesiva del juez penal. Tal es el caso de la Sentencia 155, 2013, de 13 de mayo, de la Audiencia Provincial de Cádiz (caso "Asesores") en la que se condena al ex alcalde de Jerez y a otros miembros de esa corporación municipal por la comisión de un delito continuado de prevaricación en concurso con malversación continuada de caudales públicos a penas de cárcel e inhabilitación (penas elevadas por el TS en Sentencia 600, 2014, de 3 de septiembre, al condenar a los acusados también por un delito de falsificación de documentos oficiales) por la contratación irregular de asesores políticos a través de dos empresas municipales. La única referencia que esta resolución contiene a la nulidad de estos contratos, en el fundamento dedicado a la responsabilidad civil y que luego se reitera en el fallo, es "*derivándose la nulidad de los contratos celebrados entre las partes a que se refieren los hechos declarados probados*"[11].

Esta aproximación privatista a la anulación de los contratos y demás actuaciones administrativas no está, sin embargo, exenta de problemas. Problemas derivados de la aplicación de las normas sustantivas civiles en detrimento de las específicamente administrativas –lo cual incrementa el riesgo de resoluciones contradictorias entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa[12]– y de las limitaciones que, a efectos de legi-

11. En el mismo sentido, la Sentencia 119, 2004, de 11 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Lugo que condena al Alcalde de O Vicedo a por la comisión de un delito de prevaricación en concurso con malversación y falsificación de documentos públicos que, también en sede de responsabilidad civil, declara la nulidad de los contratos de compra de un solar propiedad del Alcalde y de venta de un inmueble municipal a un testaferro del Alcalde y posteriormente por éste a un tercero, reponiendo de este modo la titularidad municipal sobre el inmueble previo pago al tercer adquirente de la cantidad ingresada por el municipio con ocasión de la primera venta.

12. Cabe plantearse la pregunta de si en estos casos los pronunciamientos de la jurisdicción penal gozan o no de fuerza vinculante, es decir, si se dictan a los "*meros efectos de la represión*" (art. 3 LECrim) dado que, no pronunciándose aparentemente a título prejudicial, no debería "atemperarse" –y de hecho no lo hace– a las normas sustantivas administrativas (art. 7 LECrim).

timación, resultan de concebir la nulidad de las actuaciones administrativas como una expresión más de la responsabilidad civil nacida del delito pues sólo los perjudicados por el delito o el Ministerio Fiscal podrían demandarla: en definitiva, un círculo de legitimados más estrecho de lo que resultaría, paradójicamente, de aplicar los, aparentemente más estrictos, criterios de legitimación propios del ordenamiento administrativo.

Muestra del primero de los problemas indicados es la Sentencia 73, 2013, de 26 de julio, de la Audiencia Provincial de las Illes Balears, dictada en el conocido como caso "Scala". La sentencia condena a un ex conseller, a un ex director general del gobierno balear, a la gerente del Consorcio de Desarrollo Económico de Baleares (CDEIB) y a otras 12 personas por los delitos de asociación ilícita, prevaricación, malversación, fraude a la Administración Pública, cohecho y falsificación de documentos públicos y mercantiles. El tribunal considera probado que la existencia de una trama para desviar recursos públicos desde el CDEIB a través de contratos públicos adjudicados, sin procedimiento alguno, a empresas controladas por los cargos públicos condenados por medio de testaferros, el cobro de comisiones a los proveedores de bienes y servicios que, en muchas ocasiones, no llegaron a prestarse. Cuando la sentencia, en el ámbito de la responsabilidad civil, declara la nulidad de algunos de los contratos públicos celebrados por la red delictiva invoca, exclusivamente, el art. 1275 CC.

En lo que respecta a la legitimación, la ubicación de la nulidad dentro de la responsabilidad civil implica que ésta sólo pueda ser declarada si alguno de los perjudicados o el Ministerio Fiscal ejercita esta acción de acuerdo con lo dispuesto en las normas civiles. Por esta razón son tan escasas las declaraciones de nulidad de actos y contratos realizadas por la jurisdicción penal: salvo que haya cambios en la mayoría gobernante, la principal perjudicada por estos delitos –la Administración– se muestra muy remisa a demandar anulación alguna[13]. Por su parte, a falta de un criterio asentado, el Ministerio Fiscal actúa de forma errática, reclamando

13. *Vid.* Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 537, 2002, de 5 de abril. Se condena por prevaricación en concurso con tráfico de influencias a varios integrantes del gobierno municipal de Marbella por la celebración irregular de contratos de esponsorización de varios clubes y entidades deportivas a través del ayuntamiento marbellí o de la sociedad municipal "Eventos 2000". Sin embargo, al no haberse personado en la causa el Ayuntamiento de Marbella, el tribunal no estima la demanda de nulidad de los contratos celebrados: "*la Sala no hace pronunciamientos sobre las responsabilidades civiles ni sobre las nulidades contractuales solicitadas, reservándose ello en su caso a la vía jurisdiccional correspondiente*".

en unos casos nulidades que no demanda en supuestos análogos[14]. Las demás partes acusadoras, de existir, no estarían en principio legitimadas para ejercitar la acción de responsabilidad civil.

IV. UN CASO EXCEPCIONAL: LA JURISDICCIÓN PENAL SE DECLARA INCOMPETENTE PARA ANULAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Sólo en un caso, el resuelto por la Sentencia 16, 2012, de 30 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, un órgano de la jurisdicción penal se declaró expresamente incompetente para anular actuaciones administrativas, considerando que, de hacerlo, invadiría un ámbito que el art. 9.4 LOPJ reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa[15]. En efecto, tras situar las pretensiones anulatorias formuladas por el Ministerio Fiscal en el ámbito de la responsabilidad civil e interpretar restrictivamente el alcance de esta "competencia civil adhesiva"[16], la Sala considera que anular los contratos litigiosos supondría una invasión de competencias privativas del orden contencioso-administrativo que conllevaría la nulidad de lo actuado.

---

14. En el caso "Turismo", análogo al caso "Scala" ya analizado, ni la Fiscalía ni la Generalitat de Cataluña solicitaron la nulidad de los contratos. En efecto, la Sentencia de 13 de octubre de 2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona no contiene pronunciamiento alguno sobre la nulidad de los contratos, al no haber sido ésta solicitada ni por la Generalitat ni por el Ministerio Fiscal.
A la misma conclusión se llega tras comparar la Sentencia del caso "Asesores", ya referida, con la 273, 2014, de 16 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense en el caso "Baltar", que condena al ex presidente de la Diputación Provincial de Ourense a nueve años de inhabilitación especial para cargo público como responsable de un delito continuado de prevaricación por la contratación de 104 personas con infracción de los principios básicos rectores de la contratación pública y del acceso al empleo público sin anular, sin embargo, ninguno de esos contratos y rechazando, además, la reclamación indemnizatoria formulada por la acusación particular es rechazada.
15. La sentencia condenó al ex Alcalde popular de Torrevieja por un delito continuado de prevaricación y falsedad en documento oficial a tres años de prisión, siete meses de multa y siete años de inhabilitación especial para cargo electivo local por manipular el procedimiento de contratación de prestación del servicio de recogida de basura y limpieza viaria, a fin de que fuese adjudicado a una UTE encabezada por la empresa NECSO encargando directamente, entre otras actuaciones, un informe a un despacho vinculado con la empresa a fin de salvar los informes internos que aconsejaban dejar el concurso desierto.
16. "*Según dispone el artículo 110 del Código Penal y el 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acciones civiles ejercitables en el proceso penal son tan solo la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales causados por el hecho ilícito*".

La particularidad del caso enjuiciado estriba en que al declararse el tribunal penal incompetente para anular el contrato éste devino inatacable al ganar firmeza el acto de adjudicación y no tener intención alguna el Ayuntamiento de Torrevieja, al menos en un primer momento, de revisar de oficio el contrato. Sólo quedaría la vía del recurso administrativo de revisión por la concurrencia del cuarto motivo de los enumerados en el art. 118.1 LPAC muy limitada, en todo caso, como consecuencia de la restrictiva interpretación que del mismo realizan la doctrina jurisprudencial y consultiva.

La sentencia rechaza, una por una, las razones en que la jurisprudencia funda la competencia de los jueces penales para anular actos y contratos administrativos. Niega, en primer lugar, que la "competencia civil adhesiva" pueda amparar la anulación de contratos administrativos porque el art. 62.1. d) LPAC es una norma administrativa, no civil, cuya aplicación corresponde, en exclusiva, a la jurisdicción contencioso-administrativa, aludiendo de paso a las peculiaridades propias de la declaración de nulidad en el Derecho Administrativo[17].

17. Éste argumento, coincidente con las razones aducidas por autores como Bauzá Martorell –cfr. "El acto administrativo: entre nulidad y delito (la anulación de actos administrativos por el juez penal)", *REDA,* nº 163, 2014, pp. 217 y ss.–, merece una consideración especial. Ciertamente, los efectos de la nulidad en el Derecho Administrativo presentan matices y peculiaridades que difícilmente pueden ser aprehendidas en los pronunciamientos contenidos en las sentencias penales. En efecto, tanto el art. 106 LPAC– bajo el título de "límites de la revisión" –como el 38.2 TRLCSP permiten mitigar los efectos de la nulidad de actos y contratos administrativos permitiendo incluso, respecto de éstos últimos, que la concurrencia de una causa de nulidad no impida el mantenimiento de los efectos del contrato si existiesen "*razones imperiosas de interés general que lo exijan*". Sin embargo estas limitaciones sólo operan en el ámbito de la revisión administrativa de dichos actos y contratos, sin afectar a la eficacia de las sentencias dictadas por jueces y tribunales. Esta interpretación deriva tanto de la literalidad de las normas citadas y de su ubicación sistemática como de la constatación de que interpretarlas de otro modo supondría establecer un supuesto de inejecución de las sentencias contencioso-administrativas no previsto en la LJCA de 1998 –en realidad supondría una vuelta al sistema de la LJCA de 1956 tal y como éste era aplicado antes de la CE de 1978– y, en cuanto a las dictadas por los jueces y tribunales penales, claramente incompatible con la declaración general contenida en el art. 18 LOPJ directamente derivada del art. 118 CE. Ni el juez penal ni el contencioso-administrativo están sujetos a los límites que, en nombre de la seguridad jurídica y del interés general, debe observar la Administración cuando revisa sus propios actos. Respecto de las limitaciones derivadas de la seguridad jurídica, la razón es clara: frente a los plazos fijados por las leyes procesales para el ejercicio de acciones penales y administrativas –especialmente breves en este último caso– la potestad administrativa de revisión de oficio de actos nulos puede ser ejercida "*en cualquier momento*" (art. 102.1 LPAC) lo cual impone, bien se comprende, límites al alcance de una declaración de nulidad

Niega también que esta norma pueda ser aplicada, a título principal por los jueces y tribunales penales, opinión fundada en sólidos argumentos ya que cuando ejercen su competencia civil adhesiva, los jueces penales no actúan *incidentaliter* sino a título principal, en ejercicio de una competencia propia. Sin embargo, nada impediría que el alto tribunal valenciano pudiese, si tal fuese su voluntad, pudiese aplicar a título prejudicial el art. 62.1d) LPAC. Da la impresión de que lo que el tribunal quería evitar a toda costa era la anulación de uno de los contratos litigiosos, en concreto, el de mayor valor económico y más larga duración[18]. Y en esto la sentencia no se aparta de la práctica de los tribunales españoles que, hasta el momento, han reservado su potestad anulatoria para contratos de escasa cuantía económica.

Mas, como si de una fábula se tratase, la historia termina con moraleja. El 16 de enero de 2014[19], el *Consell Juridic Consultiu* valenciano informó favorablemente, a instancia del Ayuntamiento de Torrevieja, la resolución del contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y mantenimiento de la costa del término municipal de Torrevieja por las "*reiteradas deficiencias en la prestación por la concesionaria de los servicios contratados*" que afectan a todas las prestaciones objeto del contrato. Es decir, diez años después de haber sido adjudicado el contrato y tras numerosos incumplimientos, el Ayuntamiento procede a su resolución. Parece lógico preguntarse si no hubiese sido mejor –en términos de justicia y de eficiencia, en definitiva, de buena administración– que el contrato hubiese sido anulado por la sentencia que comentamos.

---

que puede afectar a situaciones temporalmente consolidadas. Por lo que se refiere a los condicionantes derivados del interés general, éstos operan en vía jurisdiccional de una forma distinta a lo establecido para la vía administrativa: si en ésta lo hacen a través de la previa declaración de lesividad (art. 103 LPAC) y de la limitación o exclusión de los efectos de la declaración de nulidad (art. 106 LPAC y 38.2 TRLCSP), en aquélla deben hacerlo por medio de institutos, excepcionales como la imposibilidad de ejecución de la sentencia o de la expropiación "*por causa de utilidad pública e interés social, declarada por el Gobierno*" (art. 118 LOPJ y 105.3 LJCA) siempre sujetos, claro está, a revisión jurisdiccional. Nótese, por lo demás, que cuando la LJCA quiere mitigar los efectos de la declaración judicial de nulidad de una actuación administrativa lo hace de forma expresa (tal es el caso del art. 73 en relación con la anulación de disposiciones generales).

18. De hecho el fallo contiene un pronunciamiento en relación con el informe encargado directamente a un conocido despacho de abogados cual es condenar a los acusados a satisfacer al Ayuntamiento el importe de 12.000€ –el precio del contrato– en concepto de indemnización. Sin embargo, sobre el contrato de gestión del servicio de limpieza viaria y gestión de residuos urbanos cuyo valor ascendía a casi 10 millones de euros anuales con una duración estipulada de 10 años, el fallo no contiene pronunciamiento alguno.

19. *Informe 2014*, 0020. Puede consultarse en *www.gva.es/cjccv/*.

V. CONCLUSIÓN. LA ANULACIÓN DE ACTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO DECOMISO DE LOS PRODUCTOS DEL DELITO (ART. 127 CP)

Todos los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción se fundan en el principio de que la corrupción no puede ser rentable y que, por consiguiente, los Estados signatarios deben confiscar el producto de la corrupción o aplicar sanciones pecuniarias de efecto equivalente[20]. La confiscación o decomiso del producto de los delitos de corrupción engloba también la "caducidad de los derechos"[21] noción dentro de la cual, sin esfuerzo, cabe entender incluida la nulidad de actos y contratos públicos.

Esta misma preocupación de que el *"el delito no resulte provechoso"*[22] inspira las iniciativas que, con el art. 83.1 TFUE de fondo[23], promueven las instituciones comunitarias privilegiando el decomiso en su doble vertiente preventiva –al impedir que los fondos confiscados puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas– y disuasoria, como instrumento de combate a la delincuencia. De hecho, en el ámbito comunitario, existe un concepto armonizado de decomiso[24]. De acuerdo con esta noción armonizada, por "*productos del delito*" debe entenderse "*todo beneficio económico derivado de una infracción penal*", entendiéndose por tales "*los bienes de*

20. Cfr., art. 3.3 de la Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; art. 19.3 del Convenio Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa; art. 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

21. Cfr., "Comentarios al Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales", en *Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Información para las empresas españolas con actividades en el extranjero,* p. 35 (folleto publicado por el gobierno español accesible en *http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427004774?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DFolleto_sobre_el_Convenio.PDF)*.

22. Cfr., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que "el delito no resulte provechoso"*, COM (2008) 766 final.

23. Precepto que incluye la corrupción entre los "*ámbitos delictivos*" de "*especial gravedad*" y "*repercusión transfronteriza*" en los que las instituciones comunitarias podrán establecer, a través de Directivas, criterios comunes para su persecución en el conjunto de la UE. De acuerdo con el art. 10 del Protocolo 36 TFUE, esta previsión entró en vigor el 1 de diciembre de 2014.

24. Establecido en la Decisión Marco 2005, 212/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005 "*relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*" y que, básicamente, se mantiene en la Propuesta de Directiva sobre decomiso de los productos de la delincuencia en la UE [COM (2012) 85 final, de 12 de marzo de 2012].

cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes"[25].

En la actualidad, el art. 127 CP, en la redacción ofrecida por la LO 5, 2012, de 22 de junio, transpone lo dispuesto en la citada Decisión Marco de 2005 al extender el decomiso a los bienes de las personas jurídicas y a los de las organizaciones o grupos criminales o terroristas, previsión ésta de creciente importancia en el ámbito de la corrupción dada la progresiva cualificación judicial de las tramas de corrupción como "asociaciones ilícitas" del art. 515 CP[26]. En el ámbito específico de los delitos de corrupción, el art. 431CP prevé, respecto de los delitos de cohecho y tráfico de influencias, que las "*dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso*".

El decomiso es una consecuencia del delito ajena a la responsabilidad civil, de modo que su adopción puede ser solicitada por cualquier parte, incluida la acusación popular, e incluso ser adoptada de oficio por el juez o tribunal. Se solucionarían, por tanto, los problemas de legitimación que presenta el ejercicio de pretensiones anulatorias fundadas en la responsabilidad civil *ex delicto*.

En definitiva, para que dentro del decomiso tenga cabida la declaración de nulidad de los actos y contratos resultantes de prácticas corruptas sólo falta que los jueces y tribunales españoles acojan una interpretación amplia de la institución, en línea con la propugnada por las organizaciones internacionales promotoras de iniciativas de prevención y lucha contra la corrupción. Una interpretación, por lo demás, plenamente congruente con la justificación institucional de la figura: impedir que las actividades delictivas, incluidas las que se producen en el ámbito de la contratación pública, compensen a quienes las realizan.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Arnáiz Serrano, A., *La acción civil en el proceso penal: elementos objetivos*, tesis doctoral, UCIII, Madrid, 2004.

Bauzá Martorell, F., "El acto administrativo: entre nulidad y delito (la anulación de actos administrativos por el juez penal)", *REDA,* nº 163, 2014, pp. 217 y ss.

25. Cfr., art. 1 de la Decisión Marco 2005, 212/JAI.
26. La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Illes Balers de 26 de julio de 2013 (caso "Scala"), ya examinada, que condena a los acusados por la comisión, entre otros, de un delito de asociación ilícita.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2010), "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,* nº 147, pp. 525 y ss.

GIMENO SENDRA, V., "Estudio preliminar. Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal" en BALLBÉ MALLOL y PADRÓS REIG, *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal,* Civitas, Madrid, 2004.

MEDINA ARNÁIZ, T., "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

MORCILLO MORENO, J., Cfr. *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo,* La Ley, Madrid, 2007.

WILLIAMS-ELEGBE, S., *Fighting corruption in public procurement,* Hart, Oxford-Portland, 2012.

YZQUIERDO TOLSADA, M., "La responsabilidad civil en el proceso penal", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, BUSTO LAGO y REGLERO CAMPOS (Coords.), 5ª ed., Civitas, Madrid, 2014.

Capítulo X

La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública

MARINA RODRÍGUEZ BEAS
Personal Investigador de acceso al SECTI
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE "COMPRA PÚBLICA INNOVADORA". III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA EN ESPAÑA. IV. LA INNOVACIÓN EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE, DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La innovación es uno de los ejes de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y considera la contratación pública una herramienta de capital importancia para alcanzar esos objetivos.

Esta prioridad europea se plasmó en nuestro ordenamiento jurídico interno mediante sucesivas modificaciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Pero las nuevas directivas "de cuarta generación" en materia de contratación pública contemplan múltiples avances en la compra pública innovadora.

La principal novedad de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, estriba en la creación de un procedimiento de adjudicación específico para el desarrollo de productos, ser-

vicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes, llamado "asociación para la innovación". De este modo, el legislador europeo introduce cauces procedimentales más ágiles con los que afrontar los nuevos retos del sector público.

I. INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos y su implementación en la estructura administrativa no se han producido con la rapidez deseada. Tradicionalmente la regulación vigente en materia de contratos del sector público no ha ofrecido instrumentos eficaces para desarrollar la compra pública innovadora.

Hasta la incorporación del Contrato de Colaboración entre el sector público y privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la posibilidad de incorporar soluciones innovadoras en la fabricación de bienes y prestación de servicios a la Administración pública con nueva tecnología se reducía a aquellos contratos de suministros en los que el empresario se obligaba a fabricar bienes con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración o a la introducción en los pliegos de la posibilidad de formular variantes a las prescripciones definidas por la Administración licitante en las ofertas de los licitadores.

Existe en la actualidad una estrategia clara, a nivel estatal, europeo[1] e internacional, que apuesta por la innovación de las Administraciones públicas como elemento clave para potenciar su competitividad, eficacia y eficiencia. En este sentido, la compra pública innovadora viene a completar y/o complementar otros instrumentos de impulso y fomento de la innovación como el acceso a nuevas fuentes de financiación y desarrollo de iniciativas tecnológicas conjuntas entre el sector público y el privado[2].

El nuevo paquete de Directivas "de cuarta generación"[3] en materia de contratación pública contempla múltiples avances en la materia, tanto

1. La innovación es uno de los ejes de la "Estrategia Europa 2020, para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" (Bruselas, 3 de marzo de 2010, COM 2010), que busca el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación, y considera la contratación pública una herramienta de capital importancia para alcanzar esos objetivos.
2. En este sentido, Arnáez Arce, V. M., "La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 93, mayo-agosto, 2012, p. 18.
3. El Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de marzo de 2014 publicó las tres nuevas Directivas del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero sobre contratación pública, que se erigen ya en la nueva generación de derecho de la Unión Europea sobre la materia: la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de

desde la introducción de nuevas técnicas, instrumentos y procesos[4], como de mecanismos para facilitar la participación la transparencia y la propia iniciativa de los operadores económicos.

De este modo, la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2014, sobre contratación pública, da un paso adelante introduciendo la posibilidad de que los poderes adjudicadores establezcan una "asociación para la innovación" para el desarrollo y posterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras.

La citada Directiva, como veremos, abre la posibilidad que una vez apreciada la necesidad de un producto, servicio u obra que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado, la administración describa los requisitos mínimos, los niveles de rendimiento y los costes máximos de desarrollo de dicho producto, servicio u obra y convoque a los interesados a aportar soluciones innovadoras, a través de lo que se ha denominado compra pública innovadora.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE "COMPRA PÚBLICA INNOVADORA"

El concepto de compra pública innovadora tiene su origen en el seno de la Comisión Europea y consiste en la incorporación de la innovación en los productos y servicios que adquieren las Administraciones y entidades del sector público[5].

---

contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y 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 y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Véase, Gimeno Feliú, J. M., "Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 159, 2013, pp. 39-106; Gimeno Feliú, J. M., "Novedades en la Nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública", *Revista de estudios locales*, nº Extra 161, 2013, pp. 15-44.

4. A continuación se trata brevemente, el procedimiento de la "asociación para la innovación", la principal novedad introducida por la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

5. Se ha desarrollado el concepto de compra pública innovadora a través de diferentes resoluciones y comunicaciones del Parlamento y la Comisión Europeo, entre las que destacan, entre otras, la Resolución del Parlamento Europeo de junio de 2007, sobre la trasposición y aplicación de la legislación sobre contratación pública; la Comunicación de la Comisión Europea de diciembre de 2007; Resolución del Parlamento del Parlamento Europeo de febrero de 2009.

Autores como Arnáez Arce lo define como "un mecanismo en manos de los poderes públicos, que tiene por objeto o finalidad el impulso y la incentivación del desarrollo e incorporación de tecnología innovadora en los bienes y productos que se adquieren y utilizan para la prestación y gestión de los servicios públicos"[6].

El concepto de compra pública innovadora pretende ocasionar un cambio en la cultura administrativa de la contratación pública, la cual hasta ahora consistía en seleccionar dentro de la oferta proporcionada por el mercado aquellas soluciones técnicas que mejor satisfacen sus necesidades.

La Comisión Europea ha tratado de reforzar la capacidad innovadora de los Estados miembros de la Unión Europea mejorando la calidad y la eficiencia de los servicios públicos a través de la incorporación a los mismos de bienes y servicios innovadores, impulsando que se presenten ofertas innovadoras y la internacionalización de la innovación a partir de la utilización del mercado público como primer cliente de referencia[7].

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA EN ESPAÑA

En los últimos años, se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico un impulso a la colaboración entre el sector público y privado, a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y 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 (en adelante TRLCSP)[8].

A partir de las modificaciones incorporadas por las referidas normas legales se recoge en la regulación de la contratación pública la expresa referencia a la necesidad de adoptar medidas específicas para impulsar la denominada compra pública innovadora, como un instrumento imprescindible para fomentar la innovación y garantizar, de este modo, la gestión y prestación de servicios públicos de calidad y sostenibles.

---

6. Arnáez Arce, V. M., "La compra pública…, *op. cit.*, pp. 19-20.
7. Arnáez Arce, V. M., "La compra pública…, *op. cit.*, p. 20.
8. La prioridad europea de la innovación como eje de la "Estrategia Europea 2020, para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" se plasmó en España en la "Estrategia estatal de innovación (E2i)" (Ministerio de Ciencia e Innovación de 11 de marzo de 2010), la cual diseña el marco de actuación de la política estatal para contribuir al cambio de modelo productivo en España que propugna la Unión Europea.

En relación a la regulación jurídica de la compra pública innovadora, el art. 11 apartado c) del TRLCSP define los contratos de colaboración público-privada y los califica como la vía preferente para a adquisición de tecnología innovadora, afirmando que tiene por objeto 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".

Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el citado precepto el contrato de colaboración público-privada es el tipo contractual más específico e idóneo para la compra pública innovadora en su modalidad de adquisición de tecnología innovadora, porque favorece y facilita el diálogo con las empresas para la definición y el establecimiento de requisitos de licitación sujetos a fase de investigación, desarrollo e innovación, más allá del precio.

Además, el TRLCSP también prevé el posible establecimiento de mecanismos contractuales con el fin de fomentar e impulsar la compra pública innovadora en los procedimientos ordinarios de adjudicación, mediante la introducción de cláusulas específicas en los pliegos de condiciones administrativas generales y de prescripciones técnicas.

Por otra parte, el art. 4.1 r) del TRLCSP, añadido en virtud de la disposición adicional 16 de la LES, excluye del ámbito de aplicación del régimen jurídico de la contratación pública a los contratos que tengan por objeto la compra pública innovadora en su modalidad precomercial, es decir, lo que promuevan la capacidad tecnológica de las empresas u en lo que el empresario y la entidad del sector público contratante comparten los riegos y los beneficios de la investigación[9].

La Ley 14/2011, de 1 de junio, de Ciencia, Tecnología y la Innovación, eleva en su art. 7 a rango de Ley la Estrategia E2i y además regula la necesidad de aprobación y publicación por los departamentos ministeriales de sus respectivos planes que detalle su política de compra pública innovadora y precomercial[10].

---

9. Acerca de la incidencia de la contratación precomercial en la legislación española, *vid.* Cortés Moreno, A., "La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 9, 2011, pp. 1109-1119. Villarejo Galende, H., "Colaboración público-privada y contratación precomercial para el impulso de la I+D+I y la transferencia del conocimiento", Calonge Velázquez, A. (Dir.), *Ciencia, tecnología e innovación: nuevo régimen jurídico*, Comares, Granada, 2013, pp. 133-145.
10. Art. 44.3.

De este modo, la compra pública innovadora se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico interno como un nuevo instrumento de las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público para permitirles procurarse de bienes y servicios innovadores que aporten una mayor eficiencia y calidad en los servicios públicos para conseguir un desarrollo económico sostenible, pero a la vez, incentiva la actividad de fomento de la iniciativa privada en la investigación de soluciones novedosas[11].

IV. LA INNOVACIÓN EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE, DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014

La Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, apuesta por la orientación estratégica de la contratación, y sobre la innovación recuerda que "la investigación y la innovación incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europea 2020".

Por ello, en su considerando (47) establece que "los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible"[12].

La propia Directiva define en el art. 22.1 el concepto de innovación como 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 empre-

11. Véase, Medina Arnáiz, T., "Las principales novedades en la normativa contractual del sector público", Bello Paredes, S. A. (Coord.), *Comentarios a la ley de economía sostenible*, La Ley, 2011, pp. 119-163.
12. En la Directiva 2014/23/UE, sobre concesiones y en 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, también se apela a la necesidad de introducir la innovación en estos contratos.

sariales, 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 Europea 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador"[13].

Sin embargo, considera que ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio[14].

1. LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN: UN NUEVO PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN PARA ADQUIRIR SOLUCIONES INNOVADORAS

En este contexto, son múltiples las referencias, en el articulado de la Directiva citada, al estímulo de la innovación por parte de los poderes adjudicadores, estableciendo mecanismos para tal fin. Entre ellos, cabe destacar como la principal novedad, la reglamentación de un procedimiento de contratación específico para aquellos supuestos en los que las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes. Esta novedad reside en la previsión, en su art. 31, de un nuevo procedimiento de adjudicación de los contratos denominado "asociación para la innovación".

Este nuevo procedimiento podrá utilizarse cuando la contratación no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado y se precisen productos innovadores. Para ello, 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.

Atendiendo a esta finalidad, la asociación para la innovación tiene vocación de permanencia en el tiempo, ya que comprende tanto la fase de investigación y desarrollo, como la compra de los bienes correspondientes, sin la necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición.

En la convocatoria que se publique, el órgano de contratación describirá cuales son los elementos considerados requisitos mínimos para todos

13. De igual modo, contemplan la definición de innovación la Directiva 2014/25/UE en el art. 2.18 y la Directiva 2014/23/UE en su art. 5.
14. Considerando (95).

los licitadores. Sólo podrán participar los licitadores invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información facilitada. En todo caso, los contratos se adjudicaran únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el art. 67 de la Directiva.

Cabe destacar que a nivel procedimental la asociación para la innovación guarda una gran similitud con el diálogo competitivo regulado en el art. 30. Como sucede con el diálogo competitivo la asociación para la innovación se estructura en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. La asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados.

El poder adjudicador podrá decidir, al final de cada fase, rescindir la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el numero de socios mediante "la rescisión de los contratos individuales, siempre que el poder adjudicador haya indicado en los pliegos de la contratación que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo"[15].

La Directiva introduce escasas especificaciones respecto a la regulación precedente del diálogo competitivo, además se le achaca una imprecisión en la terminología empleada[16].

En relación al cómputo del valor estimado del contrato en este tipo de procedimientos, cabe apuntar que deberá tenerse en cuenta el valor máximo estimado, de las actividades de investigación y desarrollo que se realizaran a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollaran y adquirirán al final de la asociación prevista.

Por tanto, en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan la asociación deberá preverse no sólo el coste estimado de la fase de investigación, cosa que presenta una dificultad tratándose de un procedimiento que persigue el desarrollo de soluciones innovadoras, sino que se anticipe la cuantía de los eventuales contratos que deriven de la asociación, lo que dependerá, en primer lugar, del éxito de la investigación y en segundo lugar

15. Art. 31.2.
16. *Vid*. Merino Gómez, G., "La Directiva de Contratación pública de 2014: ¿Nuevas soluciones a viejos problemas?, *Revista Juristas de la Salud*, vol. 24, extra-2014, p. 193.

de la viabilidad en términos de eficacia, eficiencia y de coste-beneficio de la solución alcanzada.

Otra de las críticas que se vierten sobre la Directiva es la parquedad en la definición de aspectos básicos de la relación jurídica de la asociación. Como afirma MERINO GÓMEZ no queda válidamente articulada la posibilidad de combinar la existencia de una asociación entre varios agentes económicos con la existencia de contratos individuales celebrados entre cada uno de los socios y el poder adjudicador, ni los efectos de la resolución de los mismos en relación con los restantes socios.

Tampoco queda definido el contenido obligacional del contrato individual, el procedimiento para su formalización ni para su resolución, ni siquiera el momento en que el mismo es celebrado teniendo en cuenta que, en todo caso, la asociación para la innovación no es un contrato administrativo sino un procedimiento de adjudicación.

Pero esta falta de determinación también se produce en la propia regulación del instrumento jurídico en el que debe plasmarse la asociación entre licitadores y poder adjudicador. En este sentido, podría plantearse la posibilidad de que pudiera constituirse una asociación para la innovación dotada de personalidad jurídica propia al margen de la legislación contractual, de base asociativa. Pero esta opción debe descartarse, porque la asociación para la innovación no excluye *per s*e el ánimo de lucro de los socios, porque los licitadores participan a cambio de una remuneración o incluso el poder adjudicador en el caso de que opere en el trafico mercantil, participando de los eventuales beneficios que genere la asociación. Pero también porque el poder adjudicador goza de una primacía respecto de los socios, hecho que rompe con el principio de igualdad *inter partes* que preside la relación de los socios en una asociación[17].

Otra fórmula valida para lograr la asociación para la innovación entre un poder adjudicador y uno o varios licitadores seria la Agrupación de Interés Económico[18]. En este sentido, MERINO GOMÉZ afirma que este tipo de agrupaciones reúne un régimen jurídico acorde con el vínculo que se pretende crear entre el poder adjudicador y los licitadores. En primer lugar,

17. Art. 2.6 Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

18. Regulada en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, y se les dota de personalidad jurídica y carácter mercantil. Para un estudio sobre esta figura, *vid.* GÓMEZ CALERO, J., *Las agrupaciones de interés económico*, Bosch, Barcelona, 1993; MONGE GIL, A. L., *Las agrupaciones de interés económico*, Tecnos, Madrid, 1993.

porque la finalidad de la Agrupación resulta compatible con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras. En segundo lugar, porque a pesar que la Agrupación no tiene ánimo de lucro para si misma, los eventuales beneficios que pudieran derivarse de sus actividades, se permite con arreglo al art. 21 de la Ley 12/1991, que puedan atribuirse exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad. Por último, la Agrupación sólo puede constituirse por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y por quienes ejerzan profesiones liberales. Este requisito subjetivo también lo cumple, ya que es claro el carácter no lucrativo de las administraciones públicas, "si bien pudiera entenderse que la participación de los poderes adjudicadores, en esa actividad puntual, persigue eminentemente un ánimo investigador aunque su finalidad principal sea prestar servicios públicos"[19].

Finalmente, ha de señalarse que el art. 14 de la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a aquellos contratos de servicios de I+D que se englobarían dentro de la denominada contratación precomercial. Esta exclusión es similar a la ya contemplada en el art. 16 f) de la Directiva 2004/18/CE y también del vigente art. 4.1 r) del TRLCSP.

V. CONCLUSIONES

La principal novedad de la nueva Directiva de contratación pública estriba en la posibilidad de constituir una estructura, cuya naturaleza y régimen jurídico no son definidos, de carácter estable en la que un poder adjudicador y uno o varios agentes económicos privados colaboran en la obtención de soluciones innovadoras para satisfacer necesidades publicas que posteriormente serán adquiridas por aquel. Así, se crea un procedimiento de adjudicación específico, para el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes, llamado "asociación para la innovación".

Esta posibilidad podría instrumentarse mediante la constitución de una Agrupación de Interés Económico en la que una entidad no lucrativa dedicada a la investigación, puede concurrir con personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales en la consecución de un desarrollo o mejora de los resultados de la actividad de sus socios.

19. Merino Gómez, G., "La Directiva de Contratación…, *op. cit.,* p. 194.

Como vemos, se trata de buscar una solución que no está en el mercado a un problema que se le plantea a la Administración pública, y para ello cuenta con un instrumento que puede implicar la intervención de una o más empresas para que sucesivamente, junto con la Administración, vayan superando fases de investigación y desarrollo hasta encontrar la solución al problema planteado.

No cabe duda que con esta figura se supera la tradicional concepción de la contratación pública y se establece un cauce procedimental más ágil con el que afrontar los nuevos retos del sector público. No obstante, el escaso desarrollo de este nuevo procedimiento de licitación obligará al legislador interno a regular aspectos necesarios para complementar tanto el procedimiento de adjudicación como el régimen jurídico de estas asociaciones.

Además, para conseguir la implementación efectiva de la innovación en la contratación pública será necesario superar las resistencias actuales para la aplicación de la compra pública innovadora. Por un lado, será necesario que la Administración abandone su posición conservadora que la lleva a optar por tecnología contrastada y que la compra pública innovadora se interiorice tanto en la Administración pública como en las empresas privadas. A ello se unen las dudas sobre la propiedad del conocimiento generado, o las incertidumbres que rodean a la transmisión y publicidad de los proyectos objeto de la compra.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Arnáez Arce, V. M., "La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 93, mayo-agosto, 2012, pp. 17-37.

Cortés Moreno, A., "La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 9, 2011, pp. 1109-1119.

Gimeno Feliú, J. M., "Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 159, 2013, pp. 39-106.

– "Novedades en la Nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública", *Revista de estudios locales*, nº Extra 161, 2013, pp. 15-44; González García, J. V., "Contrato de colaboración público-privada", *Revista de Administración Pública*, nº 170, 2006.

Gómez Calero, J., *Las agrupaciones de interés económico*, Bosch, Barcelona, 1993; Medina Arnáiz, T., "Las principales novedades en la normativa contractual del sector público", Bello Paredes, S. A. (Coord.), *Comentarios a la ley de economía sostenible*, La Ley, 2011, pp. 119-163.

Merino Gómez, G., "La Directiva de Contratación pública de 2014: ¿Nuevas soluciones a viejos problemas?, *Revista Juristas de la Salud*, vol. 24, extra-2014.

Monge Gil, A. L., *Las agrupaciones de interés económico*, Tecnos, Madrid, 1993; López Miño, A., "La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública", Pernas García, J. J. (Coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013, pp. 213-248.

Villarejo Galende, H., "Colaboración público-privada y contratación precomercial para el impulso de la I+D+I y la transferencia del conocimiento", Calonge Velázquez, A. (Dir.), *Ciencia, tecnología e innovación: nuevo régimen jurídico*, Comares, Granada, 2013, pp. 133-145.

Capítulo XI

La contratación pública se tiñe de verde

MIREN SARASÍBAR IRIARTE
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE. II. LOS LÍMITES DE LA INTEGRACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. ¿LA APLICACIÓN DE CRITERIOS AMBIENTALES ES UN REQUISITO DE SOLVENCIA O UN CRITERIO DE ADJUDICACIÓN? IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Esta Comunicación versa sobre la incorporación del medio ambiente en el ámbito de la contratación pública para lo cual, se ha estudiado la normativa al efecto, los límites de dicha incorporación y las resoluciones y sentencias relacionadas, dictadas recientemente.

I. EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE

El régimen de la contratación pública persigue, por un lado, garantizar un uso eficiente de los recursos públicos de buena calidad y al menor precio posible cuando el sector público quiere conseguir bienes o servicios y, por otro lado, permitir el acceso a los operadores económicos garantizando la libre competencia y el respeto a los principios de igualdad y transparencia. A estos dos objetivos hay que añadir, por lo menos, otro

más, que es que los contratos públicos se conviertan en instrumento de apoyo al Derecho Ambiental[1].

La normativa sobre contratación pública ha experimentado en los últimos tiempos un avance en lo referente a la incorporación de ingredientes ambientales en las diferentes fases del procedimiento. Tomando como punto de partida el ámbito internacional[2], tanto la Unión Europea como nuestro país han ido asumiendo que en el sector de la contratación pública también tiene cabida el Derecho Ambiental. Se habla de contratación pública verde porque en el proceso de compra o contratación que lleva a cabo el sector público se toman en cuenta criterios ambientales y no sólo se ciñe a la mejor oferta desde un punto de vista económico.

La Unión Europea ha apostado fuerte por una contratación pública sostenible y la compra verde forma parte de las principales políticas europeas como la Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible de 2008. Anteriormente, ya en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea se hace referencia al principio de integración ambiental en cada una de las políticas entre las que se encuentra la del mercado interior y por lo tanto afecta de manera directa a la contratación pública.

De hecho, además de producirse esta integración de las variantes ambientales en los procedimientos de contratación, se ha querido conseguir que la contratación pública constituya un instrumento adecuado para conseguir la sostenibilidad ambiental[3] y para que los operadores económicos

---

1. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad "Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente" (Ref. DER 2013-47323-P).
2. El Acuerdo sobre Contratación Pública de 1994, aunque expresamente no hace referencia al medio ambiente, permite la integración de criterios ambientales en los procedimientos de contratación. En su revisión en 2006 ya se produjo la referencia expresa a la integración de variables ambientales en las especificaciones técnicas. Destaca igualmente la aprobación de la Ley Modelo sobre Contratación Pública de 2011 que dispuso que los entes de contratación podían exigir a los proveedores o contratistas que posean las cualificaciones profesionales técnicas y ecológicas que consideren adecuados y que estas características ambientales puedan constituir criterios de evaluación en sus ofertas. Igualmente, el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre sobre el Desarrollo Sostenible de 2002 quiso fomentar políticas de contratación pública que no causen perjuicios al medio ambiente y la Declaración de Hannover del 2000 estableció que sería conveniente que las entidades locales llevaran a cabo políticas de contratación pública como instrumento de oriental ambiental de mercado. Véase asimismo a Mora Ruiz, M., *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
3. En este sentido, cabe destacar la Comunicación sobre Política de Productos Integrada de 2003 ya que se animaba a los Estados a emprender planes de acción de

realicen nuevas formas de producción y consumo más respetuosos con el ambiente. Igualmente, esta contratación verde conlleva un uso más sostenible de los recursos naturales e incentiva la innovación en eco-tecnologías.

Destacan la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, que regula la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y la Directiva 2004/17, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Ambas normas contemplaban la consideración de objetivos ambientales en el régimen de contratación pública y a partir de ellas, se potenció la contratación pública verde[4].

En la actualidad, destaca de forma significativa la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, que deroga la Directiva 2004/18 antes citada y se sitúa como la norma cabecera en materia de contratación pública. De forma resumida, se simplifican los procedimientos de contratación, se amplían las consideraciones de los criterios ambientales y también sociales y se reconoce los costes del ciclo de vida, término novedoso que adquiere gran protagonismo. Se pretende reducir lo máximo posible los impactos en el ambiente de las compras que se vayan a realizar y por ello, se quieren fomentar nuevas alternativas sostenibles a los productos y servicios ofrecidos hasta el momento y apostar por los más ecológicos e innovadores[5].

---

contratación pública verde como medio para potenciar políticas de contratación más sensibles con el medio ambiente.

4. Un sector en el que se ha incidido de manera especial sobre la contratación pública verde es el de los transportes por carretera. De hecho, la Directiva 2009/33, de 23 de abril, sobre promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, potencia la movilidad sostenible y la compra de dichos vehículos, aspecto que fue posteriormente incorporado en nuestro ordenamiento mediante la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. Los poderes adjudicadores tendrán en consideración los impactos energéticos y medioambientales durante la vida útil del vehículo, incluidos el consumo de energía y las emisiones de CO2 y de otros contaminantes en la decisión final de compra (López Toledo, P., "La contratación pública verde y su nueva regulación en el Derecho de la Unión Europea", *Contratación Administrativa Práctica*, 134, 2014, pp. 15-16). Asimismo, sobre este tema, véase Pernas García, J. J., "Contratación pública y eficiencia energética", en el vol. col. Pernas García, J. J. (Dir.), *Contratación pública estratégica*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 303-308 y Valcárcel Fernández, P., "Un paso de gigante hacia una contratación pública ambientalmente sostenible: La obligación de comprar vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes", *Contratación Administrativa Práctica*, 112, 2011, pp. 48-57.

5. La Estrategia Europa 2020 resalta igualmente la contratación pública verde para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Véase Gimeno Feliú, J.

En España, la integración de las consideraciones ambientales en la normativa sobre contratación pública tuvo sus primeros pasos en la normativa sectorial[6]. Propiamente, en la normativa sobre contratación pública, la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que regulaba los procedimientos de contratación en el sector del agua, los transportes y las telecomunicaciones, introdujo por primera vez criterios ambientales como elementos a tener en cuenta en la fase de adjudicación.

De forma más clara, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, introdujo de una forma más global las consideraciones tanto ambientales como sociales en el régimen general de la contratación pública[7]. Posteriormente, tras varias modificaciones, se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que definitivamente integró las consideraciones ambientales en el régimen de la contratación pública siendo incluso más ambiciosa que la propia Directiva 2004/18. Igualmente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, sigue la misma línea ya que exige el uso de criterios de valoración o condiciones de ejecución de carácter ambiental y energético a las empresas públicas cuando el objeto del contrato lo permita.

Mª, "Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública", *Revista de Estudios Locales*, nº Extra 161, 2013, pp. 15-44 y "Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *REDA*, 159, 2013, pp. 39-106; Moreno Molina, J. A., "La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español", *Contratación Administrativa Práctica*, 129, 2014, pp. 16-21.

6. Es el caso de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases o la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos contaminados.

7. Asimismo, el Plan de Contratación Pública Verde de 2008 también se planteó como objetivo la incorporación de criterios ambientales en el ámbito de la contratación pública e incluso apoya a otros planes como son el Plan Integrado de Residuos (2007-2015) o la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia (2007-2012-2020). Se establece que en los concursos públicos de contratación de servicios en ese ámbito, se posibilite que las empresas puedan presentar un modelo de funcionamiento sostenible así como que se incorporen criterios obligatorios de sostenibilidad y de lucha contra el cambio climático.
Véase Bernal Blay, M. A., "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico X, 2009, pp. 211-252; Gimeno Feliú, J. Mª., *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*, ed. Civitas, Madrid, 2010 y Pernas García, J. J., *Contratación pública verde*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

II. LOS LÍMITES DE LA INTEGRACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Analizada la normativa sobre contratación pública y reconocido el avance de la misma hacia la consolidación del desarrollo sostenible mediante la aplicación del principio de integración ambiental en este ámbito, es conveniente descender al plano práctico y hacer referencia también a las dificultades que se plantean al integrar las consideraciones de tipo ambiental como uno de los criterios que los órganos de contratación puedan tener en cuenta para la adjudicación del contrato público.

En un primer momento, las Directivas en materia de contratación expresamente no reconocían las características ambientales como elemento a tener en consideración en los criterios de valoración de las ofertas existentes. Sin embargo, la Jurisprudencia sí que lo permitió admitiendo que los poderes adjudicadores podían acudir si lo estimaban oportuno a criterios ambientales[8]. Ya con la Directiva 2004/18 y ahora con la 2014/24 esta previsión ya es manifiesta, siempre y cuando quede garantizado en todo momento el principio de igualdad de trato de tal forma que se permita comparar y evaluar de forma objetiva todas las ofertas. Igualmente, nuestro Texto Refundido en materia de contratos y también la Ley de Economía Sostenible también contemplan estos criterios ambientales, como por ejemplo, el impacto significativo que puedan tener, el ahorro y uso eficiente del agua y de la energía, el coste ambiental del ciclo de la vida, los métodos de producción ecológicos, la minimización de los residuos, etc.

Sin embargo, en la práctica se plantean diversas dificultades y límites que es preciso comentar[9]. En primer lugar, los criterios ambientales deben estar vinculados con el objeto del contrato y deben resultar proporciona-

8. Es el caso del asunto *Concordia Bus Finland* contra *Helsingin Kaupunki, HKL – Bussiliikenne*, (STJUE de 17 de septiembre de 2002-asunto C-513/99) donde se planteaba si entre los criterios a tener en cuenta se podían valorar la reducción de emisiones de óxidos de nitrógeno, el nivel de ruido y el consumo de los vehículos. Y también el caso de *Wienstrom GMBH* contra *República de Austria*, de 4 de diciembre de 2003, as. C-448/01, en el que se discutía si era criterio de adjudicación ambiental el suministro de electricidad producida a través de fuentes de energía renovables. Para un análisis de la jurisprudencia, véase Medina Arnaiz, T., "La contratación pública socialmente responsable a través de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, 2012, pp. 234-240 y Moreno Molina, J. A., "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos", *Revista de Administración Pública*, 151, 2000, pp. 319-342.

9. Pernas García, J. J., "Contratación pública y eficiencia energética", cit., pp. 295-297 y Pernas García, J. J., "La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público", en el vol. col. Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández,

dos. En segundo lugar, estos criterios ambientales deben respetar los principios de igualdad y no discriminación y de transparencia y publicidad. De esto se deduce que el órgano de contratación no tiene una potestad sin límites para proceder a la adjudicación del contrato, de tal manera que dicho órgano adjudicará el contrato de forma objetiva y no discriminatoria.

En tercer lugar, no es viable exigir que un concreto bien o servicio tenga una determinada etiqueta ambiental o un concreto certificado acreditativo ya que de esa manera se pueden producir tratos de favor hacia un concreto operador económico. Lo que se debe hacer es permitir los llamados medios de prueba equivalentes a través de los cuales se demuestren las características ambientales del producto. En este punto, es preciso hacer una aclaración ya que la nueva Directiva de 2014 realiza una restricción en este ámbito ya que los poderes adjudicadores pueden tener dificultades para comprobar que los operadores no certificados disponen de una solvencia técnica equiparable a los operadores certificados por algún sistema público o privado, europeo o internacional.

Y por esta razón, se refiere al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS) de la Unión o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos. Sin embargo, si el operador económico demuestra que no puede acceder a dichos certificados, el poder adjudicador le permite otras pruebas siempre que el operador demuestre que son equivalentes a las exigidas, tal como establece la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RTACRC) de 20 de septiembre de 2012[10].

En este sentido, la RTACRC de 4 de julio de 2012[11], establece que el Tribunal entiende que efectivamente no sólo puede acreditarse la calidad o gestión ambiental mediante certificados concretos sino que también resultan admisibles exigir determinadas normas o sistemas de calidad o gestión medioambiental. En este sentido, se expone igualmente que el órgano de contratación debe concretar cuál es el nivel mínimo de solvencia en relación a estas normas de calidad y gestión medioambiental.

En cuarto lugar, estos criterios ambientales deben estar contenidos expresamente en el anuncio de licitación o en el pliego de cláusulas admi-

---

P. (Dirs), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 346-347.

10. Recurso 490/2013. Véase Gallego Córcoles, I., "Aplicación de medidas de gestión medioambiental como requisito de acreditación de solvencia técnica", *Contratación Administrativa Práctica*, 134, 2014, p. 53.
11. Recursos 125 y 126/2012.

nistrativas particulares, aunque es preferible que figuren en los dos para mayor seguridad jurídica.

En quinto lugar, es preciso hacer referencia a la falta de información, de medios y de formación adecuada de los órganos de contratación respecto de este ámbito[12]. Se desconocen realmente los beneficios económicos de la contratación pública verde y de los costes que suponen su implantación, lo cual conlleva a que se originen conflictos y dudas respecto de la utilización de cláusulas ambientales como criterios de adjudicación. Las Administraciones ambientales de hecho pueden constituir puntos de consulta y de información que sirvan de gran ayuda tanto a los órganos de contratación como en el desarrollo de procedimientos de contratación donde se quiera integrar cláusulas ambientales[13].

Por último, es preciso apuntar que en la normativa actual sobre contratación pública, a pesar de las dificultades y límites planteados, no sólo se prevé que el medio ambiente se incorpore como criterio a considerar para la adjudicación de un contrato, sino que además se regulan las consecuencias que se producen si se incumple el Derecho Ambiental Internacional, Comunitario o Nacional[14].

III. ¿LA APLICACIÓN DE CRITERIOS AMBIENTALES ES UN REQUISITO DE SOLVENCIA O UN CRITERIO DE ADJUDICACIÓN?

Es conveniente dejar claro la diferencia entre los criterios de solvencia y los criterios de adjudicación ya que los primeros hacen referencia a los requisitos mínimos para poder participar en el procedimiento de contratación pública y, sin embargo, los segundos se refieren a los aspectos en que el órgano de contratación se va a fijar para escoger la oferta que más

12. Sin embargo, hay que reseñar que la Comisión en 2011 publicó la segunda edición del documento "Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica", como documento de ayuda.
13. López Toledo, P., "La contratación pública verde y su nueva regulación en el Derecho de la Unión Europea", *cit*., pp. 11-12.
14. Por ejemplo, el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24 establece que "los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen 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 del Derecho Internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X".

conveniente le parezca, dentro de las ofertas que han sido previamente admitidas.

El problema radica en que por ejemplo, la integración de criterios ambientales se contemple como criterio de solvencia en los procedimientos de contratación pública, lo cual supone una barrera de entrada y, en consecuencia, una discriminación hacia aquellas empresas que no la tienen, ya que quedarían desde el primer momento eliminadas. Y aquí se plantea un problema.

Por el contrario, si el medio ambiente se integra como una variable más en los criterios de adjudicación, eso no supone discriminar desde el inicio a ninguna empresa interesada en el contrato sino que dentro del abanico de posibilidades que tiene el poder adjudicador de elegir la oferta que más le convenga pueda valorar no sólo la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico, sino la que también contribuya a una mejor calidad. De esta manera, se valorarán criterios que tengan en cuenta aspectos cualitativos, medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato.

Han sido varias las Resoluciones que han concluido la desproporción existente entre los criterios de solvencia exigidos y los necesarios para ejecutar el contrato. Sirva de ejemplo la RTACRC 217/2012, de 3 octubre de 2012[15], que exigía a los licitadores disponer de una plantilla mínima de mil vigilantes en la Comunidad de Madrid para concurrir al contrato de "Seguridad privada en los espacios del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía". En consecuencia, se está restringiendo la posibilidad a aquellas empresas que no tengan una plantilla elevada por lo que se vulnera el principio de igualdad y no se considera proporcionado con el objeto de este contrato.

Igualmente, la Sentencia 247/2013, de 23 de julio del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Barcelona sobre la realización de la obra de una escuela, se refiere a este punto ya que declara nula la cláusula en la que se establece que se valorará la distancia entre el depósito de materiales y el lugar donde se ejecute la obra. Se expone en concreto que "no es ni el único ni el más determinante de los factores de impacto del transporte de materiales de obra en el medio ambiente, este factor, distancia, puede quedar fácilmente contrarrestado con la utilización de una u otra red viaria, y con el tipo de vehículo utilizado". Este criterio de valoración no guarda relación con el objeto del contrato por lo que la cláusula fue considerada nula[16].

15. Recurso 206/2012.
16. En esta misma línea y enfatizando que los criterios de valoración deben respetar el principio de no discriminación, véase la STJUE de 27 de octubre de 2005 que

Del mismo modo, la STS de 24 de septiembre de 2008 se refiere a un contrato de repoblaciones y tratamientos silvícolas en el que se valoró tres veces más la experiencia de los trabajos realizados en la Comunidad Autónoma respecto de los trabajos efectuados en otras partes del territorio, suponiendo dicha diferencia de valoración una discriminación. Entiende que dicho criterio perjudica a las empresas, que no tengan dichos trabajadores a pesar de poder tener otros tan cualificados y además no se trata de un criterio objetivo por lo que vulneraría el art. 86 del TRLCAP. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en este sentido, ha señalado la necesidad de establecer con carácter previo y jerarquizado los criterios objetivos en base a los cuales se debe producir la adjudicación a la oferta más ventajosa; criterios que deben ser aplicados por igual a todas las ofertas y que deben estar estrictamente ligados con el objeto del contrato.

De igual modo, se encuentra la RTACRC 898/2014 de 5 de diciembre de 2014[17] que se refiere al suministro de material ordinario no inventariable para trabajos de reprografía. En esta Resolución se vuelve a incidir sobre la necesidad de que exista una adecuada proporción entre las exigencias y las características del objeto del contrato. Se concluye que no se le puede exigir determinados certificados de sistemas de gestión sino que se tienen que admitir certificados equivalentes[18].

---

establece que se han incumplido las obligaciones al incluir en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios "unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos, toman en consideración la existencia, en el momento de la presentación de la oferta, de instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado ubicadas, a menos de 1.000 km de la provincia de que se trate, o de oficinas abiertas al público en otras localidades determinadas de esta última, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata".

17. Recurso 905/2014.

18. La RTACRC 223/2012, de 11 de octubre de 2012 sobre la contratación del servicio de limpieza también se pronuncia en estos términos ya que expone que la exigencia de una acreditación de normas de gestión ambiental debe ser acorde al objeto ya que de lo contrario afectaría al principio de concurrencia empresarial y supondría una causa de nulidad de la cláusula del pliego que contenga tal exigencia. En la RTACRC 812/2014 de 31 de octubre de 2014 sobre la contratación de suministro de unas tiras reactivas para centros hospitalarios, se excluye a una empresa porque no cumple con las especificaciones técnicas exigidas ya que el sistema no es capaz de reconocer con qué lote de tiras está trabajando y cuál es su fecha de caducidad, siendo el propio usuario quien lleve a cabo tales comprobaciones. La empresa excluida alega que las tiras ofertadas las sirven en sobres individuales y herméticos en los que viene impreso el lote y la caducidad. El Tribunal estimó el recurso ya que consideró que el lote y la tira es una uni-

Por el contrario, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 113/2014, de 9 de julio de 2014[19] considera que la exigencia de un certificado ISO como criterio de solvencia en un contrato de servicios de traslado, depósito, custodia y gestión de los archivos documentales de la Agencia Tributaria es proporcionado y vinculado al objeto del contrato con la finalidad de garantizar la seguridad a la información que será objeto de tratamiento durante la ejecución del contrato.

La Resolución se refiere al artículo 62.2 TRLCSP donde se establece que los requisitos mínimos de solvencia que ha de reunir el empresario deben estar vinculados con el objeto del contrato y ser proporcionados al mismo para así garantizar el libre acceso de las empresas a la licitación pública, la igualdad de trato y la máxima concurrencia. Por el contrario, la RTACRC 102/2012, de 9 de mayo[20] sobre un contrato de suministro de un tractor remolcador, una torre de iluminación y demás servicios para aeronaves de la Guardia Civil, estima la pretensión del recurrente de anular el anuncio de licitación y los pliegos ya que en éstos se detallan las

---

dad funcional y que el lote y caducidad de cada uno de los sobres individuales que contiene cada tira permite conocer el lote y caducidad de cada tira. Por ello se concluye que la interpretación del órgano de contratación ha restringido la concurrencia de los licitadores en este contrato. En esta misma línea, cabe hacer referencia a la RTACRC 782/2014 de 24 de octubre de 2014 relativa a un contrato de servicios de interpretación y traducción en los órganos judiciales. En ella se expone que una empresa interesada en este contrato recurre la exigencia como requisito de solvencia que los licitadores tengan que acreditar el cumplimiento de normas europeas o internacionales de garantía de calidad para los servicios de traducción con un determinado certificado. Alega que esta exigencia perjudica la libre concurrencia y principalmente a las pequeñas y medianas empresas que tienen mayores dificultades en cumplir esos requisitos de calidad exigidos. Por ello, se expone que los poderes adjudicadores sí que pueden exigir que se presenten certificados que acrediten el cumplimiento de las normas de garantía de la calidad pero deben admitirse medios de prueba alternativos sobre la calidad requerida. Asimismo, la RTACRC de la Junta de Andalucía 74/2013 de 10 de junio de 2013 en relación a la contratación del Servicio de peritaciones judiciales en los procedimientos instruidos por los órganos judiciales de Huelva y Provincia, se refiere a un caso similar ya que la Asociación de Peritos Judiciales de Andalucía interpone recurso por quebranto del principio de concurrencia ya que se exige con carácter obligatorio estar en posesión del certificado de calidad ISO 9001. A este respecto se expone que la calidad de los informes periciales no se demuestra por la tenencia o no de este certificado sino por la capacitación y experiencia profesional y además la naturaleza de los trabajos que tienen que realizar no exige la observancia de normas de calidad ISO. Asimismo, la empresa alega que en anteriores ocasiones ha sido adjudicataria de contratos con el mismo objeto y nunca le habían requerido tal certificado.

19. Recurso 107/2014.
20. Recurso 77/2012.

características de los bienes a suministrar de tal como que dificulta que otras empresas interesadas puedan concurrir. También se hace referencia a una concreta marca comercial concreta de un motor diesel para la torre de iluminación lo cual siempre debe constituir una excepción, para no dar prioridad a unos licitadores frente a otros. Y por último, consideró que la exigencia de determinadas certificaciones ISO era improcedente por no corresponderse con el objeto contractual.

Y por último para concluir este apartado, la RTARC de la Junta de Andalucía 1/2013, de 11 de enero de 2013[21] sobre la contratación de helicópteros para el servicio de transporte sanitario aéreo en Cádiz y Córdoba, es muy clara distinguiendo la exigencia de certificaciones ISO 9001 e ISO 14001 como criterios de valoración pero no como criterios de acceso a la licitación, es decir, como criterios de solvencia.

IV. CONCLUSIONES

– La contratación pública verde ha surgido como consecuencia de la horizontalidad del principio de integración ambiental y del impacto del medio ambiente en la vida de las personas y ya es una realidad tanto en el ámbito comunitario como en el nacional. Los procedimientos de contratación no sólo se basarán en el criterio del precio sino que ahora también en el de la calidad, donde tiene su presencia el medio ambiente.

– El ámbito de la contratación pública puede ser otro medio adecuado para preservar y proteger el medio ambiente y de esa forma se incrementan los ámbitos en los que el Derecho Ambiental tiene cabida. Por ello, es preciso continuar desarrollando instrumentos para agilizar y ayudar que esta integración ambiental sea sencilla y segura para los operadores adjudicadores.

– En la actualidad, la integración del medio ambiente en el ámbito de la contratación se da en los criterios de solvencia o en los criterios de adjudicación, los cuales deben quedar muy diferenciados ya que de lo contrario se originan conflictos, tal como se ha visto en las resoluciones y sentencias anteriormente analizadas.

V. BIBLIOGRAFÍA

Bernal Blay, M. A., "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Con-

21. Recurso 131/2012. Igualmente, la RTACRC 870/2014, de 20 de noviembre de 2014 (recurso 826/2014).

tratos del sector público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico X, 2009, pp. 211-252.

GALLEGO CÓRCOLES, I., "Aplicación de medidas de gestión medioambiental como requisito de acreditación de solvencia técnica", *Contratación Administrativa Práctica*, 134, 2014, pp. 52-58.

GIMENO FELIÚ, J. Mª, "Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública", *Revista de Estudios Locales*, nº Extra 161, 2013, pp. 15-44.

– "Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *REDA*, 159, 2013, pp. 39-106.

LÓPEZ TOLEDO, P., "La contratación pública verde y su nueva regulación en el Derecho de la Unión Europea", *Contratación Administrativa Práctica*, 134, 2014, pp. 10-29.

MORA RUIZ, M., *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

MORENO MOLINA, J. A., "La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español", *Contratación Administrativa Práctica*, 129, 2014, pp. 16-21.

PERNAS GARCÍA, J. J., *Contratación pública verde*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

– "La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público", en el vol. col. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dirs), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 345-380.

Capítulo XII

La influencia del Derecho de la Unión Europea sobre la adjudicación de concesiones

DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO
Profesora Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TIPOS DE CONCESIONES Y NORMATIVA APLICABLE. *1. Concesiones de obras o de servicios. 2. Concesiones de dominio público.* III. PROCEDIMIENTOS Y CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El trabajo realiza una aproximación analítica a los distintos supuestos de adjudicación de concesiones por parte de la Administración española e identifica el régimen aplicable a cada uno de ellos. Se sopesa la influencia sobre estos contextos del Derecho de la Unión que, aunque heterogénea, presenta elementos comunes.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los distintos tipos de derechos públicos subjetivos limitados en número cuya adjudicación corresponde a la Administración se encuentran las concesiones. Sin embargo, con este concepto se hace alusión a posiciones jurídicas de estructura y contenido muy diverso, cuya adjudicación administrativa se somete a un régimen jurídico asimismo heterogéneo y que está integrado por reglas y principios provenientes tanto del Dere-

cho interno como del europeo. El objeto de esta comunicación es realizar una aproximación analítica a los distintos supuestos de adjudicación de concesiones (en sentido amplio) por parte de la Administración española y determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos, realzando el distinto alcance e intensidad con que el Derecho de la Unión Europea se proyecta sobre cada uno de estos contextos. La finalidad de este breve análisis es tratar de verificar las dos siguientes hipótesis. Por una parte, que la nueva Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación del contrato de concesión) no ha modificado de manera radical este complejo entramado normativo. Y de otro lado que, pese a su diversidad, el régimen jurídico de la adjudicación de concesiones presenta un buen número de elementos comunes que no son sino la plasmación específica de las exigencias derivadas de ciertos principios de Derecho primario de la Unión.

II. TIPOS DE CONCESIONES Y NORMATIVA APLICABLE

De la lectura conjunta del Derecho administrativo español y europeo se deriva la existencia de dos tipos diferentes de concesiones que pueden ser objeto de adjudicación administrativa. La clasificación que a continuación se propone intenta superar las dificultades derivadas del uso polisémico del término 'concesión' en diferentes niveles normativos y ámbitos sectoriales a través de la distinción de supuestos en función del régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos, que, sin perjuicio de presentar variaciones internas, contiene también elementos comunes.

1. CONCESIONES DE OBRAS O DE SERVICIOS

El primer supuesto es el de las concesiones de obras o de servicios, cuyo concepto normativo es heterogéneo en el Derecho europeo y nacional, como también lo es el régimen jurídico al que se someten. A continuación se propone una clasificación tripartita basada en el ámbito de aplicación de la Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión), que permite diferenciar entre tres tipos de concesiones de obras y servicios en sentido amplio: contratos de concesión incluidos (*infra* a), contratos de concesión excluidos (*infra* b), y figuras que quedan fuera del concepto de contrato de concesión acogido por la Directiva (*infra* c).

a) Las concesiones (contractuales) de obras o de servicios se definen en el artículo 5(1) de la Directiva de concesiones como aquellas formaliza-

das a través de un contrato oneroso celebrado por escrito entre uno o más poderes o entidades adjudicadoras y uno o más operadores económicos y que tengan como rasgo distintivo la transferencia del riesgo operacional de explotación al concesionario. Como puede observarse, dentro de esta noción amplia de concesión puede entenderse comprendido el concepto de concesión de servicio público tradicionalmente utilizado en el contexto del Derecho español de contratos, en el supuesto de que su formalización se haga por escrito y con naturaleza contractual onerosa; mientras que quedan fuera de él los contratos de gestión de servicios públicos que no se celebran en la modalidad de concesión. La adjudicación de los contratos que reúnan los requisitos señalados se rige por la Directiva de concesiones, siempre que su valor supere un determinado umbral (artículos 8 y 9) y no se incurra en alguno de los supuestos de exclusión establecidos en la propia norma (artículos 10 ss.).

(b) En línea con lo anterior pero a *sensu contrario*, la Directiva de concesiones no es aplicable a ciertos contratos de concesión de obras y servicios. De entre ellos pueden destacarse: (*a*) Aquellos cuya cuantía sea inferior al umbral fijado de conformidad con los artículos 8 y 9 de la propia Directiva; (*b*) Los adjudicados sobre la base de un derecho exclusivo, en los términos del artículo 10(1); (*c*) Los que se refieran a servicios de transporte aéreo o servicios públicos de transporte de viajeros, en los términos del artículo 10(3); (*d*) Los referidos a la prestación de ciertos servicios de lotería adjudicados sobre la base de un derecho exclusivo, *ex* artículo 10(9); y (*e*) Los relativos a la creación o explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas (artículo 11). La adjudicación de estas concesiones excluidas se rige por las disposiciones de Derecho secundario específicamente relativas a ellas, allá donde existan[1]. En defecto de normativa secundaria aplicable[2], las concesiones de que se trate, siempre que se refieran a actividades económicas y presenten un interés transfronterizo, deberán ser adjudicadas respetando las exigencias derivadas del Derecho primario de la Unión, y en particular las que emanan de las libertades de circulación, de las normas relativas a la atribución de derechos especiales y exclusivos, y de los derechos fundamentales de la Carta que resulten, en su caso, afectados (con carácter general, el derecho a la libertad de empresa del artículo 16 CDFUE).

1. Por ejemplo, el Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera (DOUE L 315).
2. Como sucede, entre otros, en el sector del juego.

c) Tampoco se someten a la Directiva de concesiones, como resulta evidente, aquellas figuras jurídicas asimiladas en las que no concurran todas las notas definitorias recogidas en su artículo 5(1): por ejemplo, concesiones no formalizadas por escrito, que carezcan de naturaleza contractual o que no impliquen transferencia de riesgo operacional de explotación hacia el concesionario. Se trata, por lo tanto, de figuras que no pueden considerarse como concesiones desde la perspectiva de la citada norma, por más que en algún caso puedan llegar a serlo desde el punto de vista del Derecho interno.

Al igual que en el supuesto de los contratos de concesión excluidos, las "concesiones" de obras o de servicios de este tipo se someterán, en su caso, a otras normas de Derecho secundario, y en defecto de ellas habrán de atenerse directamente a las normas de Derecho primario de la Unión, siempre que su adjudicación se refiera al ejercicio de una actividad económica y presente un interés transfronterizo. Sin embargo, en este contexto dos normas de Derecho secundario de la Unión merecen especial mención. La primera es la Directiva de contratos (Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE[3]), que resulta aplicable a la adjudicación de algunos contratos de obras o servicios que pueden calificarse como concesiones en sentido amplio desde el punto de vista de la clasificación tradicional del Derecho español (fundamentalmente, por implicar la cesión del ejercicio de un servicio público) pero no según la definición de la Directiva de concesiones, debido a la falta de concurrencia de los criterios tasados en ésta última para entender trasladado el riesgo operacional de explotación al contratista[4]. La segunda norma de Derecho secundario relevante en este ámbito es la Directiva de servicios (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior[5]), que puede entenderse aplicable a la adjudicación de concesiones de los servicios no expresamente excluidos de su ámbito cuando se cumplan dos requisitos cumulativos. El primero es que la adjudicación de la concesión opere como un presupuesto para el ejercicio de las libertades de establecimiento o de prestación de servicios (singularmente,

3. Ésta última transpuesta al ordenamiento español mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (actualmente refundida mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).
4. Así ocurre con los contratos de gestión de servicios públicos que no responden a la modalidad de la concesión y que, por ello, deben considerarse contratos de servicios y no concesiones de servicios.
5. Transpuesta en España mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio.

cuando tenga por objeto la prestación de un servicio público reservado y, por lo tanto, constituya un título habilitante[6]). Así se deriva de la amplitud del concepto de "régimen de autorización" acogido por la Directiva de servicios [artículo 4(6)], que se asemeja a la noción de título habilitante: "cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio"[7]. El segundo es que la concesión sea otorgada por decisión de una autoridad pública, puede entenderse que con independencia de su formalización como acto unilateral o bilateral, aunque el Preámbulo de la Directiva (considerando 57) resulta ambiguo en este extremo. Ello supone, por lo demás, que la Directiva de servicios sería también aplicable en los casos mencionados *supra* (contratos de concesión incluidos y excluidos), siempre que la concesión de que se trate funcione como título habilitante, en sentido amplio, para el desarrollo de una actividad de prestación de servicios. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que si existe conflicto entre las disposiciones de la Directiva de servicios y las contenidas en una norma más específica de Derecho de la Unión en lo relativo al acceso a la prestación de un servicio, las segundas serán de aplicación preferente [artículo 3(1) de la Directiva de servicios].

2. CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO

El segundo tipo de concesiones que son objeto de adjudicación por parte de la Administración son aquellas que habilitan a su titular para el uso privativo de bienes de dominio público con obras o instalaciones fijas (artículo 86.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP, y legislación sectorial concordante). Como puede observarse, el concepto de concesión que se maneja en este segundo caso es de origen puramente nacional. En cuanto su objeto no es la realización de una obra o la prestación de un servicio, este tipo de concesiones quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE. Ahora bien, el Derecho de la Unión Europea puede seguir siendo relevante en este contexto. En concreto, incide sobre la adjudicación de las concesiones demaniales en aquellos casos en que el uso privativo de cier-

6. Así ocurre con las concesiones que invierten en el caso concreto una prohibición relativa indirecta, que resulta de la previa reserva de la actividad afectada al sector público: cfr. L. Arroyo (2004: pp. 307 y ss.).

7. De hecho, el Preámbulo de la Directiva de servicios declara que el concepto de "régimen de autorización" debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones (considerando 39).

tas categorías de bienes de dominio público incide sobre el desarrollo de actividades económicas y presenta un interés transfronterizo. Ello es posible especialmente en aquellos ámbitos donde la utilización privativa de un recurso sometido a reserva de dominio público sea presupuesto para el ejercicio de las libertades de circulación, y en particular de las libertades de establecimiento o de prestación de servicios. El ejemplo más claro es el de los servicios de radiodifusión, cuya prestación requiere el uso privativo del espectro radioeléctrico.

Desde el punto de vista del Derecho de la Unión, dos tipos de escenarios son posibles en este punto. En primer lugar, el servicio cuya prestación depende de la titularidad de una concesión demanial puede encontrarse regulado total o parcialmente por normas de Derecho secundario de la Unión. Con carácter general, la Directiva de servicios es de gran relevancia en este primer supuesto. En tanto supongan un obstáculo a la libertad de establecimiento, a los procedimientos de adjudicación de concesiones de dominio público se les pueden entender aplicables las normas de la mencionada Directiva relativas a los regímenes de autorización, salvo que se trate de un servicio excluido del ámbito de aplicación de la Directiva, como sucede precisamente con los servicios de radiodifusión [artículo 2(2) de la Directiva de Servicios][8]. En segundo término, el servicio afectado por la necesidad de obtener una concesión de dominio público puede no estar sometido a armonización europea. En tales supuestos, la adjudicación de las respectivas concesiones demaniales, siempre que se den las dos condiciones ya citadas, se encuentra directamente vinculada a las exigencias derivadas del Derecho primario de la Unión, y en particular las que emanan de las libertades de circulación y de los derechos fundamentales de la Carta que resulten, en su caso, afectados.

III. PROCEDIMIENTOS Y CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

De lo hasta ahora expuesto se desprende que, al margen de la eventual existencia de normas de Derecho secundario sectorial aplicable a ciertos tipos específicos de concesiones, el ordenamiento de la Unión contiene tres conjuntos de disposiciones de carácter transversal que se aplican a la adjudicación de distintas categorías de concesiones: las que derivan directamente del Derecho primario, las recogidas en la Directiva de Servicios y

8. Sin embargo, la Directiva de autorización (Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas] sí contiene algunas previsiones respecto del otorgamiento de "derechos individuales de uso" de radiofrecuencias.

las contenidas en la Directiva de concesiones. Como se verá a continuación, todas ellas apuntan en una misma dirección (la impuesta por el Derecho primario), diferenciándose entre sí en virtud de su grado de concreción y del correlativo margen de apreciación otorgado a la autoridades nacionales a la hora de regular los respectivos procedimientos y criterios de adjudicación.

Del Derecho primario de la Unión (fundamentalmente, de las libertades de circulación y de las normas sobre derechos especiales y exclusivos), interpretado según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se derivan una serie de exigencias para los procedimientos nacionales de adjudicación de aquellas categorías de derechos limitados en número que inciden sobre la consecución del mercado interior (entre ellas, contratos, concesiones y autorizaciones cuyo número se haya limitado previamente)[9]. Por una parte, los procedimientos de adjudicación deben ser no discriminatorios y transparentes, y ello implica entre otros extremos la obligación de realizar, a su inicio, una convocatoria a la que se dote de una publicidad adecuada, aunque ello no exige la celebración de un procedimiento de licitación[10]. Conviene resaltar que este deber de transparencia *ex ante* ha sido declarado de manera reiterada por el Tribunal de Justicia en el contexto de la adjudicación de concesiones de servicios, conectándolo con las exigencias de igualdad, no discriminación e imparcialidad[11]. De otro lado, los criterios de adjudicación de aquellas concesiones limitadas en número cuya obtención afecte al ejercicio de las libertades de circulación (esto es, las que tengan carácter de título habilitante) entrañan una restricción adicional de tales libertades que debe ser justificada de manera autónoma, y por lo tanto su elección debe estar justificada por razones imperiosas de interés general y ser proporcionada[12]. Además, tales criterios deben tener carácter objetivo y no discriminatorio, y ser objeto de una publicidad suficiente[13]. Se refieran al procedimiento o a los criterios de adjudicación, sin embargo, las exigencias señaladas dependen para su aplicación de la existencia de una actividad económica y de un interés transfronterizo, y operan como

9. Una síntesis en L. Arroyo (2015).
10. STJ de 21 de julio de 2005, As. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de Botti* [2005] ECR I-7287, pp. 17 y ss.
11. Además de la citada en la nota anterior, cfr. las SSTJ de 7 de diciembre de 2000, As. C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG* [2000] ECR I-10745, 61 ss., y de 13 de octubre de 2005, As. C- 458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG* [2005] ECR I-8585, 50.
12. STJ de 1 de julio de 2010, As. acumulados C-570/07 y C-571/07, *Blanco Pérez y Chao Gómez* [2010] Rec. I-4629, 119. Al respecto, C. J. Wolswinkel (2009).
13. Cfr. la STJ de 16 de febrero de 2012, As. Acumulados C-72/10 y C-77/10, *Costa y Cifone* [2012] ECLI:EU:C:2012:80, p. 92.

requisitos *prima facie* cuya restricción, especialmente cuando se trate de mandatos derivados de las libertades de circulación, debe superar los test de control correspondientes.

La Directiva de servicios contiene una serie de previsiones relativas al establecimiento y gestión de los regímenes de autorización, incorporando además algunas exigencias específicas cuando el número de autorizaciones a otorgar se encuentre limitado en número (artículos 9 a 15). En este segundo caso, la Directiva impone ciertos requisitos sobre las decisiones nacionales que limiten el número de autorizaciones (concepto amplio en que resultan encuadrables, como ha quedado dicho, las concesiones de obras, servicios o dominio público que tengan carácter habilitante para el ejercicio de una actividad de prestación de servicios): tales decisiones deberán basarse en razones imperiosas de interés general [artículo 11(1) b] o en la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas que se puedan utilizar [artículo 12(1)]. En estos casos de limitación del número, la duración de la concesión deberá ser limitada y adecuada, y no podrá ser objeto de renovación automática [artículo 12(2)]. La Directiva de servicios no impone la elección de un tipo específico de procedimiento de adjudicación, pero sí exige que en el procedimiento establecido se den todas las garantías de imparcialidad y de transparencia y, en concreto, que se haga la publicidad adecuada del inicio, el desarrollo y la finalización del procedimiento [artículo 12(1)]. Por último, la Directiva impone también ciertos requisitos sobre la elección nacional de los criterios de adjudicación a aplicar: éstos deberán limitar el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes para impedir que se ejerza de forma arbitraria [artículo 10(1)], y habrán de ser no discriminatorios, objetivos, claros e inequívocos, transparentes y accesibles, ser hechos públicos con antelación, estar justificados por una razón imperiosa de interés general y ser proporcionados a tal objetivo [artículo 10(2)]. Además, el Preámbulo de la Directiva parece limitar el margen de elección de los criterios de adjudicación a emplear, al establecer que "debe adoptarse un procedimiento de selección entre varios posibles candidatos, con el fin de que, mediante el juego de la libre competencia, se desarrollen la calidad y las condiciones de la oferta de servicios puestos a disposición de los usuarios" (considerando 62). Sin perjuicio de todo ello, se permite que las autoridades nacionales tengan en cuenta otras razones imperiosas de interés general al fijar y aplicar los criterios de adjudicación [artículo 12(3)].

Por su parte, la Directiva de concesiones se limita a coordinar los procedimientos nacionales de adjudicación con un marcado carácter de mínimos, aunque impone sobre ellos exigencias de un mayor nivel de con-

creción que las normas que han sido ya mencionadas. En este caso no se imponen requisitos relativos a la limitación del número de concesiones a adjudicar, sino que se entiende que tal limitación cuantitativa trae su causa del carácter limitado de necesidades públicas a satisfacer a través de fórmulas contractuales[14]. La Directiva de concesiones tampoco impone un tipo de procedimiento de adjudicación específico; antes al contrario, establece el principio general de libertad de los entes y poderes adjudicadores para organizar el procedimiento, siempre que se respeten los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad (artículos 3 y 30). Sin embargo, sí se regulan de forma pormenorizada algunas garantías procedimentales derivadas de tales principios.

En primer lugar, el deber de transparencia se concreta en una serie de obligaciones específicas. Por una parte, su dimensión *ex ante* se traduce en la obligación de publicar un anuncio de concesión con una información mínima tasada y con arreglo a formularios normalizados, que sólo podrá omitirse en los supuestos enumerados por la propia Directiva (artículo 30). De otro lado, la transparencia *ex post* se concreta, entre otros extremos, en la obligación de publicar los respectivos anuncios de adjudicación en unos plazos y formas específicos (artículos 32 y 33). Durante el procedimiento, la transparencia se garantiza a través de la obligación, que sólo podrá verse modulada por motivos tasados, de dar acceso directo, completo, gratuito y sin restricciones, por medios electrónicos, a los documentos relativos a las concesiones, así como mediante la obligación de facilitar informaciones adicionales sobre los documentos relativos a la concesión a solicitud de los candidatos (artículo 34). Se impone también sobre los Estados una obligación genérica de lucha contra el fraude, el favoritismo, la corrupción y los conflictos de intereses (artículo 35).

En segundo término, la Directiva de concesiones contiene algunas normas específicas sobre las condiciones de participación en el procedimiento, por una parte, y los criterios de adjudicación, por otra. Los criterios de admisión, que pueden referirse a la capacidad profesional y técnica o a la solvencia financiera y económica de los candidatos, deberán ser no discriminatorios y proporcionales al objeto de la concesión. Las causas de exclusión de la participación de ciertos operadores en el procedimiento son también objeto de regulación pormenorizada, aunque se otorga cierto margen a los Estados miembros en este terreno (artículo 38). En circunstancias tasadas, se prevé la posibilidad de restringir la participación en el procedimiento para fomentar la integración social y profesional de perso-

14. Sobre esta y otras causas de la escasez, L. Arroyo y D. Utrilla (2015).

nas discapacitadas o desfavorecidas (artículo 24). En cuanto a los criterios de adjudicación (artículo 41), su elección se deja en manos de los poderes adjudicadores. Sin embargo, se exige que tales criterios sean objetivos, vinculados al objeto de la concesión, no discriminatorios, transparentes y proporcionados. Su peso relativo para la decisión de adjudicación deberá ser hecho público por la entidad adjudicadora, que sólo podrá modificar tal prelación en circunstancias tasadas y cumpliendo ciertos requisitos de publicidad y transparencia. El artículo 41(1) de la Directiva parece excluir la posibilidad de adoptar decisiones de adjudicación basadas en criterios puramente formales y limita el margen de elección de los Estados respecto de los criterios materiales a aplicar[15], al exigir que los criterios de adjudicación "garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora".

Por último, la Directiva establece un régimen especial para la adjudicación de contratos de concesión relativos a servicios sociales y otros servicios específicos recogidos en su anexo IV (artículo 19), limitado a las obligaciones de transparencia *ex ante* mediante el deber de publicación de un anuncio de información previa en los términos específicos del artículo 31(3), y de transparencia *ex post* a través de la publicación del correspondiente anuncio de adjudicación. No rigen en estos casos, por lo tanto, las limitaciones relativas a los criterios de admisión y de adjudicación que acaban de ser señalados.

IV. CONCLUSIONES

La delimitación de los distintos tipos de supuestos en que la Administración adjudica concesiones y de la normativa europea aplicable a cada uno de ellos exige realizar un esfuerzo interpretativo para cohonestar diferentes conceptos de concesión de procedencia heterogénea que, en ocasiones, se solapan entre sí, así como con otras categorías jurídicas más o menos cercanas (autorizaciones, contratos, títulos habilitantes…). La Directiva 2014/23/UE viene a aportar un nuevo criterio de delimitación del concepto europeo de concesión, permitiendo realizar una aproximación analítica a esta categoría y a su régimen jurídico cuando se trata de concesiones de obras y de servicios. La Directiva también aporta seguridad jurídica al especificar, para la adjudicación de una determinada categoría de concesiones, los requisitos generales derivados del Derecho primario de

15. Sobre los tipos de criterios de adjudicación, cfr. M. Martini (2008, pp. 94 y ss.) y la bibliografía allí citada.

la Unión. Sin embargo, el régimen europeo de este tipo de actividad administrativa sigue teniendo un carácter marcadamente fragmentario. Como se ha visto, tanto la Directiva de servicios como la de concesiones imponen límites, que son reconducibles a exigencias generales derivadas del Derecho primario, sobre la adjudicación administrativa de derechos limitados en número con incidencia en el mercado interior. El Derecho primario de la Unión opera, así, como fuente de racionalización y ordenación del sistema. Más allá de estos elementos comunes, sin embargo, persiste la diversidad en cuanto al alcance e intensidad con que el Derecho de la Unión se proyecta sobre la adjudicación administrativa de concesiones y, por lo tanto, respecto de su incidencia sobre el Derecho interno.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, L. (2004), *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid.

– (2015), "Las bases constitucionales de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número", en *La administración de la escasez*, ARROYO, L. y UTRILLA, D. (eds.), Marcial Pons, en prensa.

ARROYO, L. y UTRILLA, D. (2015), "La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número. Bases conceptuales y metodológicas", en *La administración de la escasez*, L. ARROYO y D. UTRILLA (eds.), Marcial Pons, en prensa.

MARTINI, M. (2008), *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung. Möglichkeiten und Grenzen einer staatlichen Verwaltung des Mangels durch Marktmechanismen*, Mohr Siebeck, Tübingen.

WOLSWINKEL, C. J. (2009), "The allocation of a limited number of authorisations. Some general requirements from EU law", 2 *Review of European Administrative Law*.

Capítulo XIII

Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la "asociación para la innovación"

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI
Profesora Sustituta Interina de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II.ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN. *1. Características generales.* III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La innovación, motor del crecimiento futuro, ocupa un lugar central tanto en las nuevas Directivas sobre contratación pública como en la Estrategia Europa 2020. Por ello, no es sorprendente que la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública incluya entre sus propósitos el posibilitar una mejor utilización de la contratación como apoyo, entre otras políticas, de la promoción de la innovación con la colaboración de los operadores privados. En este contexto, parece coherente que una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE sea la creación de un procedimiento de contratación específico que permita establecer una asociación para la innovación a largo plazo, con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras, que es lo que se pretende analizar en la presente comunicación.

I. INTRODUCCIÓN

Como claramente puede percibirse, la contratación pública es un instrumento fundamental para conseguir diversos fines de la actuación administrativa; entre los que se encuentra el fomento de la innovación. En efecto, en Europa, existen varias manifestaciones de la conveniente y necesaria innovación, para lo cual se recomienda acudir a la contratación pública[1].

La innovación, motor del crecimiento futuro, ocupa un lugar central tanto en las nuevas Directivas sobre contratación pública como en la Estrategia Europa 2020.

Por un lado, las nuevas Directivas –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 y Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión– enumeran entre sus objetivos el permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública como apoyo de la promoción de la innovación. Ciertamente, confirman de modo expreso la necesidad de instaurar un marco jurídico que permita contar con una mayor seguridad para los operadores económicos con la finalidad de que puedan colaborar con el sector público para promover la innovación, esto es, se interesan por recurrir a nuevas alternativas que impulsen la colaboración o participación del sector privado.

---

1. Ariño Ortiz, G., «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 172, 2007, p. 101, se refiere al desafío permanente que supone el contrato administrativo, pues requiere una continua reconstrucción jurídica, tanto legal como jurisprudencial. Sobre este cambio, advierte este mismo autor, en su trabajo «La "nueva" empresa público-privada», *Cuenta y Razón*, nº 78-79, 1993, p. 50, refiriéndose a las empresas públicas, del peligro que las nuevas fórmulas pueden acarrear, pues siempre hay detrás un balance político, que puede abrir campo a la arbitrariedad y a la irresponsabilidad de los gestores. Meilán Gil, J. L., «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, 2004, p. 518, llama la atención sobre el necesario hecho de repensar los contratos de la Administración pública a la luz de los postulados y exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, donde los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central y vinculan a todos los poderes públicos. Asimismo, resalta que no es la posición de la Administración lo que debe producir modulaciones, sino el interés público, en función del cual –y sólo desde él– se justifican potestades y competencias. La eficacia en servir los intereses generales debe explicar que se ponga especial énfasis en una concepción económica de la concurrencia, típica del Derecho comunitario, más que en la mera igualdad jurídico-formal, como ha sido tradicional, que ha proporcionado insatisfacciones y corrupción.

Por ello, no es sorprendente que sobre todo la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública incluya entre sus propósitos el posibilitar una mejor utilización de la contratación pública por parte de los operadores privados como apoyo, entre otras políticas, de la promoción de la innovación[2]. Ni tampoco llaman la atención las distintas alusiones que se hacen a lo largo de esta norma[3].

A este respecto, pueden destacarse dos de sus considerandos. El considerando 47 señala: «*La investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020. Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible».* El considerando 48 también resalta la importancia de la innovación, recomendando alentar a los poderes adjudicadores para que permitan variantes con la mayor frecuencia posible y recordándoles a los mismos que deben definir los requisitos mínimos que han de cumplir las variantes antes de indicar que se pueden presentar.

Por otro, en la estrategia «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», la Comisión propone para la Unión Europea cinco objetivos cuantificables para 2020 que marcarán la pauta del proceso y se traducirán en objetivos nacionales: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza. Éstos representan «*la dirección que debemos tomar e indican cómo podemos medir nuestro éxito*».

Igualmente, dentro de las tres prioridades que propone Europa 2020 se incluye el denominado "crecimiento inteligente": desarrollo de una economía basada en el conocimiento y en la innovación. Para esas tres prioridades se precisa una amplia gama de acciones, para lo cual la Comisión

2. Medina Arnáiz, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», Gimeno Feliú, J. M. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010,* Civitas, Madrid, 2011, pp. 90 y ss.
3. Así puede observarse en los considerandos 49, 74, 75, 84, 95, 123 y 124.

propone siete iniciativas, estableciendo en primer lugar *«Unión por la innovación», con el fin de mejorar las condiciones generales y el acceso a la financiación para investigación e innovación y garantizar que las ideas innovadoras se puedan convertir en productos y servicios que generen crecimiento y empleo»*[4].

Dentro de este punto y consciente de que la crisis financiera ha tenido un fuerte impacto en la capacidad de las empresas y los Gobiernos europeos para financiar proyectos de inversión e innovación, la Comisión insiste reiteradamente en desarrollar una agenda de investigación estratégica; mejorar las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas; revisar y consolidar el papel de los instrumentos de la Unión Europea destinados a apoyar la innovación; promover cooperaciones de conocimiento y reforzar los vínculos entre educación, empresa, investigación e innovación; etc.

II. ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

1. CARACTERÍSTICAS GENERALES

En este contexto, parece coherente que una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE sea la creación de un procedimiento de contratación específico que permita establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras. En nuestro ordenamiento, la solución a estas cuestiones ha sido hasta ahora el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado[5], que emplea el pro-

4. Indica también la Estrategia Europa 2020 que en Europa, el gasto en I+D es inferior al 2%, en comparación con un 2,6% en Estados Unidos y un 3,4% en Japón, principalmente debido a los menores niveles de inversión privada. Pero no es solo el importe absoluto del dinero gastado en I+D el que cuenta, porque Europa debe centrarse en el impacto y la composición de su gasto en investigación y mejorar las condiciones de la I+D del sector privado en la UE. La mitad de la diferencia con Estados Unidos se debe a nuestro menor porcentaje de empresas de alta tecnología.

5. Como es consabido, su definición no es nada sencilla De Álvaro Montero, Á., «Las nuevas modalidades contractuales y el mantenimiento del equilibrio financiero», Palomar Olmeda, A. (Dir.), *La Administración en tiempo de crisis. Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 656-657. También en este sentido, Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, Tomo IV,* Barcelona, Bosch, 2008, p. 2560, afirman: *«el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se puede definir como aquél por el que una Administración pública encomienda a una entidad de Derecho privado la realización de una actuación global e integrada que, junto a la financiación de inversiones inmateriales, obras o suministros*

cedimiento de diálogo competitivo, aunque no ha tenido muy buen acogimiento. Habrá que esperar entonces para ver si con esta nueva fórmula se alcanza un mayor éxito[6].

---

necesarios para el cumplimiento de fines públicos o actuaciones de interés general, comprenda la construcción, mantenimiento y explotación o gestión de obras o instalaciones, la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, la fabricación de bienes o la prestación de servicios ligados al desarrollo por la Administración del servicio público. Por tanto, puede ser objeto de este contrato cualquiera de las prestaciones propias de los demás contratos típicos, por lo que resulta necesario determinar cuál es el rasgo peculiar que lo dota de sustantividad propia». Moreno De Castro, E., «Formas jurídicas de colaboración público-privada en el Derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 2, nº 4, 2012, p. 97, se refiere a este contrato como el *«acuerdo global que integra la realización de obras, su financiación y mantenimiento o explotación durante un largo período que se corresponde con la amortización económica de la operación, remunerándose al contratista mediante un precio aplazado y dependiente del éxito y riesgo de la operación, cuyos costes en todo caso deben definirse con la mayor transparencia, distinguiendo los correspondientes a la constitución, financiamiento y explotación».* Chinchilla Marín, C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 132, 2006, p. 624, *«En mi opinión, el artículo 11 no es un ejemplo de precisión conceptual, pero probablemente estamos ante una imprecisión deliberada o, incluso, hasta cierto punto inevitable; esto es, ante una definición abierta e incompleta, que se limita a describir unos elementos caracterizadores de este tipo contractual, para que sean las partes –la Administración y el contratista privado– las que terminen de definir y concretar los elementos del contrato en cada caso específico».* Por ello, muchos autores se refieren a estos contratos como "modelos para armar", puesto que en ellos tiene cabida el objeto de cualquiera de los otros contratos típicos, siempre que sean de larga duración, se trate de realizar una actuación compleja, global e integrada; se realice un reparto de riesgos, el operador privado participe en el proyecto desde el primer momento, se abone una contraprestación por parte de la Administración durante toda la vida del contrato y exija la financiación por el sector privado; y al que se recurrirá una vez que se haya justificado por parte de la Administración contratante que las otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. Así, González García, J. V., en su trabajo «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, nº 170, 2006, p. 22, indica: *«En este sentido, bien se podría decir, parafraseando el título de una novela de Julio Cortázar, que los CPP son «modelos para armar», en los que Administración y contratista recogen elementos aislados del ordenamiento jurídico para configurar cada figura concreta, elementos que afectarán al derecho de bienes, a los contratos de servicios y contendrán aspectos del contrato de obras en los casos en los que haya que proceder a la construcción de la infraestructura; lo que, evidentemente, dificultará el régimen aplicable a cada CPP. De hecho, puede resultar indicativo el que las autoridades comunitarias, de momento, hayan hecho dejación de la regulación de estas figuras dejándolas a lo que disponga cada ordenamiento jurídico, más allá de algunos elementos mínimos que afectan al mercado interior».*

6. Fernández Scagliusi, M. Á., «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 167, 2014, pp. 293-326.

Siguiendo lo establecido por el considerando 49 de la Directiva 2014/24/UE, puede afirmarse que la asociación para la innovación es un procedimiento de contratación específico respecto de los contratos que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva, que está accesible a los poderes adjudicadores cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras y la adquisición ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes.

El procedimiento debe basarse en la normativa aplicable al procedimiento de licitación con negociación. Precisamente, por esa remisión, desde el punto de vista de su naturaleza dogmática, se ha dudado, por parte de algunos autores[7], de que se trate de un auténtico procedimiento de adjudicación, dadas sus similitudes con la licitación con negociación. Sin embargo, sostienen otros[8] que, tal y como parece desprenderse de la Directiva, se trata de un procedimiento típico e independiente, pues al igual que el diálogo competitivo y el procedimiento de licitación con negociación comparten rasgos comunes, aunque sean tipos diferentes, la asociación para la innovación ostenta autonomía, si bien el procedimiento de licitación con negociación es tanto su referente normativo como el del diálogo competitivo.

Lo que busca este procedimiento es implicar al sector privado en la plasmación de soluciones innovadoras, esto es, involucrar a los operadores económicos en el desempeño de una tarea común: la innovación, y compartiendo los riesgos con el poder adjudicador[9].

Debido a que la fase de desarrollo se combina con una de adquisición posterior, la asociación para la innovación es un procedimiento a largo plazo, tendencialmente de larga duración. Integra la fase de investigación

7. Bernal Blay, M. Á., «The strategic use of public procurement in support of Innovation», *European Procurement and Public Private Partnership Law Review,* num. 1, 2014, p. 10.

8. Gallego Córcoles, I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», Gimeno Feliú, J. M. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013,* Aranzadi, Madrid, 2014, p. 212, indica que en tanto la asociación para la innovación es un procedimiento funcionalmente distinto del procedimiento de licitación con negociación, y en tanto en cuanto las matizaciones que su regulación contiene respecto a este son realmente significativas, puede considerarse que, tal y como se configura normativamente, la asociación para la innovación es un procedimiento típico e independiente y no una mera modalidad del procedimiento de licitación con negociación.

9. Cerqueira Gomes, P., «Contratação pública e inovação –o diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández, P. (Dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro,* Civitas, Navarra, 2014, pp. 525-555.

y desarrollo de las soluciones tecnológicas como la consecución o adquisición de las obras, bienes o servicios finales.

Quiere decirse que la asociación para la innovación comprende dos fases: una primera etapa, precontractual o precomercial, y una segunda, comercial o contractual, en la que la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación (suministros, servicios u obras, resultantes).

2. PROCEDIMIENTO

Como se desprende del art. 31 de la Directiva 2014/24/UE, el procedimiento de la asociación para la innovación se configura en base a la licitación con negociación, con el que comparte determinados aspectos de su regulación. Hasta tal punto es así que repite la mayoría de disposiciones de este procedimiento. Esto se debe principalmente a que ambos son procedimientos competitivos, que incluyen una fase de selección de candidatos y que permiten la negociación.

Ahora bien, ello no quiere decir que no existan diferencias significativas en cuanto a la estructura del procedimiento, a la información que deben contener los pliegos, a los criterios de reducción del número de candidatos y, finalmente, en lo relativo a los criterios de adjudicación.

Como hemos avanzado, la asociación para la innovación es un procedimiento de larga duración, que se estructura –dispone el art. 31.2– en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación en innovación, que puede incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras.

Esta asociación fijará unos objetivos intermedios que deben alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Sobre estos objetivos, el poder adjudicador podrá decidir, al final de cada fase, si rescinde la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación con varios socios, si reduce el número de socios mediante la rescisión de contratos individuales, siempre que hubiera indicado en los pliegos que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo. El derecho a rescindir la asociación es un elemento importante para asegurar que el poder adjudicador no se atribuye indebidamente el proyecto y para mantener a los operadores económicos suficientemente motivados[10].

10. Gallego Córcoles, I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública»…, *op. cit.*, p. 215.

La sucesión de etapas con objetivos intermedios y sus consecuentes objetivos y obligaciones deben ser diseñadas de modo que resulte una distribución coherente de los riesgos entre las partes, asegurando la generación de suficientes incentivos sin crear una excesiva dependencia o el cierre del mercado. El poder adjudicador es el encargado de velar por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias.

En cuanto a las especificidades de los pliegos de contratación, en éstos, el poder adjudicador podrá determinar cuál es la necesidad de un producto, servicios u obras innovadoras que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Asimismo, indicará cuáles son los requisitos mínimos que deben cumplir todos los licitadores. La información debe ser lo suficientemente precisa para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y ámbito de la solución requerida, y decidir si solicitan o no participar en el procedimiento.

Por lo que se refiere a la fase de selección de candidatos, el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta días a partir del anuncio de licitación, al igual que sucede en el procedimiento de licitación con negociación. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos a los que tengan intención de invitar, siempre que lo indiquen en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés. En este último caso prevé el art. 65.2, como también ocurre en el procedimiento de licitación con negociación y en el diálogo competitivo, que el número mínimo es de tres.

Sin embargo, no todas son similitudes, pues, como indica el art. 31.6, al seleccionar a los candidatos, en la asociación para la innovación, los poderes adjudicadores aplicarán criterios específicos, aunque no excluyentes, relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

Por último, debe señalarse que un elemento común con el procedimiento de licitación con negociación es que en ninguno de los dos procedimientos cabe negociar los criterios de adjudicación; así lo precisan respectivamente los arts. 29.3 y 31.3. No obstante, sí varía la forma de adjudicación, ya que para el caso que nos ocupa –e igualmente para el procedimiento de diálogo competitivo– los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, lo que impide la

utilización del criterio del coste más bajo, que no se excluye para el procedimiento de licitación con negociación.

III. CONCLUSIONES

Tanto las nuevas Directivas de 2014 como la Estrategia Europa 2020 resaltan la conveniente y necesaria innovación como motor del crecimiento futuro, especialmente tras la crisis económica que ha mermado la capacidad de los Gobiernos y de las empresas para financiar proyectos de inversión e innovación. La Comisión insiste reiteradamente en mejorar las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas; así como en revisar y consolidar el papel de los instrumentos de la Unión Europea destinados a apoyar la innovación.

Con esta finalidad, se crea un procedimiento de contratación específico para establecer una asociación para la innovación a largo plazo, con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras.

Las similitudes de este procedimiento con el de licitación con negociación son varias, hasta el punto de que se ha llegado a dudar de su autonomía. Sin embargo, los objetivos que persigue (involucrar al operador económico en el desempeño de la tarea común de la innovación) son los que lo hacen merecedor –según explica la Directiva– de una regulación propia.

En nuestro ordenamiento, la solución a estas cuestiones ha sido hasta ahora el diálogo competitivo utilizado por el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que no ha tenido demasiado éxito. Habrá que esperar entonces para ver si esta nueva fórmula alcanza un mejor acogimiento.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Ariño Ortiz, G., «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública,* nº 172, 2007, pp. 79-102.

– «La "nueva" empresa público-privada», *Cuenta y Razón,* nº 78-79, 1993, pp. 37-50.

Bernal Blay, M. Á., «The strategic use of public procurement in support of Innovation», *European Procurement and Public Private Partnership Law Review,* num. 1, 2014, pp. 3-11.

Cerqueira Gomes, P., «Contratação pública e inovação –o diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández, P. (Dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro,* Civitas, Navarra, 2014, pp. 525-555.

Chinchilla Marín, C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 132, 2006, pp. 609-644.

De Álvaro Montero, Á., «Las nuevas modalidades contractuales y el mantenimiento del equilibrio financiero», Palomar Olmeda, A. (Dir.), *La Administración en tiempo de crisis. Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 656-657.

Fernández Scagliusi, M. Á., «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo,* nº 167, 2014, pp. 293-326.

Gallego Córcoles, I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», Gimeno Feliú, J. M. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013,* Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 165-232.

González García, J. V., «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, nº 170, 2006, pp. 7-39.

Medina Arnáiz, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», Gimeno Feliú, J. M. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010,* Civitas, Madrid, 2011, pp. 90.

Meilán Gil, J. L., «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña,* nº 8, 2004, pp. 505-518.

Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, Tomo IV,* Barcelona, Bosch, 2008.

Capítulo XIV

Contratación de las administraciones públicas y derechos de propiedad intelectual

Especial referencia a estas cuestiones en la Directiva 2014/24*

JUAN ANTONIO UREÑA SALCEDO
Profesor Titular de Derecho administrativo
Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS REFERENCIAS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL TRLCSP Y EN LA DIRECTIVA 2014/24. *1. Titularidad y alcance de los derechos de propiedad intelectual. Las especificaciones técnicas y los pliegos contractuales. 2. Acceso a la información, confidencialidad de la documentación presentada y derechos de propiedad intelectual. 3.* Ius variandi *y derechos de propiedad intelectual. 4. La existencia de derechos de propiedad intelectual como causa justificativa del procedimiento negociado sin publicidad. 5. Negocios y contratos excluidos. Contratos privados.* III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia o nacimiento de derechos de propiedad intelectual en muchas de las obras, servicios o suministros que contrata la Administración (por ejemplo en obras de arquitectura, en servicios de planificación urbana, o en servicios y suministros varios) es indiscutible. La atención prestada por teóricos y prácticos a la contratación de las Administraciones públicas no ha sido poca, ni en nuestro país ni en otros. El tema del que

* La investigación que ha dado lugar a este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto DER-2011-23528 del Ministerio de Economía y Competitividad.

parcialmente nos ocupamos en este trabajo, las cuestiones de propiedad intelectual en la contratación de los poderes adjudicadores, sin embargo, no ha corrido la misma suerte[1].

Las referencias a la propiedad intelectual en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, no obstante la escasa atención doctrinal, pueden encontrarse en diversos preceptos. El fundamental es el artículo 301, en relación con la titularidad de derechos en el contrato de servicios. La importancia económica de los derechos de propiedad intelectual en nuestros días, que no ha pasado desapercibida al legislador europeo, también tiene reflejo en la nueva normativa de contratos de la Unión[2]. La tendencia a la que apunta la Directiva 2014/24, como veremos, en verdad, es simple reflejo de una realidad. Algunas Administraciones llevan años teniendo en cuenta la existencia de estos derechos de propiedad intelectual en las obras, servicios o suministros, que contratan.

II. LAS REFERENCIAS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL TRLCSP Y EN LA DIRECTIVA 2014/24

Las referencias a las cuestiones de propiedad intelectual en el TRLCSP y en la Directiva 2014/24 pueden encontrarse en diversos artículos. La nueva norma europea menciona la propiedad intelectual en relación con las especificaciones técnicas y los pliegos de contratación; al tratar el procedimiento negociado sin publicidad; cuando regula el *ius variandi* y, por supuesto, cuando se ocupa de los negocios y contratos excluidos. El TRLCSP, por su parte, menciona la propiedad intelectual, como veíamos antes, en el contrato de servicios. También se han planteado temas interesantes en nuestro Estado, y así lo haremos notar, en relación con la confidencialidad de los documentos contractuales protegidos por derechos de propiedad intelectual y el acceso y utilización de la información por terceros. Seguidamente apuntamos todas estas cuestiones.

1. Tampoco en los países de nuestro entorno se ha prestado mucha atención a estas cuestiones por la doctrina administrativista. Incluso en los países, como Francia, que cuentan con reglas específicas, como el Chaier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de prestations intellectuelles (CCAG/PI), aprobado por resolución de 16 de septiembre de 2009, la doctrina es escasa.
2. En algún documento oficial de la Unión Europea puede leerse que la economía de la Unión, al menos en gran parte, se juega en la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

1. TITULARIDAD Y ALCANCE DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y LOS PLIEGOS CONTRACTUALES

Una de las principales cuestiones que se plantea en la contratación de obras, servicios o suministros por la Administración es a quién pertenecen los derechos económicos de propiedad intelectual. No entramos en detalles sobre la titularidad originaria o no de los derechos, o sobre la siempre discutida transmisión de los derechos morales. Basta con empezar afirmando que la Administración, cuando contrata, según parece, puede reservarse todos los derechos económicos de propiedad intelectual, sobre todos los soportes, para todos los territorios y por la duración máxima permitida por el Ordenamiento Jurídico. La Administración también puede reservarse los derechos para el uso interno y pactar con el contratista compartir los beneficios por el uso de terceros[3].

En defecto de pacto expreso, y en contra de la norma del artículo 43 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), que establece que todo lo que no esté expresamente pactado o autorizado por el contratista está prohibido, se establece una presunción legal de cesión de derechos en favor de la Administración. Esto es, en contra de la norma general que dice que los derechos de propiedad intelectual que no se hayan cedido expresamente no podrán ser objeto de explotación por el contratante, el artículo 301.2 TRLCSP, para el contrato de servicios, dice que "*salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público a que se refiere el artículo 3.1*". No podemos detenernos en la crítica que podría merecería el tenor literal del precepto (que desconoce la complejidad y pluralidad derechos morales y económicos de

3. En Francia se han previsto, como puede leerse en el *Cahier pratique, Achats publics et propriété intellectuelle*, de la Agence du patrimonie immatériel de l´État, diciembre de 2010, dos modelos de contrato. La Administración puede optar por dos soluciones, radicalmente diferentes. En el primer modelo la Administración pacta el uso de los resultados pero el contratista mantiene la titularidad de los derechos de propiedad intelectual. En el segundo modelo la Administración adquiere la propiedad de los derechos de explotación de los resultados. La Administración se convierte en la propietaria de los resultados y en la titular de los derechos de propiedad intelectual.

propiedad intelectual). Subrayamos, simplemente, que se trata de una presunción legal de cesión de los derechos de propiedad intelectual, en defecto de pacto, para el contrato de servicios. Añade, no obstante, que incluso excluyéndose expresamente la cesión, se entenderá siempre autorizado el uso del producto por otros entes[4]. La escasa regulación y la complejidad de la contratación administrativa no han podido evitar que algunos conflictos llegasen ante los tribunales[5].

Nada establece el TRLCSP sobre la titularidad de los derechos de propiedad en los contratos de obras y suministros. La pregunta que se plantea inmediatamente es clara: ¿resulta este artículo 301 de aplicación analógica en dichos contratos? Así parece que se ha entendido por el tribunal admi-

4. Tolivar Alas, L., Menéndez Sebastián, E. Mª, "Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *RAP* nº 176, 2008, p. 66, recuerdan que habían desaparecido las referencias a los derechos de propiedad intelecual en la legislación de contratos, pese a que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de estudios y servicios técnicos, de 8 de marzo de 1972, se encontraba una mínima regulación (cláusulas 16 a 18), de la "cláusula 17 sólo puede deducirse que la propiedad de los trabajos la adquiere la Administración, mientras que el contratista tiene prohibida la utilización para sí y para terceros de dato alguno de los trabajos, así como su publicación total o parcial, salvo con autorización escrita de la Administración". El resultado es "adquirido por la Administración, quien lo manejará como mejor le convenga, e incluso puede no utilizarlo de forma alguna". No pueden, pese a la rotundidad de los términos, sino acabar concluyendo que "no es lo mismo un proyecto de obra de un arquitecto que una clase de arte". R. Casas Vallés, "Propiedad intelectual y contenidos generados en las Universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?", *Diario La Ley*, nº 7957, 5 de noviembre de 2012, considera que también aquí se establece una presunción de cesión en defecto de pacto, aunque destaca la necesidad de precisar el precepto ¿qué derechos se ceden? ¿por cuánto tiempo? ¿para qué territorio? ¿la cesión es exclusiva?

5. Puede verse, entre otras, la STSJ de Castilla y León, de 15 de julio de 2002, recurso 603/1997, que resuelve el recurso planteado frente al anuncio de contratación de la redacción de proyectos básicos y ejecución de viviendas de protección oficial, y contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares, una de cuyas cláusulas establecía que los estudios y documentos elaborados en la ejecución del trabajo serían propiedad de la Comunidad Autónoma. También se ocupa de estas cuestiones las STSJ del País Vasco, de 14 de marzo de 2012, recurso de apelación 154/2011, en relación con la adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia para la prestación de servicios de arquitectura, ingeniería y análisis técnicos. Los contratos de servicios informáticos, es bien sabido, con la previsión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del número de licencias de uso en la adquisición de programas informáticos también fue muy problemática. Puede verse, por ejemplo, el Informe 65/96, de 20 de marzo de 1997, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado.

nistrativo central de recursos contractuales, en resolución de 12 de junio de 2013, recurso 251/2013, al menos para los contratos de suministro[6].

Pocas novedades aporta en este punto la nueva Directiva 2014/24. El artículo 42, atendiendo a la posible existencia de derechos de propiedad intelectual en las obras, servicios y suministros que contratan las Administraciones, dice que las especificaciones técnicas "*podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual*". No impone nada, evidentemente, pero llama la atención sobre esta posibilidad. Existe un precepto en la Directiva, no obstante, el artículo 31, referido a la asociación para la innovación, que sí que exige que el poder adjudicador, en los pliegos de contratación, defina las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual. En la asociación para la innovación, que podría relacionarse con referencias anteriores a la contratación precomercial (para el desarrollo de productos o servicios aun no disponibles en el mercado), y con la utilización de la contratación para el fomento de actividades innovadoras (también sociales y medioambientales), la titularidad de los derechos de propiedad intelectual ha de fijarse claramente en los pliegos contractuales[7]. La nueva Directiva, así pues, dice que en estas asociacio-

6. El Tribunal recuerda lo dispuesto en el artículo 301 TRLCSP que, aunque previsto para el contrato de servicios, "viene a modular de alguna manera las disposiciones generales de las leyes que regulan la propiedad intelectual e industrial, que suelen establecer que la cesión del derecho de explotación debe hacerse de manera expresa, y que establecen límites a la cesión en cuanto a su duración y extensión a falta de mención expresa en el pacto de cesión". La razón por la que la Ley de contratos establece esta solución, sigue diciendo el Tribunal, "es el interés general. Existiría un claro riesgo de que los contratos de servicios amparados por este precepto devinieran ineficaces, como consecuencia de la imposibilidad de ejecutarlos, al no haberse contemplado todos los aspectos de la cesión de las propiedades industrial e intelectual y, por ello, el legislador opta por señalar que si hubiera dudas acerca del contenido de la cesión, esta deberá entenderse tan amplia que permita a la entidad contratante usar de los derechos necesarios para el buen fin del contrato. E incluso, en caso de exclusión expresa de la cesión, cabría la autorización del uso a otras entidades del sector público".

7. Pueden verse los considerandos 47 a 49 de la Directiva 2014/24, así como el Libro Verde *Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE*, donde puede leerse que "otra manera importante de fomentar la innovación consiste en que los poderes adjudicadores pidan que se desarrollen productos o servicios aún no disponibles en el mercado. Dentro del marco jurídico actual, esto puede hacerse mediante lo que se conoce como contratación precomercial, que supone la contratación de servicios de investigación y desarrollo para el desarrollo de nuevas soluciones, con miras a la posible compra del producto o el servicio final a través de un procedimiento normal de contratación pública en una fase posterior. Este enfoque permite a las autoridades públicas compartir con los proveedores los riesgos y los beneficios del diseño, el desarrollo de prototipos y la puesta a prueba de una cantidad li-

nes para la innovación necesariamente deberán definirse las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual. Esta Directiva, para el resto de contratos simplemente advierte que podrá especificarse si existe transferencia de derechos de propiedad intelectual.

La normativa europea de contratación, en fin, como apuntábamos unas líneas más atrás, no hace sino consagrar normativamente una realidad en la contratación de las Administraciones. En nuestros días es fácil encontrar modelos de pliegos de cláusulas administrativas generales (en las Comunidades Autónomas de Euskadi o de Andalucía, por ejemplo) donde existen cláusulas de reservas de derechos (normalmente amplias y generales). Tampoco resulta extraño encontrarse en estos pliegos con cláusulas de exoneración de responsabilidad ante la vulneración de derechos de propiedad intelectual por el contratista. La Administración pretende asegurarse de que el contratista, en la realización de la prestación contratada, respeta los derechos de propiedad intelectual e industrial existentes. La Administración, caso que no se haga así por el contratista, busca eximirse de cualquier exigencia de responsabilidad por terceros[8].

---

mitada de nuevos productos y servicios, sin que exista ayuda estatal". Se trata de una contratación a la que también se refiere la Comunicación de la Comisión y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión *la contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles* COM (2007) 799 y SEC (2007) 1668. Algunas referencias a la economía del conocimiento pueden verse en J. A. Ureña Salcedo, "Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos", en *RGDA*, 36, 2014, donde ya mencionábamos la referencia a priorizar compras innovadoras (artículo 37 Ley de Economía Sostenible), o la reserva de contratos a empresas innovadoras (38 Ley de Economía Sostenible). Una aproximación a las cláusulas sociales en la contratación administrativa, a las que se refiere en distintas ocasiones la Directiva 2014/24, puede encontrarse, si se admite la autocita, en J. A. Ureña Salcedo, "La utilización de la contratación pública para la satisfacción de fines sociales", en J. Mª. Goerlich (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia,* CES, Madrid, 2011, pp. 108-139.

8. En el pliego de cláusulas administrativas particulares por procedimiento abierto del contrato de definición, diseño y desarrollo de la plataforma smart Coruña y definición y puesta en marcha de la oficina del proyecto puede leerse, como en otros muchos contratos, que "*El adjudicatario reconoce que para la ejecución y desarrollo del presente contrato no vulnera ningún derecho de propiedad intelectual e industrial titularidad de terceros, obligándose a mantener indemne a EMALCSA frente a cualquier daño o perjuicio que sufra como consecuencia de la vulneración por parte del adjudicatatio de cualquiera de esos derechos*". En el Decreto 3854/1970, de 31 de octubre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, nada se decía de los derechos de propiedad intelectual, pero sí de la propiedad industrial y comercial. La cláusula 16 señalaba que el contratista, para utilizar materiales, suministros, procedimientos y equipo para la ejecución de la obra, debía obtener las cesiones, permisos y autorizaciones necesarios de los titulares de las patentes, modelos y marcas. El

2. ACCESO A LA INFORMACIÓN, CONFIDENCIALIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN PRESENTADA Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El TRLCSP, como otras normas, ha previsto el acceso de los licitadores a la documentación presentada por el resto de empresas, y muy en particular el acceso a la oferta presentada por el licitador seleccionado, como manifestación de los principios de publicidad y transparencia (véanse, entre otros, los artículos 140, 151 y 153 TRLCSP)[9].

El principio de confidencialidad parece oponerse frontalmente a la transparencia. Dicho enfrentamiento, sin embargo, no impide que la confidencialidad también esté recogida en las mismas normas de contratación que consagran los principios de publicidad y transparencia. Aquí no entramos en la interpretación de las cláusulas de confidencialidad que han hecho los Tribunales y otros órganos administrativos (como las Juntas consultivas de contratación). Únicamente nos interesa destacar que muchos o algunos de los documentos técnicos que se presentan por empresas o particulares para participar en la licitación pública están protegidos por los derechos de propiedad intelectual. La existencia de esos derechos de

---

contratista, se decía expresamente, sería responsable de toda reclamación relativa a la propiedad industrial y comercial, debiendo indemnizar a la Administración de todos los daños y perjuicios que para la misma pudieran derivarse de la interposición de reclamaciones.

9. Artículo 140, bajo la rúbrica de confidencialidad, dice que "1.- 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 éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas. 2.- 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". El artículo 153, bajo la rúbrica de información no publicable, señala que "El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)". Véase también el artículo 18 de la Directiva 2014/24 sobre los principios de la contratación.

propiedad intelectual, sin embargo, en mi opinión, no debería impedir con carácter general el acceso de terceros a su contenido (entre otras razones para dar mejor cumplimiento al principio de transparencia)[10]. La mayoría de informes de las Juntas Consultivas de contratación, así como las resoluciones de los Tribunales, aunque nada de esto se diga expresamente en la norma de contratación, parece que consideran confidenciales los trabajos protegidos por derechos de propiedad intelectual o industrial[11]. Nada que oponer, probablemente, a la protección mediante la confidencialidad de los trabajos protegidos por los derechos de propiedad industrial (al menos en muchos contratos, aunque pudiera ser discutible en algún caso concreto, entre otras por razones de protección de la salud de las personas, de protección del medio ambiente, etcétera). No compartimos aquella misma solución, a falta de un estudio más riguroso por nuestra parte, en relación con los trabajos protegidos por la propiedad intelectual[12]. El artículo 21 de la nueva Directiva 2014/24, bajo la rúbrica de confidencialidad, se refiere a

10. En el Libro Verde, *Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE*, se apuntan algunos problemas que plantea "*la "elección selectiva" de derechos de propiedad intelectual o de las propias soluciones innovadoras, en especial por lo que respecta al diálogo competitivo: si un participante revela las características únicas de su solución, podrán conocerlas los demás candidatos. Mientras que las normas actuales exigen que se mantenga la confidencialidad de esa información, el poder adjudicador se ve enfrentado a una disyuntiva entre la obligación de proteger esa información confidencial y la necesidad de revelar parte de ella a fin de determinar cuáles son las soluciones más idóneas para satisfacer sus necesidades. Los poderes adjudicadores pueden verse inclinados a presionar a los licitadores para que se avengan a hacer revelaciones*".
11. Puede verse, por ejemplo, la STSJ Galicia, de 22 de septiembre de 2011, recurso 4172/2009, o el Informe de la Junta Consultiva de contratación administrativa de la Generalitat de Cataluña 11/2013, de 26 de julio, que hace un repaso de la normativa y jurisprudencia europea y estatal sobre confidencialidad y transparencia en la contratación administrativa. Recuerda que la confidencialidad "alcanza una mayor importancia" en el diálogo competitivo, subraya la necesidad de proteger los secretos técnicos o comerciales pero, a la vez, compatibilizar esta confidencialidad con los principios de publicidad y transparencia "después de hacer una ponderación en cada caso de los bienes jurídicos a proteger". Son los licitadores los que deben identificar la documentación e información que consideran tiene carácter confidencial, para que después decida el órgano de contratación. En cualquier caso, la protección de determinada información "no puede dejar sin contenido los principios de publicidad y transparencia; circunstancia que se podría dar en caso de que no se tenga conocimiento por el resto de licitadores o candidatos de las características de la oferta seleccionada". En todo caso acaba concluyendo que, según los artículos 140 y 153 TRLCSP, tienen carácter confidencial "los derechos de propiedad intelectual".
12. No se olvide, en relación con la primera cuestión, que el artículo 31 bis TRLPI establece expresamente que "*no será necesaria autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamenta-*

los secretos técnicos o comerciales pero en ningún caso a los derechos de propiedad intelectual. Ninguna novedad en este punto, o al menos eso nos ha parecido a nosotros, se introduce con la nueva norma europea[13].

La propiedad intelectual, añádase a lo anterior, además, no protege las ideas. Las normas de propiedad intelectual no pueden impedir que las ideas sean utilizadas por otros en otras licitaciones. La utilización de las ideas presentadas en una licitación por una empresa diferente, aunque pudiera ser más discutible (por inmoral), de acuerdo con el Tribunal Supremo, Sentencia de 8 de noviembre de 2012, no infringe la normativa de propiedad intelectual[14]. El Tribunal Supremo, en dicha Sentencia, desestima el recurso de casación, entre otras cosas, porque "las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual por razón de su contenido –ideas, procedimientos, sistemas, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimientos…– ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión". Cosa distinta es copiar ideas de otros y carecer de la capacidad y solvencia necesarias para llevarlas a cabo. Otras normas, distintas a las de la propiedad intelectual, resultarán aquí de aplicación. Las ideas, en todo caso, insistimos, no están protegidas por el derecho de autor, que únicamente protege su expresión concreta.

La apropiación de las ideas de los privados por terceros (sean otros privados o la propia Administración), es un tema apasionante donde los haya. Podría llevarnos a muchos otros sitios (por ejemplo a las normas urbanísticas que permitían aprovechar las ideas de algunos proyectos, aunque estos hubieran sido desechados en su propuesta de conjunto, en algunos casos siendo objeto de compensación económica pero sin necesitar

---

rios". Y el procedimiento de contratación, obvio es decirlo, es un procedimiento administrativo.

13. A la confidencialidad se refiere tanto el considerando 51 de la nueva Directiva de contratos 2014/24, como diversos artículos de dicha norma. En particular su artículo 21, que dice que "el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas". Puede verse el artículo 50.4 sobre los anuncios de adjudicación de contratos; el artículo 83 sobre el acceso a determinados documentos contractuales, o el artículo 79 sobre los anuncios de concursos de proyectos.
14. Esa resolución, brevemente resumida, resuelve la demanda presentada por una gran empresa de obra pública, que había denunciado que otra empresa había plagiado un documento elaborado por sus empleados y presentado a una licitación pública para la adjudicación de un contrato por un Ayuntamiento para la gestión del agua y el tratamiento de residuos.

autorización alguna del titular de los derechos). Tenemos, no obstante, que seguir avanzando.

3. *IUS VARIANDI* Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Mucho se ha escrito sobre la importante potestad de modificación de los contratos por parte de la Administración y, al menos en ocasiones, sobre un uso desviado del mismo. Aquí no entramos en ese debate. Tampoco nos manifestamos sobre si existe algo más que una tendencia normativa que apunta a la desaparición del *ius variandi* en la contratación pública, como algunos autores ya han defendido públicamente[15]. Nos limitamos a señalar que la nueva Directiva parece muy rotunda cuando exige la resolución del contrato y nueva licitación si pretenden introducirse cambios en la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La Directiva de contratos 2014/24, de 26 de febrero, en su considerando 107, dice que pretende "*aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación (…) 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*". La clave, que menciona expresamente este considerando, es la modificación de las condiciones esenciales del contrato, entre las que sitúa la titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial. La solución que adopta la Directiva (artículo 72), estableciendo que las cuestiones referidas a la propiedad intelectual tienen carácter esencial, es perfectamente lógica, pues en algunos contratos el cambio en la titularidad podría incluso afectar al régimen jurídico del contrato, que podría pasar de ser un contrato privado a ser un contrato público.

Mayores problemas, aunque no se trate necesariamente del ejercicio del *ius variandi* por la Administración, pueden derivarse de la modificación de las obras contratadas por la Administración[16]. La discusión sobre

15. Creo recordar que así lo hizo el Profesor Gimeno Feliú en Madrid en febrero de 2015, en la mesa redonda sobre contratación del congreso de la AEPDA.

16. López Richart, J., "El delicado equilibrio entre el derecho a la integridad de la obra arquitectónica y las facultades del propietario", *Aranzadi Civil-Mercantil* nº 2/2011, (Estudio), (BIB 2011, 51). Ahí podrá encontrar el lector un análisis de Derecho comparado sobre la admisión de las obras arquitectónicas como obras del espíritu protegidas por la legislación de propiedad intelectual, así como sobre el reconocimiento del derecho a la integridad de la obra y su posible modificación por el propietario. En ningún caso, sostiene este autor, el derecho moral a la in-

la afectación de los derechos morales de propiedad intelectual ante cambios que afecten a la integridad de la obra pueden verse, por ejemplo, en el conocido caso del puente Zubi Zuri en Bilbao, aunque también existen resoluciones judiciales que se plantean estas cuestiones ante la reforma interior de los edificios[17]. Problemas relacionados con el derecho moral a la integridad de la obra también se han planteado con el traslado de la ubicación de esculturas adquiridas por la Administración[18]. La demolición de la obra de reforma o el mantenimiento de la ubicación de una escultura, lógicamente, pese a la existencia de derechos morales, puede entenderse como una medida excesiva y desproporcionada. La previsión de estas cuestiones en los pliegos y, llegado el caso, la adopción de soluciones proporcionadas, siempre puede ayudar a evitar que los problemas pasen a mayores[19]. El problema, en todo caso, tampoco es nuevo. Se planteó muy vivamente en Francia, por ejemplo, con la superación del Antiguo Régimen y la Revolución francesa (más concretamente con la destrucción de signos del Antiguo Régimen aunque pudiesen encontrarse en obras de arte)[20].

---

tegridad de la obra es un derecho absoluto. Es necesaria una ponderación de los intereses en juego (los del autor y los del propietario del bien inmueble).

17. Sobre el puente Zubi Zuri puede verse la sentencia del Juzgado de lo mercantil de 23 de noviembre de 2007, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 10 de marzo de 2009, recurso de apelación 109/2007. Los artículos doctrinales son numerosos, valga la cita del trabajo de R. Casas Vallés, "El caso Calatrava o Zubi Zuri, ¿Una victoria pírrica en apelación?", *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 32, mayo-agosto 2009, pp. 99 y ss. Juan José Marín López, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra,* Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 161 y ss., recoge diversas resoluciones judiciales sobre reformas de edificios que inciden en obras plásticas existentes en los mismos. Así, por ejemplo, la SAP de Santander de 3 de noviembre de 1992, sobre la transformación de una clínica en hotel y el daño sufrido en la reforma por un mural, que exigió el pago de una indemnización por los propietarios al autor del mismo. La SAP de La Coruña de 8 de febrero de 1999, por el contrario, declaró que no procedía indemnización alguna. El deficiente estado del inmueble y la necesidad de reconstrucción justificaron la decisión del caso concreto.
18. Puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, recurso de apelación 613/2006, de 28 de julio de 2009, sobre el cambio de ubicación de una escultura encargada por el Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano. También podría verse la STS de 18 de enero de 2013, recurso 1869/2009.
19. La Sentencia de la corte de casación civil francesa, de 17 de octubre de 2012, nº 11-18.638 considera que no se vulneran los derechos morales del arquitecto que habiendo realizado únicamente una parte inicial de un proyecto de concepción y realización de un inmueble de oficinas, comprueba que después otro arquitecto completa la obra apartándose de aquel proyecto inicial.
20. Bernard Deloche, Jean-Michel Leniaud, *La culture des sans-culottes. Le premier dossier du patrimoine 1789-1798,* Préface de Jack Lang, Les Édtions de Paris-Les Presses du Languedoc, Paris-Montpellier, 1989.

4. LA EXISTENCIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL COMO CAUSA JUSTIFICATIVA DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD

La adjudicación directa de contratos, tema clásico donde los haya en este campo, que en algunas Comunidades Autónomas, según se nos ha dicho, representa más del 60% del total de la contratación, siempre ha sido muy problemática[21]. La riqueza de la contratación pública, la casuística si así prefiere decirse, exige prudencia en el discurso. El caso concreto siempre requiere un análisis particular, minucioso y detallado. Es por ello que nosotros nos limitamos a señalar que la existencia de derechos de exclusiva, como son los derechos de propiedad intelectual, puede justificar la adjudicación directa. La existencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, puede justificar, según el legislador, que el poder adjudicador acuda a un procedimiento negociado, con o sin publicidad. Tal vez, como puede leerse en el Libro verde *sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, "debido a la existencia de un derecho exclusivo, una licitación sería una mera formalidad sin ningún valor práctico". Esta posibilidad de adjudicación, más o menos directa, y más o menos libre, que ya establece la normativa estatal en su artículo 170.d TRLCSP para el procedimiento negociado, y que parece que se ha utilizado profusamente en la práctica, por supuesto, debe interpretarse restrictivamente. La Directiva 2014/24 en su artículo 32 establece como causas justificativas del procedimiento negociado sin publicidad que "*el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única*", o que "*deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial*". Añade como límite, que puede resultar problemático, que no exista alternativa o sustituto razonable y que la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación. En su considerando 50, además, subraya la necesidad de motivación[22].

21. Puede verse la Ley foral de Navarra 14/2014, de 18 de junio, de modificación de la Ley foral 6/2006, que dice que dichos contratos son más del 60% y suponen un 17% del importe contratado. Esta Ley, por supuesto, transpone la Directiva al incluir como causa justificativa del procedimiento negociado sin publicidad la existencia de derechos de propiedad intelectual. Se trata de un ejemplo de rápido ejercicio de las competencias en materia de contratación por la Comunidad Foral.

22. El considerando 50 justifica que se acuda al procedimiento negociado sin publicidad, entre otros supuestos, "*cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejercer el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el*

Hace ya un rato, en cualquier caso, que el lector avezado habrá notado que hemos caído de bruces en el *intuitus personae* en la contratación administrativa. Otro tema que, desde luego, tampoco constituye novedad alguna, y sobre el que existen importantes resoluciones administrativas[23], y abundantes manifestaciones doctrinales[24]. Diseñar un perfil es perfectamente legal, incluso recomendable en algunos casos. En otros manifiestamente ilegal. El diseño de un perfil, buscar al mejor candidato, que de eso se trata en algunos casos, incluso la adjudicación directa, si así se quiere, es una cosa. Los negocios y contratos excluidos, aunque puedan coincidir en algunos aspectos, otra. Ahora apuntamos esta última cuestión.

5. NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS. CONTRATOS PRIVADOS

Algunos de los contratos que la Directiva excluye de su aplicación son contratos directamente vinculados con obras que generan derechos de propiedad intelectual. Así, por ejemplo, la nueva Directiva de contratos, en su artículo 10.b), sigue sosteniendo que están excluidos de la normativa europea de contratos determinados servicios de medios audiovisuales y radiofónicos (dadas las importantes "*consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos*")[25].

---

valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso" a este procedimiento. Exige el Legislador europeo, como decimos en el cuerpo de este trabajo, la motivación de por qué no existen otras alternativas. "*Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar (…) la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico*". Véase también el artículo 32, apartados 3 y 4, de la Directiva 2014/24.

23. Puede verse, entre otras muchas, la resolución del Tribunal administrativo central de recursos contractuales, de 17 de julio de 2013, recurso 322/2013, que remite al informe de la Junta consultiva de contratación del Estado 11/2004, de 7 de junio, sobre la contratación de un arquitecto mediante procedimiento negociado sin publicidad por razones artísticas.

24. Véase, entre muchísimos otros, Aurélien Antoine, "L´intuitus personae dans les contrats de la commande publique", *RFDA*, 2011, pp. 879 y ss., con interesantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales del Derecho francés de todas las épocas, también de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión europea.

25. También puede verse el considerando 23 de la Directiva. En el plano interno, entre otros muchos documentos y resoluciones, pueden verse, por ejemplo, los Informes de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana 5/2006, de 10 de octubre, y 11/2009, de 3 de diciembre, y el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa de las Islas Baleares.

El artículo 14 de la Directiva 2014/24 también excluye de su ámbito de aplicación determinados servicios públicos de investigación y desarrollo. La Directiva recuerda que solo es aplicable en los casos en que no exista cofinanciación privada y, además, los resultados de las actividades de investigación y desarrollo sean imputables al poder adjudicador de que se trate. En el considerando 35, añade, curiosamente, que "ello no debe excluir la posibilidad de que el proveedor de servicios que haya llevado a cabo esas actividades publique un informe al respecto mientras el poder adjudicador conserve el derecho exclusivo de utilizar los resultados de I+D o cualquier participación simbólica en la retribución del proveedor de servicios no debe impedir la aplicación de la presente Directiva". Tan rica y compleja es también aquí la práctica que una o varias tesis doctorales podrían seguir haciéndose sobre estas cuestiones. No esa ahora nuestra labor.

Otros contratos directamente vinculados con obras sujetas a derechos de propiedad intelectual son, evidentemente, los contratos de creación e interpretación artística y literaria, que el artículo 20 TRLCSP considera que tienen naturaleza de contrato privado[26]. Así como los contratos patrimoniales, entre los que se encuentran, entre otros, los referidos a la adquisición de derechos de propiedad intelectual (artículo 4 TRLCSP).

26. En el Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 41/96, de 22 de julio, con cita de sus Informes 31/96 y 35/96, "*se sienta la conclusión de que los contratos con artistas, orquestas y grupos para actuaciones musicales o teatrales tienen que ser calificados como contratos privados de la Administración*". El Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música había afirmado que "*las razones artísticas son suficientes para considerar que solo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario". Entiende el Instituto que "todo lo artístico es único. Consustancial a la esencia de lo artístico es precisamente la originalidad e individualidad*". La Junta Constultiva se muestra conforme con el criterio del Instituto y afirma que "*las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario, pues una interpretación contraria dejaría vacío de sentido el precepto u obligaría a una labor ímproba de determinar cuándo una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica*". Admite que "*será utilizable frecuentemente, por razones artísticas, el procedimiento negociado sin publicidad, por aplicación analógica de las normas de la Ley que lo regulan*". En este tipo de contratos, como es evidente y puede leerse en el Informe 8/2009, de 29 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el pliego de prescripciones técnicas deberá contener "*las obligaciones y derechos de las partes con especial referencia a los aspectos relativos a los derechos de propiedad intelectual que resulten afectados*".

III. CONCLUSIONES

Las cuestiones de propiedad intelectual aparecen en la contratación administrativa en muchos y diversos lugares. En este trabajo hemos apuntado algunas, vinculadas con las normas tanto del TRLCSP como de la Directiva 2014/24: sobre la titularidad de derechos en las obras, servicios o suministros contratados por la Administración; la confidencialidad y el acceso a la información; el ejercicio del *ius variandi* cuando afecta a la titularidad de los derechos de propiedad intelectual; el procedimiento negociado sin publicidad por la existencia de derechos de exclusiva, o los negocios y contratos excluidos vinculados con derechos de propiedad intelectual.

La Directiva 2014/24 presta más atención a los derechos de propiedad intelectual en la contratación pública que otras normas europeas anteriores. Es el reflejo de la creciente importancia económica de estos derechos de propiedad intelectual en la economía de nuestros días. La importancia de la contratación pública unida al hecho de que la economía del conocimiento, basada en gran parte en la protección de la propiedad intelectual e industrial, parece ser una apuesta oficial de la Unión Europea, nos obligará a seguir atentos a todas estas y otras muchas cuestiones.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANTOINE, A., "L´intuitus personae dans les contrats de la commande publique", *RFDA*, 2011.

CASAS VALLÉS, R., "Propiedad intelectual y contenidos generados en las Universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?", *Diario La Ley*, nº 7957, 5 de noviembre de 2012.

– "El caso Calatrava o Zubi Zuri, ¿Una victoria pírrica en apelación?", *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 32, mayo-agosto 2009, pp. 99 y ss.

DELOCHE, B. y Leniaud, J-M., *La culture des sans-culottes. Le premier dossier du patrimoine 1789-1798,* Préface de Jack LANG, Les Édtions de Paris-Les Presses du Languedoc, Paris-Montpellier, 1989.

LÓPEZ RICHART, J., "El delicado equilibrio entre el derecho a la integridad de la obra arquitectónica y las facultades del propietario", *Aranzadi Civil-Mercantil* nº 2/2011, (Estudio), (BIB 2011, 51).

MARÍN LÓPEZ, J. J., *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra,* Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

TOLIVAR ALAS, L.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. Mª, "Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *RAP* nº 176, 2008.

UREÑA SALCEDO, J. A. "Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos", en *RGDA*, 36, 2014.

– "La utilización de la contratación pública para la satisfacción de fines sociales", en J. Mª. GOERLICH (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia,* CES, Madrid, 2011.

Capítulo XV

Buena administración aplicada a los contratos públicos: Directiva de Recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana[*]

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ
Profesor Ayudante Doctor (Universidad de Salamanca)
ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ[**]
Personal Investigador en formación (Universidad de Salamanca)

SUAMARIO: I. INTRODUCCIÓN: BUENA ADMINISTRACIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA. II. DIRECTIVA DE RECURSOS Y BUENA ADMINISTRACIÓN. III. LA IMPORTANCIA DEL PERFIL DE CONTRATANTE COMO INSTRUMENTO DE PUBLICIDAD ACTIVA. *1. Plataforma de Contratos del Sector Público. 2. Utilización de medios electrónicos para la participación ciudadana en las decisiones de compra pública: mecanismos de Gobierno Abierto.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La posibilidad de que los licitadores cuenten con un sistema adecuado de recursos con los que poder defender sus intereses legítimos frente a los actos arbitrarios de los poderes adjudicadores, la disposición de instrumentos electrónicos efectivos que permitan conocer de forma centralizada y accesible toda la información contractual y la interesante posibilidad de que los ciudadanos utilicen los medios electrónicos para participar en las

[*] Dedicado a nuestro compañero el Prof. Dr. Emmanuel Jiménez Franco, con profundo cariño y afecto.

[**] Beneficiario de una Beca del Programa de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

decisiones políticas de compra pública, son tres instrumentos de gran relevancia para la consecución del importante principio de Buena Administración en el ámbito de la contratación pública.

I. INTRODUCCIÓN: BUENA ADMINISTRACIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA

Dentro del artículo 41 de Carta Europea de los Derechos Fundamentales (CEDF)[1], nos encontramos referenciado el Derecho a una Buena Administración, convertido en la actualidad en un elemento fundamental para la configuración del nuevo Derecho Administrativo Europeo[2]. Antes de su inclusión en la Carta, ya se encontraba presente en los ordenamientos jurídicos de muchos países de la Unión e incluso en diversos preceptos de la Constitución Española[3].

---

1. *1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*
   2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
   3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
   4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deber de recibir una contestación en esa misma lengua.
2. Al haberse convertido, como indica Cerrillo i Martínez, A., en «el conjunto de valores desde los que la ciudadanía juzga hoy la legitimidad de las administraciones públicas» *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Pamplona 2014, p. 24.
3. Ponce Solé, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001. Podemos citar con el mismo autor como elementos que ponen de manifiesto la consolidación y presencia del principio de buena administración en el sistema jurídico europeo y en los distintos ordenamientos de los países pertenecientes a la Unión Europea, la Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre buena administración, el Código de Buena Conducta Administrativa, aprobado por el Parlamento Europeo en 2001 o el informe encargado por el Gobierno sueco a la Agencia sueca para la Gestión Pública que recoge la comparación entre los principios de buena administración recogidos en los ordenamientos de los diferentes países de la Unión y Consultable en *http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf* (consultado el 20/01/2015). *Vid.* Ponce Solé, J.: «Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 11, 2014, p. 13.

Pese a configurarse legislativamente como derecho a aplicar en las relaciones entre las Instituciones de la Unión y las personas que con ellas se relacionen, entendemos necesario extenderlo a todas las que mantengan los poderes adjudicadores de cada uno de los países miembros que, en aplicación del Derecho Europeo, participan en procedimientos de licitación pública[4]. El artículo 41 CEDF afecta y debe seguir afectando al razonamiento jurisprudencial de los órganos competentes, contribuyendo así a la protección del Derecho a una Buena Administración en la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos[5].

Lo ponen de manifiesto Sentencias como las de los casos *PC-Ware Information Technologies/Comisión* de 11 de mayo de 2010 (TJUE 2010, 136), *Europaïki Dynamiki/Comisión Europea* de 19 de marzo de 2010 (TJUE 2010, 86) o *Evropaïki Dynamiki/BEI*, de 20 de septiembre de 2011 (TJCE 2011, 280).

A lo largo de este sintético trabajo nos proponemos exponer de forma escueta algunas de las manifestaciones en el ámbito de la legislación europea de un Derecho que entendemos, debe ser clave en la futura evolución de la legislación continental sobre contratos públicos. Para ello nos centramos en la normativa europea relativa a los recursos vinculados a procesos de licitación, en la relativa a la figura del perfil de contratante y en la relativa a la participación ciudadana en las políticas de decisión de compras públicas[6].

---

4. En el mismo sentido Nieto Garrido, E. y Martín Delgado, I., *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 86.
5. *Vid.* Vala Kristjánsdóttir, M., «Good Administration as a Fundamental Right», *Icelandic Review of Politics and Administration,* vol. 9, Issue 1, 2013, pp. 237 a 255 que destaca la inaplicación del Derecho a una Buena Administración a lo largo de un conjunto de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Apoyando esta teoría podemos además citar diversas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las que el órgano jurisdiccional examinó el cumplimiento de dicho principio relación a procedimientos de adjudicación de contratos públicos, como las resoluciones de los casos PC-Ware Information Technologies/Comisión de 11 de mayo de 2010 (TJCE 2010, 136), Europaïki Dynamiki/Comisión Europea de 19 de marzo de 2010 (TJCE 2010, 86) o Evropaïki Dynamiki/BEI, de 20 de septiembre de 2011 (TJCE 2011, 280).
6. Sin dejar de señalar que ya existen manifestaciones del mismo sólidamente incorporadas a la legislación española sobre contratación, como la relativa a los órganos administrativos especializados y encargados de la resolución de recursos en materia de contratación. *Vid.* en este sentido Ponce Solé, J. y Capdeferro Villagrasa, O., «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, pp. 193 a 206.

II. DIRECTIVA DE RECURSOS Y BUENA ADMINISTRACIÓN

Una buena parte de los preceptos de Derecho Europeo sobre contratación que pueden vincularse al Derecho a una Buena Administración reconocido en el artículo 41 CEDF, se encuentran insertos en la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, 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 de obras (Directiva de Recursos)[7].

Resulta necesario destacar que el tratamiento del legislador español al Derecho a una Buena Administración en relación a la necesidad de garantizar que los operadores sean oídos y puedan dirigirse a las instituciones no ha sido siempre el más adecuado. Así lo demuestran las condenas a nuestro país en Sentencias (Comisión de las Comunidades Europeas contra España) como las de 15 de mayo de 2003 (TJUE 2003, 138), 16 de octubre de 2003 (TJUE 2003, 329), 13 de enero de 2005 (TJUE 2005, 10) o 3 de abril de 2008 (TJCE 2008, 59)[8].

De entrada, el artículo 1.1 de la Directiva de Recursos establece la necesidad de que los poderes adjudicadores garanticen la posibilidad de que sus decisiones puedan ser recurridas de forma eficaz y a la mayor brevedad posible, necesidad a la que es preciso ligar el derecho a la información, recogido en el tercer párrafo de dicho artículo. Este, ha sido dotado de un relevante matiz por la Sentencia TJUE de 4 de julio de 2013 (Caso *Fastweb*,

7. No obstante, en el ámbito de los sectores especiales habrá que tener en cuenta el contenido de la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, para la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de la entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Ambas normas fueron además objeto de cambios relevantes a partir de la directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007. *Vid*. en relación al sistema de recursos en materia contractual en la Unión Europea González-Varas Ibáñez, S., «La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales», *Documentación Administrativa* 288, 2010, pp. 43 a 64.

8. En la última de dichas sentencias, el Tribunal de Justicia de Unión Europea señaló en sus apreciaciones (apartado 44) que en el marco del Derecho de Contratos Públicos Español «en ese momento y en determinados supuestos, no podía interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2002 [TJCE 2002, 369], Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74)».

[TJUE 2013, 222]) según la cual, el órgano encargado de conocer un recurso no deberá inadmitirlo si se interpone por parte de otros licitadores que presentaran ofertas que no se ajusten a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones. Ello implica la necesidad de proscribir la práctica existente en algunos ordenamientos jurídicos nacionales de conocer previamente el recurso incidental interpuesto por el adjudicatario y, en base a ello, rechazar los interpuestos por esos otros adjudicadores.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 2.bis.2 de la Directiva de recursos considera expresamente como afectados –y por lo tanto legitimados para interponer recurso– a *aquellos a los que el poder adjudicador no haya facilitado información sobre el rechazo de su solicitud antes de notificar la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados*[9].

Además, en referencia al derecho a indemnización por parte de aquellos potenciales licitadores que inicien recurso en relación a determinado procedimiento, el considerando sexto de la norma nos indica, como uno de los fundamentos de su existencia, la necesidad de garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir (…) la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción. Dentro de su artículo 2, la norma ahonda en la necesidad de garantizar que los órganos encargados de instruirlos y resolverlos tengan facultades en relación a su concesión.

Algunas de las manifestaciones del Derecho a la Buena Administración en el ámbito de la legislación europea sobre contratación, tienen una plena conexión con el derecho a ser oído y a dirigirse a las instituciones. En este sentido quisiéramos llamar la atención sobre la relevancia que entendemos debe tener a futuro el considerando 122 de la Directiva 2014/24/

9. También existe una referencia concreta a la necesidad de informar al licitador en los artículos 2 septies y 3 bis de la Directiva 89/665/CEE. En el primero de ellos –modificado por la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión– se establece que los Estados miembros pueden disponer que en los recursos relativos a la ineficacia del contrato deba realizarse antes de que transcurran como mínimo treinta días civiles a partir del día siguiente a aquel en el que el poder adjudicador haya informado a los licitadores y candidatos afectados de la celebración del contrato. En el artículo 3 bis, por su parte, se determina la información que habrá de contener el anuncio a publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea en el que manifieste su intención de celebrar un contrato. Este último artículo fue introducido por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 diciembre 2007, 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.

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 el mismo, tras hacerse alusión a los procedimientos de recurso previstos en la Directiva 89/665/CEE y a la necesidad de que la legislación vigente en la materia no se vea alterada por la nueva norma, se determina la necesidad de establecer nuevas vías para que ciudadanos, partes interesadas organizadas o no y otras personas y organismos que no tienen acceso a los procedimientos de recurso con arreglo a la Directiva de 1989, puedan señalar posibles vulneraciones al Derecho Europeo de Contratos Públicos sin que por ello se les conceda legitimación jurisdiccional. Se señalan además, como vías para el ejercicio de este derecho, las instituciones preexistentes, como las autoridades o estructuras de supervisión general, los organismos de supervisión sectorial, las autoridades municipales de supervisión, las autoridades en materia de competencia, el Defensor del Pueblo o las autoridades nacionales en materia de auditoría, evitándose así duplicidades administrativas.

III. LA IMPORTANCIA DEL PERFIL DE CONTRATANTE COMO INSTRUMENTO DE PUBLICIDAD ACTIVA

La crisis económica y financiera ha puesto de manifiesto algunos de los problemas más graves de los que adolece la contratación pública, entre los que resalta la gestión fraudulenta y la utilización de los fondos públicos para fines particulares y que muy poco o nada tienen que ver con la consecución del interés público, piedra angular que debe de regir el funcionamiento de nuestro Sector Público, transgredido en numerosas ocasiones por las corruptelas y la utilización clientelar del dinero destinado al aprovisionamiento de nuestros poderes públicos, una situación que ha escandalizado y en gran modo «desencantado» a los ciudadanos con los poderes políticos de nuestra sociedad.

El profundo malestar social con la clase política ha llevado a adoptar por nuestro legislador diversas medidas con la finalidad de atajar las malas prácticas en la contratación administrativa, traducidos principalmente en el incremento de la publicidad activa de la información, de las prácticas y de los resultados derivados de las licitaciones públicas. En este sentido se han llevado a cabo algunas medidas, aunque demasiado tímidas y sin el alance deseado, que introducen mayores dosis de publicidad y transparencia, principalmente a través de la nueva Plataforma de Contratación del

Sector Público y de las escasas novedades que han de hacerse públicas con la nueva Ley de transparencia y buen gobierno[10].

1. PLATAFORMA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La introducción de la figura del perfil del comprador (*buyer profile*) por 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, constituyó un paso muy importante en la utilización de medios electrónicos en la publicidad y comunicación electrónica en los procesos de licitación[11]. La figura fue transpuesta al derecho español por la ya extinta Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público bajo la denominación de «perfil de contratante». El Informe 72/2008, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, define la figura del perfil de contratante «como un medio de difusión por Internet de la diferente información de los contratos que se genera en los órganos de contratación».

No cabe duda alguna de que el perfil de contratante se ha convertido en un instrumento muy útil en los últimos años, dando buena muestra de los beneficios de la contratación pública electrónica en términos de ahorro y transparencia[12]. No obstante, existen algunas prácticas que es necesario corregir para alcanzar una mayor eficiencia en su utilización. En este sentido, cabe destacar que la nota caracterizadora en la actualidad de la figura del perfil de contratante en España es su «multiplicidad, propiciada en gran

10. Especialmente interesante es en este punto la reflexión que lleva a cabo Martínez Gutiérrez, que afirma que es «también necesario reforzar los mecanismos de control de las potestades discrecionales de las Administraciones asegurando así que los poderes públicos no rebasen sus legítimas atribuciones convirtiéndolas en actuaciones arbitrarias y, esta cuestión, paradójicamente, no ha sido objeto central de la nueva regulación», refiriéndose a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su trabajo Martínez Gutiérrez, R., «La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. límites legales a las potestades discrecionales y la aportación de las TIC», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 34, 2014, p. 2.

11. Arrowsmith, S., *The Law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, Thomson Reuters, London, 2014, p. 647.

12. La transparencia es calificada por Gimeno Feliú como «un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación». Gimeno Feliú, J. Mª, «Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública: hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 159, 2013, p. 42.

medida por la gran descentralización que caracteriza a nuestro país, lo que supone la existencia de una gran cantidad de órganos de contratación con perfiles propios. Esta auténtica odisea de perfiles dificulta enormemente el acceso de los licitadores a los mismos, al resultarles prácticamente imposible navegar por todos y cada uno de ellos y conocer la existencia de contratos que, por su cuantía, no son publicados en los principales diarios o boletines pero que pueden revestir importancia para los poderes económicos y, probablemente, estarían interesados en concurrir a los mismos»[13].

La previsión que realizó la LCSP para que todos los poderes adjudicadores articulasen sus perfiles de contratante a través de la Plataforma de Contratación del Estado no surtió los efectos esperados. Efectivamente, únicamente estaban obligados a publicar en esta plataforma su perfil de contratante «los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales», lo que supuso una escasa participación de los Órganos de Contratación, Entes, Entidades y Organismos que integran el resto del Sector Público, optando por la creación de perfiles propios, lo que suponía una gran fragmentación de la información en materia de compras públicas.

Una medida destinada a acabar con esta problemática, ya advertida por el Informe CORA para la Reforma de la Administración Pública, es la prevista por la Disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que modifica el artículo 334 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. Dicha medida afecta al cambio de denominación de la «Plataforma de Contratación del Estado» por el de «Plataforma de Contratación del Sector Público», suponiendo ya este cambio de nomenclatura toda una declaración de las intenciones que se pretenden alcanzar con esta modificación.

El cambio de la palabra «Estado» por las de «Sector Público» lleva a la conclusión de que esta última Plataforma aglutina a todos los Órganos de Contratación, Entes, Entidades y Organismos que integran el Sector Público y no solo a los que componen la Administración General del Estado. Lo anterior se materializa al disponer la Ley de unidad de garantía de mercado que en la Plataforma de Contratos del Sector Público «se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información

13. García Jiménez, A., «El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública», *Revista de Administración Pública*, nº 192, Madrid, p. 386.

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».

Esta medida afecta especialmente a las Entidades Locales, que son las que han creado la mayor parte de los perfiles de contratante existentes en España, dado el nivel de descentralización territorial que ocupan, debiendo adoptar y aplicar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la previsión operada en el TRLCSP por la Ley de garantía de la unidad de mercado, que les obliga a hacer pública en la «Plataforma de Contratos del Sector Público» determinada información sobre los contratos públicos que adjudican.

El cambio de denominación y «la creación» de la Plataforma de Contratación del Sector Público[14], constituyen un paso muy positivo en la centralización de la información generada por la actividad contractual de los poderes públicos. No obstante, se trata de una medida que llega con casi una década de retraso, ya que habría sido adecuado que la antigua Plataforma de Contratos del Estado regulada en la extinta LCSP, que hay que recordar que transpuso con casi dos años de retraso la Directiva 2004/18/CE, hubiese recogido por imperativo legal la publicidad de los contratos de todo el Sector Público, no siendo disponible y voluntaria dicha publicación para los Órganos de Contratación no pertenecientes al Sector Público Estatal, como efectivamente acabó siendo.

De hecho, cuando la Ley de garantía de unidad de mercado que prevé la sustitución de la Plataforma de Contratación del Estado por la Plataforma de Contratos del Sector Público era todavía un proyecto de Ley, nosotros proponíamos la creación de un perfil del comprador europeo que actuase como «una ventanilla única de contratación pública» a nivel Comunitario, con la finalidad de que cualquier poder económico interesado pudiese, a través de la misma, acceder a toda la información en materia de contratos públicos de toda la Unión[15]. La creación de Plataformas Estatales en las que se centralice toda la información contractual de los poderes públicos facilitaría la creación de una plataforma comunitaria de contratos públicos, al ser necesaria únicamente una plataforma electrónica en la que

14. Sobre la Plataforma de contratación del sector público puede consultarse García Jiménez, A., «La Plataforma de contratación del Sector Público y su incidencia en las Entidades Locales», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 24, 2014, pp. 2661 a 2670.
15. García Jiménez, A., «El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública», *op. cit*.

se encontrasen interconectadas las diferentes plataformas de cada uno de los Estados miembros.

La disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de Mercado establece que en la Plataforma de Contratación del Sector Público «se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información 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».

Según se desprende del tenor de la anterior disposición adicional, existen dos posibles vías para dar cumplimiento a la obligación de publicar la convocatoria de licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público por los órganos de contratación no pertenecientes al Sector Público Estatal, ya que cabe recordar que estos últimos vienen obligados a utilizar la Plataforma como perfil de contratante propio.

Por lo tanto, los órganos de contratación de las comunidades autónomas y de las entidades locales podrían adoptar alguna de las dos alternativas siguientes:

A) La primera consistiría en la Adhesión a la Plataforma de Contratación del Sector Público, alojando su perfil de contratante en la misma.

B) La segunda supondría la agregación de información en la Plataforma de Contratación del Sector Público mediante mecanismos de interconexión, manteniendo su perfil de contratante fuera de la Plataforma de Contratación del Sector Público, pero notificando a esta la información que se publica.

2. UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS DECISIONES DE COMPRA PÚBLICA: MECANISMOS DE GOBIERNO ABIERTO

Las tecnologías de la información y la comunicación permiten a las Administraciones Públicas interactuar con los ciudadanos en tiempo real, por lo que se convierten en un instrumento muy útil a la hora de conocer la opinión de los ciudadanos por parte de las administraciones públicas. En el ámbito de la contratación pública es bien conocido que la decisión política de adquirir un determinado bien o servicio y la elaboración posterior de los pliegos que regirán la contratación, constituyen una de las vías típicas

de adjudicación de «los contratos a la carta», en la que la discrecionalidad política desvía el interés público hacia la consecución de intereses privados que nada tienen que ver con el primero.

Ante esta situación, cabe hacerse la pregunta de si es posible y recomendable utilizar las TICs para articular procedimientos de consulta a los ciudadanos sobre la conveniencia y oportunidad de realizar determinados procedimientos de obra pública o de adquisición de obras y servicios de cierta envergadura. La posibilidad de que los ciudadanos puedan emitir su opinión a través de medios electrónicos supondría un interesante ejercicio de gobierno abierto e incremento de la calidad democrática, tan denostada últimamente, al tiempo que se reforzaría el mandato previsto en el artículo 23 de la Constitución Española.

De igual forma, sería una buena manera de dar cumplimiento al artículo 22.1 del TRLCSP, el cual regula la necesidad e idoneidad del contrato, para lo cual prevé que «los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación». Entendemos que la ciudadanía debe tener la oportunidad de poder formar parte en la decisión del órgano de «la necesidad e idoneidad» del contrato.

No obstante lo anterior, surge aquí la problemática de que a pesar del altísimo número de usuarios de Internet y de las redes sociales, todavía existe un importante sector de la sociedad que no está habituado y preparado para hacer uso de las mismas, sobre todo personas de avanzada edad que han sufrido los efectos de la llamada «brecha digital». Bien podría parecer que la adopción de decisiones sobre compra pública a través de las TICs supondría un supuesto de exclusión del anterior colectivo, pero lo cierto es que la utilización de esta herramienta dotaría de mayor democracia las decisiones de compra pública y dentro de unos años prácticamente nadie carecerá de nociones de informática para poder participar en las consultas o encuestas telemáticas. Asimismo y hasta que la brecha digital desaparezca casi por completo, las Administraciones podrían habilitar mecanismos alternativos para poder conocer la voluntad de estos ciudadanos que acrediten no poseer unos niveles óptimos de conocimiento sobre telemática y ofimática que les permitan participar, tales como la

presentación de su propuesta en formato papel directamente en el registro del órgano o a través de correo postal, siempre con las garantías necesarias para garantizar su anonimato.

Una propuesta que formulamos para llevar a cabo estas consultas es la de que un órgano haga público el dinero disponible para la realización de compras públicas y exponga qué alternativas son las que barajea para ese fin. Los ciudadanos accederían a la correspondiente plataforma electrónica y se autenticarían a través de su certificado digital personal, lo que garantizaría la autenticidad de la persona y que no votase más de una vez. Una vez elegida la propuesta, podrían someterse a votación otras cuestiones de la obra, bien o servicio a adquirir.

Con este procedimiento se persiguen dos objetivos fundamentalmente: el primero de ellos es permitir la participación democrática de los ciudadanos en los procesos de compra pública, si bien es cierto que por la cantidad de contratos que son adjudicados cada año sería casi imposible aplicarlo a todos, sí que se debería de hacer con aquellos que revistan mayor importancia, ya sea por su cuantía o por contener alguna peculiaridad que convierta al contrato en relevante para la sociedad al que va dirigido.

Efectivamente, la aplicación de este procedimiento a aquellos contratos de escasa cuantía y repetitivos destinados a la adquisición de productos o servicios rutinarios para el buen funcionamiento del órgano no tendría excesiva motivación y podría suponer más bien un entorpecimiento a la labor licitadora del poder adjudicador, si bien para aquellos contratos no repetitivos o que conlleven un gasto relevante sí que es interesante la aplicación de algún tipo de plataforma informática que permita conocer de primera mano la opinión de la ciudadanía, y por lo tanto de los contribuyentes que en última instancia financian con el pago de sus obligaciones tributarias los procesos de compra pública.

La consulta electrónica a los ciudadanos no solo tiene las ventajas de fortalecer la democracia directa y la participación de los anteriores en los asuntos públicos[16], sino que además puede contribuir a reducir sustancialmente la discrecionalidad de los poderes políticos a la hora de decidir en

16. En este sentido Valero Torrijos afirmaba que «el carácter democrático de nuestra Administración debería reforzarse más allá de meras declaraciones formales recogidas en normas constitucionales y legales. Más aún, sólo con mayores dosis de transparencia podrá conocerse la realidad de la actuación administrativa y, en consecuencia, permitirse que los ciudadanos ejerzamos nuestros derechos formalizadamente a través de los oportunos recursos, quejas o reclamaciones». Valero Torrijos, J., «El acceso y la reutilización de la información administrativa», *Diario La Ley* de 17 de febrero de 2012, pp. 10 y ss.

qué invertir el dinero público, ya que la ciudadanía podría hacer propuestas distintas de las inicialmente presentadas o expresar su disconformidad con determinadas inversiones en compra pública, y seguramente con la articulación de este tipo de procesos en España no se habrían destinado muchos miles de millones de euros a obras materializadas en autopistas, aeropuertos, pabellones o palacios que no tienen ninguna utilidad y cuya realización únicamente ha respondido a la desviación del interés general para el interés privado de determinados políticos y empresarios con escasos principios morales y éticos.

IV. CONCLUSIONES

Pese a la configuración legislativa del Derecho a la Buena Administración en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, entendemos que su reconocimiento debe extenderse en los términos claros y simples en los que se recoge en la norma, más allá de las relaciones entre las Instituciones de la Unión y los ciudadanos. Así lo exige el papel central que ocupa el mismo tanto en los distintos ordenamientos jurídicos europeos, como en la reconfiguración del Derecho administrativo de la Unión y de los distintos países miembros. Esta extensión se tiene que ampliar especialmente al ámbito de la contratación pública, una de las políticas públicas más relevantes que en la actualidad tienen lugar en la Unión, a donde ya ha llegado en algunas ocasiones por vía jurisprudencial, a través de las resoluciones del TJUE.

También en la normativa europea sobre contratos encontramos manifestaciones del mismo, siendo claros exponentes de lo anterior la Directiva de Recursos y la articulación de la figura del perfil de contratante. Encontramos reflejado el Derecho a la Buena Administración en la Directiva de Recursos tanto en relación al derecho a ser oído como respecto al derecho a la información, inevitablemente ligado al anterior. Nos parece especialmente importante la mención recogida en la Directiva 2014/24/UE de que se articulen, aprovechando instituciones previamente existentes, mecanismos para que ciudadanos, partes interesadas organizadas o no y otras personas y organismos que no tienen acceso a los procedimientos de recurso, puedan señalar posibles ilegalidades.

Por otra parte, la centralización de la información en plataformas electrónicas facilita el acceso de los poderes económicos a las licitaciones existentes, al tiempo que permite a los ciudadanos enjuiciar la labor de los poderes públicos al permitirles conocer de primera mano en qué y cómo se gastan los recursos públicos destinados a compras públicas, pues como

advierte Gimeno Feliú «la contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar y reflexionar la función y el efecto de la transparencia y de la igualdad de trato»[17].

Asimismo, creemos que es interesante propiciar la participación ciudadana en las políticas de compras públicas, como un ejercicio de mejora de la calidad democrática, lo que podría reducir la discrecionalidad política y atender mejor las necesidades sociales existentes en cada momento, sobre todo en épocas de crisis como la que estamos viviendo.

V. BIBLIOGRAFÍA

Arrowsmith, S., *The Law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, Thomson Reuters, London, 2014.

Cerrillo i Martínez, A., *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

García Jiménez, A., «El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública», *Revista de Administración Pública*, nº 192, 2013.

– «La Plataforma de contratación del Sector Público y su incidencia en las Entidades Locales», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 24, 2014.

Gimeno Feliú, J. Mª, «Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública: hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA*, nº 159, 2013.

– «*El nuevo paquete legislativo Comunitario sobre Contratación Pública: de la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

González-Varas Ibáñez, S., «La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales», *Documentación Administrativa*, 288, 2010, pp. 43 a 64.

Martínez Gutiérrez, R., «La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. Límites legales a las potestades discrecionales y la aportación de las TIC», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 34, 2014.

Nieto Garrido, E. y Martín Delgado, I., *European Administrative Law in the Constitutional Treaty,* Hart Publishing, Oxford, 2007.

17. Gimeno Feliú, J. Mª, *El nuevo paquete legislativo Comunitario sobre Contratación Pública: de la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 22.

PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

– «Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 11, 2014.

PONCE SOLÉ, J. y CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., «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.

VALA KRISTJÁNSDÓTTIR, M., «Good Administration as a Fundamental Right», *Icelandic Review of Politics and Administration*, vol. 9, Issue 1, 2013.

VALERO TORRIJOS, J., «El acceso y la reutilización de la información administrativa», *Diario La Ley* de 17 de febrero de 2012.

Capítulo XVI

La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TERESA MEDINA ARNÁIZ
Profesora colaboradora de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR. III. LOS COMPORTAMIENTOS QUE AFECTAN A LA CREDIBILIDAD PROFESIONAL DEL CANDIDATO O LICITADOR Y QUE PUEDEN HABILITAR UNA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR.

RESUMEN

La presente comunicación aborda la interpretación que de las causas de exclusión de la participación en un contrato lleva a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en alguna de sus últimas sentencias[1]. Estas sentencias, aunque tienen su origen en distintas peticiones de decisión prejudicial respecto de diferentes aspectos vinculados al artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE, nos ayudarán a reflexionar sobre las conductas del candidato o licitador que determinan la pérdida de la credibilidad

1. Sentencias de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13; de 11 de diciembre de 2014, *Croce Amica One Italia*, C-440/13; de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13 y de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12.

necesaria para llegar a ser contratista y que también encuentran acomodo en las nuevas Directivas sobre esta materia.

I. INTRODUCCIÓN

El bloque normativo de la Unión Europea en materia de contratos públicos se fundamenta en dos tipos de fuentes: el Derecho originario o primario del cual emanan los grandes principios que cimentan dicha normativa, y el Derecho derivado, integrado, principalmente, por Directivas que aspiran a una aproximación de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros en esta materia. Su objetivo principal consiste en eliminar las restricciones a las libertades fundamentales y favorecer una competencia no falseada y lo más amplia posible en todos los Estados miembros[2].

En la conformación de este marco jurídico, es preciso también poner de relieve que la jurisprudencia del TJUE está desempeñando un papel fundamental en el desarrollo de la regulación europea sobre contratos públicos contribuyendo a formar un verdadero *corpus iuris* en esta materia[3]. En particular, y a los efectos de esta comunicación, el Tribunal de Justicia viene aclarando ciertos conceptos confusos e insistiendo en la necesidad de que las entidades que tienen la condición de poderes adjudicadores respeten las obligaciones que derivan del Derecho originario en el momento de celebrar sus contratos, aun cuando dichos contratos no están comprendidos en el ámbito de aplicación material de las Directivas sobre contratación pública[4], o cuando éstas prevean –como es el caso que nos

2. En este sentido, puede consultarse las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, *Data Medical Service*, C-568/13, apartado 34; de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, C-305/08, Rec. p. I-12129, apartado 37; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07, Rec. p. I-4219, apartado 26; de 24 de enero de 2008, *Lianakis*, C-532/06, Rec. p. I-251, apartado 39 y de 13 de noviembre de 2007, *Comisión/Irlanda*, C-507/03, Rec. p. I-9777, apartado 27.

3. Moreno Molina, J. A.: "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos", *RAP*, nº 151, 2000, p. 319; Razquin Lizarraga, M. Mª.: "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública", *Justicia Administrativa*, nº 6, 2000, pp. 5-32, y Moreno Molina, J. A. y Domínguez Alonso, A. P.: "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", en el libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, p. 139.

4. Véanse, en este sentido, sus sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 a 62; de 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 a 19; de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 49; de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec. p. I-8457, apartado 25, así como de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, Rec. p. I-2815, apartado 33. Asimismo, resulta de interés,

ocupa– restricciones a la aptitud para contratar y, especialmente, respecto de las prohibiciones de contratar.

El examen de las causas de prohibición de contratar en la regulación contractual de los Estados miembros ha puesto de relieve una serie de problemas de adecuación con el Derecho europeo que provienen de la propia indefinición de las Directivas respecto de conceptos como son el de «moralidad profesional» (artículo 45.1 de la derogada Directiva 2004/18/CE)[5], o como sigue siendo el de «falta profesional grave» (artículo 57.4.c) la Directiva 2014/24/UE).

En atención a ello, el objeto de esta comunicación es la interpretación que el TJUE ofrece de la expresión «falta grave en materia profesional» respecto de los motivos que permiten excluir a un operador económico de la participación en un contrato público por razones relacionadas con su actividad profesional. Esta labor nos lleva, en primer lugar, a contemplar la admisibilidad de estas circunstancias a la luz de los principios del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, y en especial del principio de proporcionalidad.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR

Los principios generales derivados del Derecho primario de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos se nos muestran como el elemento que sirve de soporte a las exigencias derivadas de las libertades garantizadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y son una referencia obligada para conformar el sistema de contratación pública a nivel europeo[6]. A este respecto hay que señalar que, según

---

Chinchilla Marín, C.: "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas", en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79.

5. El concepto de falta de «moralidad profesional» sigue contemplándose en el artículo 39.2.c) de la Directiva 2009/81/CE, relativa a la contratación en los sectores de la defensa y seguridad, como presupuesto que habilita una prohibición de contratar. Igualmente, el considerando septuagésimo de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, se refiere a una «falta grave de ética profesional» como causa que puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y, por tanto, hacerle no apto como adjudicatario de un contrato de concesión.

6. Sobre esta materia resulta de interés Moreno Molina, J. A.: *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006; Moreno

reiterada jurisprudencia del TJUE, los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia constituyen la base de las Directivas de la Unión en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos (considerando primero de la Directiva 2014/24/UE) y son de aplicación a todos los contratos aun cuando éstos se encuentren excluidos del ámbito de aplicación de las mismas por razón de su objeto o de su cuantía[7].

La relación de circunstancias que, en caso de concurrir, constituyen un impedimento legal para poder contratar, obedece a la aplicación de estos principios y son la razón última por la cual se ha reconocido que los Estados miembros tienen la facultad de establecer, además de las causas de exclusión explícitamente recogidas en las Directivas, otras prohibiciones de contratar siempre que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad, como sucede en el caso de las prohibiciones por razón de conflicto de intereses[8].

En este orden de cosas, y dado que las prohibiciones de contratar constituyen una restricción a una participación lo más amplia posible de interesados en una licitación– lo que se entiende como *«favor participationis»*–, sólo se considerarán justificadas si persiguen un objetivo de protección del interés general, de mantenimiento de la rectitud en la competencia

---

Molina, J. A.: "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación", en la obra colectiva *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas-Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3429-3454 y Gimeno Feliú, J. Mª.: "Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *REDA*, nº 159, julio-septiembre 2013, pp. 39-105.

7. El legislador europeo ha optado expresamente por dejar al margen de la aplicación de las Directivas sobre contratación pública a los contratos que sean inferiores a un determinado umbral económico, sin imponer, por tanto, ninguna obligación específica por lo que a ellos respecta, más allá del respeto a las normas del Derecho originario. Véase el Auto del TJCE de 3 de diciembre de 2001, *Vestergaard*, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartados 19 y 20 y su sentencia de 2 de febrero de 2008, *Comisión/Italia*, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 65.

8. El TJUE ya se ha referido en distintas ocasiones a las causas de prohibición de contratar, concretamente en sus sentencias de 9 de febrero de 2006, *La Cascina y otros*, C-226/04 y C-228/04, Rec. p. I-1347; de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07, Rec. p. I-4219; de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, C-376/08; de 15 de julio de 2010, *Bâtiments y Ponts Construction*, C-74/09, Rec. p. I-7271 y de 13 de diciembre de 2012, *Forposta SA*, C-465/11.

y siempre que cumpla el principio de proporcionalidad[9]. De esta manera, es necesaria la búsqueda de un difícil equilibrio entre: garantizar el interés del órgano de contratación en no contratar con quienes, en atención a su comportamiento, no son merecedores de su debida confianza; tutelar el cumplimiento del principio de igualdad a la hora de aplicar tales prohibiciones y, por último, asegurar que estas restricciones no van más allá de lo necesario para cumplir con las finalidades previstas en las Directivas a fin de exigir que estas prohibiciones no constituyan una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma del derecho al acceso a la contratación pública y dificulten la realización de las libertades fundamentales establecidas en los Tratados.

Referido a la contratación pública, y concretamente a la selección del contratista, el principio de proporcionalidad presenta dos vertientes. La primera se refiere a que un Estado miembro, si quiere ajustarse a los parámetros de legalidad impuestos para el efectivo cumplimento de las libertades de la Unión, no debe exigir a los licitadores y candidatos unas cualidades profesionales relativas a sus capacidades o solvencia que resulten desproporcionadas en relación con el objeto contractual. La segunda alude a la calificación de las prohibiciones de contratar como medida restrictiva de un derecho que, como tal, exige que la interpretación de las circunstancias que determinan las causas legales de prohibición de contratar deba ser estricta, e igualmente, que las medidas adoptadas por los Estados miembros para incorporar a su legislación nacional estas causas de exclusión sean adecuadas para garantizar el objetivo que pretenden lograr y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo[10].

Las actuales Directivas sobre contratación pública contienen una enumeración exhaustiva de las causas por las cuales un licitador o candidato debe, en unos casos («motivos obligatorios»), y puede en otros («motivos facultati-

9. En este sentido, véase las cuestiones de la decisión prejudicial que dieron por resultado la STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13.

10. STJUE de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, apartado 31, con cita expresa a la sentencia de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, C-376/08, apartado 44. Recordemos que el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que disponga la exclusión automática de la participación de un operador económico en un procedimiento de adjudicación de un contrato, el rechazo automático de las ofertas o la adopción de medidas que no guarden proporción con el fin pretendido (STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Forposta SA*, C-465/11). Sobre el principio de proporcionalidad resulta de interés Carlón Ruiz, M.: "El principio de proporcionalidad", en la obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, (Las Rozas) Madrid, 2010, concretamente las pp. 209 a 215.

vos») ser excluido de un procedimiento de licitación (artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 80 de la Directiva 2014/25/UE[11].

Estos criterios de selección cualitativa que se refieren a la seriedad profesional, a la solvencia y a la fiabilidad de quienes pretenden llegar a ser contratistas[12], cumplen, a juicio del legislador europeo, con el cometido de mediar entre la necesaria concurrencia y el interés por evitar que se adjudiquen contratos públicos a aquellos operadores económicos que se encuentren en determinadas situaciones consideradas contrarias al interés general (centésimo primer considerando de la Directiva 2014/24/UE). No obstante, en el contexto de voluntariedad respecto de la incorporación de los motivos de exclusión facultativos, son los Estados miembros los que tienen la potestad de contemplar en su normativa contractual estas causas de prohibición de manera más o menos flexible, si bien obligados por la aplicación de los principios referidos.

Centrada la cuestión en estos términos, procede analizar cuál es el alcance de las prohibiciones de contratar de carácter facultativo para los Estados miembros, y más concretamente, el significado que debe imprimirse a la expresión «falta profesional grave» que todavía tiene reflejo en las Directivas sobre contratación pública, y que fue objeto de interpretación en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-465/11, *Forposta SA*. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de «falta en materia profesional», mencionado en el derogado artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18/CE, "abarca cualquier comportamiento del operador económico que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión, y no sólo, en sentido estricto, las infracciones de las normas deontológicas de la profesión a que pertenece el operador económico que sean declaradas por el órgano dis-

11. A pesar de lo dicho, estas exclusiones no son novedosas en las Directivas sobre contratación pública, puesto que desde la aprobación de la Directiva 71/305/CEE (obras), se contempla la posibilidad de excluir de los procedimientos de contratación pública a aquellos licitadores o candidatos incursos en determinadas circunstancias merecedoras de falta de fiabilidad.

12. El TJCE ha diferenciado, en distintas ocasiones, entre los criterios de selección cualitativa y los criterios de adjudicación de un contrato, manifestando que los primeros se refieren a la verificación de la aptitud de los candidatos y licitadores, mientras que los criterios de adjudicación se ocupan de seleccionar la oferta más acorde a las necesidades del órgano de contratación. Véase, a este respecto, las sentencias del TJCE de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 59 a 64; de 24 de enero de 2008, *Lianakis*, C-532/06, Rec. p. I-251 y de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni*, C-94/12.

ciplinario previsto en el ámbito de dicha profesión o por una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada".

III. LOS COMPORTAMIENTOS QUE AFECTAN A LA CREDIBILIDAD PROFESIONAL DEL CANDIDATO O LICITADOR Y QUE PUEDEN HABILITAR UNA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

El artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE dispone que "los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones: cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad"[13].

Teniendo en cuenta los términos utilizados por la Directiva, la aplicación de cualquiera de supuestos de exclusión de este artículo queda bajo la consideración de *prohibiciones de carácter facultativo* como atestigua la expresión "podrán excluir […]" que figura al inicio de dicha disposición, quedando en la competencia de los Estados miembros la precisión de las condiciones de su aplicación (apartado séptimo de este mismo artículo).

Ahora bien, aun tratándose de una competencia nacional, y en virtud del principio de seguridad jurídica, hubiera resultado de utilidad haber delimitado las conductas consideradas reprobables a la luz de la normativa europea, ya que la imprecisión conceptual sobre la comisión de una «falta en materia profesional», se ha venido reproduciendo en algunas normativas nacionales al transponer los dictados del artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE como es, por ejemplo, el caso de la legislación belga[14] o luxem-

13. En la versión portuguesa, en vez de hablar de la integridad del operador económico, se opta por la utilización de una expresión que entiendo más apropiada como es la de idoneidad del operador económico "*Se a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer meio adequado, que o operador económico cometeu qualquer falta profissional grave que põe em causa a sua idoneidade*".

14. El artículo 61.2 del Real Decreto, de 15 de julio de 2011, sobre la adjudicación de contratos públicos en los sectores clásicos –*Arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques*– y el artículo 17.2 del Real Decreto de 8 de enero de 1996, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contratos Públicos, de 15 junio de 2006– *Loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services* (versión de 29 de agosto 2011) señalan que "pueden ser excluidos del acceso al mercado, en cualquier etapa del procedimiento el candidato o licitador: 3º que sea objeto de una condena impuesta por una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada por un delito que

burguesa[15], sin que *a priori* se conozcan con exactitud las conductas comprendidas bajo tal consideración.

Ante la falta de precisión por parte de las Directivas de las conductas que pueden constituir la comisión de una «falta en materia profesional», la Directiva 2014/24/UE –como ya lo hiciera la Directiva 2004/18/CE[16]– ejemplifica en distintos de sus considerandos los supuestos que pueden quedar comprendidos bajo esta prohibición de contratar[17].

Es así que, entiende que (i) el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los convenios colectivos "podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público" (considerando trigésimo noveno); (ii) que "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 las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial" (centésimo primer considerando), e igualmente, que (iii) se debe "poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de

---

afecte a su moralidad profesional; y 4º que, en materia profesional, haya cometido una falta grave" [traducción propia].

15. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 223 del Reglamento de ejecución de la Ley de Contratos Públicos –*Règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics*– podrá ser excluido de la participación en el contrato, cualquier operador económico: c) que ha sido condenado por una sentencia con fuerza de cosa juzgada según las disposiciones legales del país por un delito que afecte a su moralidad profesional y d) ha sido declarado culpable de mala conducta profesional comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar [traducción propia].
16. Los considerandos trigésimo cuarto y cuadragésimo tercero de la Directiva 2004/18/CE, sin establecer una lista exhaustiva de supuestos comprendidos bajo esta expresión, aluden a la falta profesional en dos concretos ámbitos de actuación: el desplazamiento transnacional de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y la igualdad de trato de los trabajadores en materia de empleo y ocupación.
17. Aunque es sabido que los considerandos de una Directiva carecen en sí mismos de valor jurídico vinculante, la determinación del significado y del alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte y, en este sentido, la Exposición de motivos de un acto de la Unión ofrece elementos de interés a fin de precisar el contenido del mismo.

los requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico" (centésimo primer considerando).

Habida cuenta del nuevo contexto normativo del artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE –y atendiendo a los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJUE– entre las conductas que en todo caso habilitan estas prohibiciones de contratar por falta de idoneidad profesional suficiente, tendremos que entender incluidas:

- Aquellas que confirman judicialmente o en vía administrativa la infracción de las normas sobre competencia por formalizar acuerdos ilícitos entre operadores económicos a fin de proceder a un reparto del mercado o a la fijación de precios «*bid-rigging*» (sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13)[18];
- Las conductas que vulneran la igualdad de oportunidades entre licitadores al disfrutar de una posición de ventaja frente al resto de sus competidores, tal como ocurre, por ejemplo, en el supuesto de aquellos operadores económicos que no han cumplido con el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, o con sus obligaciones tributarias (sentencia de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12)[19].
- Los incumplimientos graves de las obligaciones contractuales imputables al contratista previa apreciación del comportamien-

18. López Miño, A. y Valcárcel Fernández, P., destacaban la novedad de la Directiva 2014/24/UE en encomendar a los poderes adjudicadores la persecución del *bid rigging* en la contratación pública habilitándoles incluso para prohibir su participación en un procedimiento de adjudicación, en López Miño, A. y Valcárcel Fernández, P., "Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/14/UE sobre contratación pública", en la obra colectiva *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 458 y 459.
19. Precisamente, y según indicaba el *Informe Anual 2010 sobre la protección de los intereses financieros de la UE*, la causa más frecuente para la exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación contractual es el impago de las cotizaciones sociales e impuestos recogidas en el artículo 45.2.letras e) y f) de la Directiva 2004/18/CE, COM (2011) 595 final, de 29 de septiembre de 2011, p. 25.

to culposo que se le imputa (sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Forposta SA*, C-465/11)[20].

Así pues, y ante las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del respeto al principio de igualdad, entendemos que con estas prohibiciones pudieran llegar a protegerse los derechos de los operadores económicos que acatan la legislación frente a aquellos que no lo hacen, impidiendo que éstos adquirieran ventajas en el proceso contractual derivadas de no cumplir la normativa. Se trata de evitar que, en detrimento del interés general, –y en palabras de la Abogado general Sra. Juliane Kokot– "«ovejas negras» que, por ejemplo, no paguen sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social, acaben presentado ofertas más ventajosas que sus competidores y que de esa manera consigan contratos públicos"[21].

IV. CONCLUSIONES

Las sentencias del TJUE en torno a las causas de exclusión recogidas en las Directivas de la Unión con un carácter facultativo para los Estados miembros contribuyen a aclarar alguna de las imprecisiones conceptuales que presenta la normativa europea[22], y debería ayudar a los Estados a precisar las prohibiciones de contratar en sus sistemas nacionales en el momento de su transposición.

20. Esta prohibición de contratar en el Derecho español es tratada por Barrero Rodríguez, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid, 2.ª edición 2011. Bermejo Vera, J.; Voz «Prohibiciones de contratar», en el *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 537-552 y Gallego Córcoles, I.; "Capacidad y solvencia del empresario", en la obra colectiva *Contratación del sector público local*, 2ª ed., La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, especialmente pp. 404-451.

21. Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokot presentadas el 15 de abril de 2010 en el asunto *Bâtiments y Ponts Construction*, C-74/09, apartado 50.

22. Hemos de destacar que al margen de las Directivas sobre contratación pública, los términos utilizados por la normativa de la Unión para referirse a estas prohibiciones de contratar resultan de lo más variado y aluden a la «conducta profesional», «honestidad profesional» y «ética profesional» del candidato o licitador, como sucede por ejemplo en el Reglamento 966/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (DOUE L 298, de 26 de octubre de 2012); en el Reglamento de adquisiciones del Banco Central Europeo (DOUE L 184, de 14 de julio de 2007) o en la Decisión 2004/658/PESC, de 13 de septiembre, relativa a las disposiciones financieras aplicables al presupuesto general de la Agencia Europea de Defensa (DOUE L 300, de 29 de septiembre de 2004).

Ahora bien, en el momento actual, y a pesar de los avances, se pone de manifiesto que la aplicación coherente y efectiva de esta normativa en todos los Estados miembros se enfrenta a importantes inconvenientes en lo que respecta a hacer efectiva una prohibicion de contratar, máxime en un contexto que se pretende transfronterizo. Estos obstáculos, a mi entender no convenientemente resueltos por la normativa contractual, son: 1) La regulación europea de las prohibiciones de contratar sigue contemplando una serie de supuestos facultativos para los Estados miembros –que no de carácter obligatorios– aun cuando queda puesto de manifiesto que éstos tratan de mantener una competencia leal en el mercado contractual; y 2) la aplicación de las prohibiciones se sustenta en la necesidad de contar con sistemas de información de las infracciones cometidas por los licitadores o candidatos, ya que su conocimiento se convierte en el presupuesto de dicha prohibición de contratar.

V. BIBLIOGRAFÍA

Barrero Rodríguez, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid, 2.ª edición 2011.

Bermejo Vera, J.: Voz «Prohibiciones de contratar», en el *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 537-552.

Carlón Ruiz, M.: "El principio de proporcionalidad", en la obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, (Las Rozas) Madrid, 2010, pp. 203-230.

Chinchilla Marín, C.: "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas", en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79.

Gallego Córcoles, I.; "Capacidad y solvencia del empresario", en la obra colectiva *Contratación del sector público local*, 2ª ed., La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, especialmente pp. 404-451.

Gimeno Feliú, J. M.: "Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *REDA*, nº 159, julio-septiembre 2013, pp. 39-105.

López Miño, A. y Valcárcel Fernández, P.: "Colusión en la contratación pública (bid rigging): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/14/UE sobre contratación pública",

en la obra colectiva *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 425-487.

MEDINA ARNÁIZ, T. y TRYBUS, M.: "La transposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública en los Estados miembros", *NUE*, nº 298 noviembre, 2009, pp. 83-94.

MORENO MOLINA, J. A.: "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos", *RAP*, nº 151, enero - abril 2000, pp. 319-342.

– *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

– "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación", en la obra colectiva *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas-Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3429-3454.

MORENO MOLINA, J. A. y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P.: "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164.

Capítulo XVII

La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el Derecho español*

LUIS MÍGUEZ MACHO
Profesor titular de Derecho administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DESARROLLO. *1. La caracterización inicial de las concesiones de servicios en los documentos y el Derecho de la Unión Europea. 2. La transferencia del riesgo operacional como criterio definitorio de los contratos de concesión de obras y de servicios en la Directiva 2014/23/UE. 3. La configuración del contrato administrativo de gestión de servicios públicos en el Derecho español y el concepto de concesión de la Directiva 2014/23/UE. Perspectivas de futuro.* III. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La Directiva 2014/23/UE constituye la primera regulación general por la Unión Europea de algunos aspectos de las concesiones de servicios, que se abordan conjuntamente con las de obras, y se separan de la regulación armonizada de los demás contratos públicos. Esta normativa introduce novedades a la hora de definir los contratos de concesión y diferenciarlos de otros contratos públicos, como la consagración del criterio de

* La presente Comunicación se ha elaborado en el marco de la red "Empresa y Administración" (R 2014, 022), financiada por el Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia.

la transferencia del riesgo operacional entendido como riesgo de demanda o de suministro u oferta. En nuestro Ordenamiento jurídico, desde la Ley de contratos del Estado de 1965 las concesiones de servicios públicos se consideran una de las modalidades del contrato administrativo de gestión de servicios públicos, lo que obliga a plantearse las repercusiones que la nueva Directiva puede producir tanto sobre la propia subsistencia de este tipo de contrato administrativo como sobre la distinción de la concesión de servicios con otros contratos públicos y, en especial, con los de servicios.

I. INTRODUCCIÓN

Esta Comunicación se presenta a la tercera ponencia sectorial del *X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, que versa sobre el tema "Las nuevas Directivas de Contratación Pública". Su objeto es plantear las repercusiones que la regulación de algunos aspectos de las concesiones de servicios por la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, puede tener para la caracterización de los distintos tipos de contratos públicos en el Ordenamiento jurídico español. Hasta esa Directiva, el Derecho de la Unión Europea no contaba con una regulación general de los contratos de concesión de servicios, y las normas relativas a las concesiones de obras públicas se recogían con las de los demás contratos públicos[1]. Ahora, en cambio, se ha optado por dictar normas comunes para los contratos de concesión de obras y de servicios en una directiva separada de la que se ocupa de los demás contratos públicos[2].

Por su parte, en el Derecho español, a diferencia de otros Ordenamientos jurídicos, las concesiones de servicios públicos vienen recibiendo una caracterización netamente contractual ya desde el texto articulado de la Ley de contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, como una de las modalidades del contrato administrativo de gestión de servicios públicos. Sin embargo, la doctrina científica ha puesto de re-

1. Las concesiones de servicios quedaban excluidas del ámbito de aplicación 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, por el artículo 17 de la misma (salvo en lo relativo a la obligación de respetar el principio de no discriminación por razones de nacionalidad en los contratos de suministro celebrados por el concesionario, de acuerdo con el artículo 3 de la norma). En cambio, las concesiones de obras públicas contaban con una regulación específica en el título III de dicha directiva.
2. 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.

lieve las dificultades para mantener la tradicional configuración de este contrato administrativo en el marco del Derecho de la Unión Europea, por la heterogeneidad que presentan sus distintas modalidades y por la necesidad de distinguirlo con claridad de los contratos públicos de servicios[3]. La nueva Directiva 2014/23/UE acrecienta si cabe estas dificultades, como se tratará de exponer en este trabajo.

Para ello, se analizarán los elementos de la definición de concesión de servicios formulada por la directiva que la distinguen de otros contratos públicos, quedando fuera del objeto del trabajo los demás aspectos de la regulación de las concesiones de servicios que no tienen relevancia a esos efectos[4]. En primer lugar, se analizará la caracterización inicial de las concesiones de servicios en los documentos y el Derecho de la Unión Europea. En segundo lugar, se estudiará el criterio de la transferencia del riesgo operacional como elemento definitorio de los contratos de concesión en la nueva directiva, con especial atención a las novedades que la misma introduce en este ámbito con respecto a documentos anteriores de la Unión Europea y, en particular, la sustitución del riesgo de disponibilidad por el de suministro u oferta. Por último, se abordará la cuestión de la compatibilidad de la configuración tradicional del contrato administrativo de gestión de servicios públicos en el Derecho español con el concepto de concesión de la directiva y las repercusiones que ello pueda tener para la futura regulación de dicho contrato.

3. Véase, por todos, Martín M.ª Razquín Lizárraga, "El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)", *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 2, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 3567 y ss.

4. Un estudio completo y riguroso de la regulación de las concesiones de servicios en la nueva directiva puede encontrarse en la ponencia presentada al *X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* por Francisco L. Hernández González, "La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado", *http://www.aepda.es/*, a la que cabe remitirse para todos los aspectos de esa regulación que no se abordan en el presente trabajo. Véase también Francisca Villalba Pérez, "La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, nº 2, 2014, *http://revistasonline.inap.es/*.

II. DESARROLLO

1. LA CARACTERIZACIÓN INICIAL DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS EN LOS DOCUMENTOS Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La primera definición general de las concesiones de servicios en documentos oficiales de la Unión Europea se puede encontrar en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario[5]. Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la *opinio iuris*, este documento construye la definición por analogía con la de las concesiones de obras públicas, que en aquel momento estaba recogida en el artículo 1, letra d), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras[6]. Así, de acuerdo con el apartado 2.2 de la Comunicación interpretativa, "la concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza por una transferencia de la responsabilidad de explotación". En concreto, existiría concesión de servicios "cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas" (si bien la Comunicación matiza en nota a pie de página que "aun en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación"[7]). Por tanto, en este documento se considera que el modo de remuneración del operador es el elemento esencial que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Esto se complementa con la idea de que "la concesión de servicios incide normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuáles pueden existir derechos exclusivos o especiales"[8].

5. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C-121 de 2000, de 29 de abril.
6. Según ese precepto, concesión de obras públicas es el contrato que presenta los caracteres de los contratos públicos de obras definidos en la letra a) del mismo artículo, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.
7. Nota nº 13 de la Comunicación.
8. Sobre la posibilidad de identificar este requisito con los servicios públicos entendidos como actividades de relevancia económico-empresarial reservadas a la titularidad pública, véase José María Gimeno Feliú, "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 156, 2012, pp. 29 y ss.

En cambio, a efectos de la Comunicación resulta indiferente que la concesión se configure como un contrato o como un acto unilateral; lo relevante es que el Estado confíe a un tercero "la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación", entendiendo por servicios las actividades económicas a las que se refieren los actuales artículos 56 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por eso quedan excluidos de la misma los "actos por los que un poder público confiere una habilitación o concede una autorización para ejercer una actividad económica, por más que dichos actos puedan considerarse concesiones en algunos Estados miembros", así como los "actos cuyo objeto sean actividades de carácter no económico, como la escolarización obligatoria o la seguridad social".

La definición de la concesión de servicios construida por analogía a la de la concesión de obras públicas se recogió poco después en el artículo 1, apartado cuarto, 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[9]. Sin embargo, se vio matizada a continuación por el Libro verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004[10]. Este último, que engloba las concesiones dentro de la colaboración público-privada puramente contractual, señala en su párrafo 22 que el llamado "modelo de concesión" se caracterizaría no sólo por el modo de remuneración del contratista ("cánones [*sic*] abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos"), sino también por "el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control".

Estas dos características son justamente las que diferenciarían las concesiones de otras modalidades de colaboración público-privada también contractual. Según el párrafo 23 del Libro verde, "en otros tipos de organización, la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un

9. "La «concesión de servicios» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio". Sobre esta definición, véase Miguel Ángel Bernal Blay, *El contrato de concesión de obras públicas y otra técnicas "paraconcesionales"*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 202 y ss.

10. COM (2004) 327 final.

hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo IFP [Iniciativa de Financiación Pública]. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones [*sic*] abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra". No obstante, esta distinción resulta poco precisa, porque, como ya se ha señalado, la Comunicación interpretativa del año 2000 admitía que se pueda recurrir al sistema de "peajes ficticios" o, como se suele decir en nuestro país, "peajes en la sombra", sin que la operación deje de ser considerada una concesión[11].

2. LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO OPERACIONAL COMO CRITERIO DEFINITORIO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS Y DE SERVICIOS EN LA DIRECTIVA 2014/23/UE

La Directiva 2014/23/UE introduce relevantes novedades tanto frente a la definición de concesión de servicios que contenía la Directiva 2004/18/CE como respecto de la configuración que la misma recibía en los documentos de la Unión Europea antes reseñados. Según su artículo 5, número 1, letra b), la concesión de servicios es "un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago". Por consiguiente, lo primero que hay que destacar es que, como en nuestro Derecho, en la directiva se opta claramente por una configuración contractual de las concesiones de servicios, frente al escrupuloso respeto por las tradiciones jurídicas de los distintos Estados miembros que mostraban documentos anteriores de la Unión Europea en cuanto a la calificación jurídica del acto de otorgamiento de las mismas.

11. Para un análisis detallado de la distinción entre las dos modalidades de colaboración público-privada contractual que identifica el Libro verde y de las insuficiencias de esta caracterización, véase Luis Míguez Macho, "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", *Revista de Administración Pública*, nº 175, 2008, pp. 162 y ss. y María Hernando Rydings, *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 183 y ss.

En esta línea, los considerandos 12 al 16 de la directiva distinguen las concesiones de servicios de los siguientes supuestos: la mera financiación de una actividad mediante subvenciones; los regímenes en los que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a realizar una determinada tarea, sin selectividad alguna, que se dan en ámbitos como los servicios sociales; las autorizaciones o licencias en virtud de los cuales un Estado o autoridad pública establece las condiciones para el ejercicio de una actividad económica (pues, según señala la directiva, por lo general se conceden a petición del operador económico y no imponen obligaciones mutuamente vinculantes a las partes, sino que aquél es libre de renunciar al ejercicio de la actividad); las concesiones de dominio público; y los acuerdos que confieren derechos de paso relativos a la utilización de bienes públicos inmobiliarios para el suministro o explotación de líneas fijas o redes destinadas a prestar un servicio al público, en la medida en que tales acuerdos no impongan la obligación de suministro de servicios a la Administración o entidad pública o a los usuarios finales, ni impliquen adquisición alguna de servicios.

Asimismo, el objeto de la concesión de servicios ya no se define por referencia al contrato de servicios, sino por referencia a la concesión de obras, y de una manera esencialmente residual[12]. Con todo, a la hora de determinar qué se deban considerar servicios a estos efectos no parece que sea suficiente con esa definición residual o negativa ("servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a)"), por lo que habrá que acudir a la interpretación del concepto que deriva del propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; es decir, a falta de una definición específica, deberá entenderse por servicios aquellas actividades económicas que con carácter general son consideradas como tales en aplicación del Tratado[13].

El artículo 5, número 1, letra b), de la directiva aclara en un párrafo segundo que "la adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o

12. Critica esa definición residual Ximena Lazo Vitoria en "Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 129, 2014, p. 47, sin que las ligeras modificaciones que la propuesta de directiva experimentó en este punto al convertirse en el texto definitivo hayan mejorado sustancialmente dicha definición.
13. La lista de actividades contenida en el anexo II de la directiva es evidentemente muy incompleta, pues en absoluto recoge todos los servicios que pueden ser objeto de concesión.

el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable". De este modo, la caracterización de las concesiones de servicios a través del criterio de la remuneración del concesionario a cargo de tarifas abonadas por los usuarios (y de la consiguiente relación directa entre aquél y éstos) se ve sustituida por otra más amplia que borra las diferencias que el Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones establecía entre el modelo concesional y otras modalidades de colaboración público-privada contractual.

La Decisión de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat) 18/2004, de 11 de febrero de 2004, recomendaba que los activos vinculados a una operación de colaboración público-privada se considerasen activos no públicos y, por consiguiente, no se registrasen en el balance de las Administraciones públicas cuando se cumpliesen dos condiciones: que el socio privado asuma el riesgo de construcción y que soporte al menos uno de estos otros dos riesgos, el de disponibilidad o el vinculado a la demanda[14]. Esta recomendación se acoge en el vigente Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010)[15] para lo que éste denomina "asociaciones público-privadas". Así, el punto 20.284 del Manual del SEC 2010 señala que en estas operaciones "los riesgos y beneficios corresponden al operador si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financia-

14. Para un comentario de los criterios de Eurostat sobre esta cuestión, puede acudirse, entre otros, a Patricia Valcárcel Fernández, "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, pp. 448 y ss., Hernando Rydings, *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, cit., pp. 123 y ss. y Ana Belén Macho Pérez y Ester Marco Peñas, "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat", *Revista de Administración Pública*, nº 194, 2014, pp. 437-474.

15. Aprobado por el Reglamento (UE) 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.

ción en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos".

La Directiva 2014/23/UE corrige parcialmente este criterio contable para las concesiones de obras y de servicios, ya que el riesgo de disponibilidad se ve sustituido por el de suministro u oferta, mientras que el de demanda se mantiene. En el SEC 2010, por riesgo de disponibilidad se entiende "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" (punto 20.283, letra b), del Manual). Ahora bien, el considerando 20 de la directiva señala que "un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes" y por ello, "los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión".

Dejando a un lado la inexactitud que supone mezclar los riesgos vinculados a situaciones de fuerza mayor, que desde luego escapan al control de las partes, con los derivados de la calidad de la prestación del servicio y del correcto cumplimiento del contrato por parte del contratista, parece acertado excluir la transferencia del llamado "riesgo de disponibilidad" de los criterios definitorios de las concesiones, porque no cabe duda de que, tal como se viene entendiendo por los documentos contables de la Unión Europea, es un elemento inherente a cualquier contrato público. De hecho, en cualquier contrato público, al menos en Derecho español, es posible penalizar económicamente al contratista por los incumplimientos del contrato, incluyendo las deficiencias en la calidad de las prestaciones ejecutadas, si así se prevé en los pliegos y en el propio documento contractual (artículo 212 del vigente texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre)[16]. Por

16. Esto ya lo había advertido en nuestra doctrina Francisco Javier Villar Rojas cuando señalaba que en las concesiones sanitarias y de servicios sociales "es cierto que el concesionario asume algunos riesgos en cuanto al mantenimiento de las instalaciones y a la calidad de los servicios que presta, pero esto no es más que un contrato de servicios con una modalidad de pago vinculada con el cumplimiento de unos estándares. Poco o ningún riesgo concurre en estas concesiones, ninguno a los efectos de poder desplazar la inversión hacia la contabilidad del empresario" ("La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", *Revista de Administración Pública*, nº 172, 2007, p. 172).

el contrario, lo que no sucede en otros contratos públicos, y por eso se trata de uno de los principales elementos caracterizadores de toda concesión de obras o de servicios, es que el contratista explote una obra o un servicio por encargo de la Administración o entidad contratante, como objeto del propio contrato y como fuente, única o no, de la retribución que recibe. Sin vinculación entre la retribución y la utilización de la obra o del servicio no se puede hablar propiamente de explotación económica de éstos y, en consecuencia, tampoco de concesión, con independencia de las convenciones que se establezcan en cada momento a efectos de contabilizar o no la operación en las cuentas públicas[17].

Sin embargo, resulta difícil de entender en qué se diferencia el nuevo criterio de la transferencia del riesgo de suministro u oferta del riesgo de demanda. Según el citado considerando 20 de la directiva "debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato", mientras que "debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda [«will not match demand», «ne corresponde pas à la demande»]". Podría pensarse que el riesgo de suministro u oferta es el riesgo de disponibilidad con otro nombre, puesto que este último implica que la prestación de los servicios no se ajusta a los requerimientos técnicos o de calidad con que aquéllos son demandados por la Administración o entidad contratante, sino fuera porque, como se acaba de exponer, el mismo considerando 20 excluye expresamente la transferencia al contratista de "los riesgos vinculados… a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico" como criterio definitorio de las concesiones de obras y de servicios. Además, durante la tramitación de la directiva se sustituyó premeditadamente la referencia al riesgo de disponibilidad por la referencia al riesgo de suministro u oferta, con lo que no

17. Para una crítica desde otro punto de vista del criterio de la transferencia del riesgo de disponibilidad, véase Luis Míguez Macho, "Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público", *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 193-194. En cambio, desde los operadores económicos de estos sectores lo que se critica es que se exija sin matices la transferencia del riesgo de demanda, ya que esto puede poner en peligro la propia viabilidad de las operaciones que nos ocupan (véase Ramón Vázquez Del Rey Villanueva, "Proyecto de directiva de concesiones", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 32, 2012, pp. 58 y ss.). Ahora bien, esta última línea argumental sería aplicable a las concesiones de obras, donde hay una infraestructura que mantener en condiciones de disponibilidad para su uso, pero no en principio a las de servicios.

parece razonable mantener que sean lo mismo[18]. Por consiguiente, y a falta de mayores aclaraciones en la directiva, da la impresión de que el riesgo de suministro u oferta no es otra cosa que el riesgo de demanda analizado desde la perspectiva del contratista, que, en particular en las concesiones de servicios, ha de disponer o preparar una oferta del servicio que luego puede encontrar respuesta en una demanda efectiva del mismo suficiente para cubrir inversiones y costes y obtener un beneficio, o no (en ello justamente radica el riesgo empresarial que debe existir en estas operaciones).

Así pues, cabe concluir que, para que se pueda entender que se produce la transferencia de este tipo de riesgos al concesionario, la retribución de éste debe hallarse vinculada a la demanda del servicio. Esto no implica que tengan que ser necesariamente los usuarios quienes abonen esa retribución, porque podría ser pagada de manera parcial o total por la Administración o entidad contratante siempre que la cuantía de la misma se haga depender de la demanda del servicio en una proporción suficiente para que el concesionario no tenga garantizada de antemano la recuperación de las inversiones y los costes de explotación en que incurra para la prestación de aquél.

3. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EL CONCEPTO DE CONCESIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/23/UE. PERSPECTIVAS DE FUTURO

En nuestro Ordenamiento jurídico, la Ley de contratos del Estado de 1965 configuró la concesión de servicio público como una de las modalidades del contrato administrativo de gestión de servicios públicos, al lado de la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta. Esta configuración ha permanecido esencialmente inalterada, a pesar de las innumerables modificaciones experimentadas desde aquella época por la legislación de contratos primero del Estado, luego de las Administraciones públicas y ahora del sector público. Ello no es de extrañar, si se tiene

18. En el artículo 2, apartado segundo, de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión (COM/2011/0897 final), se decía que "el riesgo económico puede ser de los dos tipos siguientes: […] b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios". Como se puede comprobar, el criterio de la transferencia del riesgo de disponibilidad ni siquiera sería aplicable a todas las concesiones, pues quedarían excluidas aquellas concesiones de servicios en las que la prestación del servicio a los usuarios no exige la utilización de una infraestructura.

en cuenta que, como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, hasta la Directiva 2014/23/UE el Derecho de la Unión Europea no contaba con una regulación general de las concesiones de servicios, con lo que uno de los principales motores de la evolución de la regulación española de los contratos públicos, que ha sido la influencia de aquél, no ha afectado directamente al contrato que nos ocupa.

La situación ha cambiado de manera sustancial con la nueva directiva, puesto que los contratos de concesión de servicios que cumplan los requisitos de aquélla se convierten en contratos sujetos a una regulación armonizada por la Unión Europea, y no parece operativo ni razonable contar con una normativa de transposición para estos contratos y otra diferente, incluso en la denominación del contrato, para los contratos de gestión de servicios públicos no sometidos a la directiva. Por tanto, la configuración tradicional del contrato que nos ocupa se vuelve difícilmente sostenible. En realidad, desde un punto de vista estrictamente técnico ya lo era con anterioridad, puesto que las cuatro modalidades del mismo, hoy recogidas y definidas en el artículo 277 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, no responden a criterios homogéneos[19]: las dos primeras, es decir, la concesión y la gestión interesada, se definen en función del régimen de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista; el concierto se caracteriza por el hecho de que el contratista "venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate"; y, por último, la sociedad de economía mixta ni siquiera es propiamente una modalidad contractual, sino un tipo de persona jurídica, que puede emplearse para ejecutar contratos de gestión de servicios públicos u otro tipo de contratos públicos y concesiones, tal como admite expresamente en la actualidad la disposición adicional vigésimo novena de propio texto refundido[20].

De estas cuatro modalidades, sólo resultaría aceptable técnicamente (aunque no imprescindible) mantener las dos primeras, si se quisiera diferenciar los casos en que el contratista asume la totalidad de los riesgos económicos que conlleva la gestión del servicio de aquellos otros en que los comparte con la Administración o entidad contratante. Sin embargo, para adaptarse a la nueva directiva, habría que precisar también que, en los supuestos de reparto de riesgos, la parte mayoritaria de los mismos

19. Véase Míguez Macho, "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", *cit.*, pp. 174 y ss.

20. Esta disposición adicional fue introducida originalmente en Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, por la disposición final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

tiene que recaer en todo caso en el contratista, de modo que éste no tenga garantizada de antemano la recuperación de las inversiones y gastos necesarios para la gestión del servicio por cuenta de la Administración o entidad contratante.

Esto último se relaciona con el problema añadido de que la legislación española de contratación pública vigente no delimita con claridad el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos[21]. El artículo 8, apartado primero, del texto refundido de la Ley de contratos del sector público define el contrato de gestión de servicios públicos sobre la base de que su objeto es la gestión de un servicio cuya prestación haya sido asumida como propia de su competencia por una Administración pública, es decir, un servicio público en el sentido subjetivo de esta controvertida expresión (actividad prestacional de titularidad pública, con independencia de que exista o no reserva al sector público que excluya la libre iniciativa privada). De ahí que el artículo 132 del texto refundido añada que "antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, *que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma*, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio". En cambio, la definición del contrato de servicios contenida en el artículo 10 del texto refundido se construye de manera residual con respecto a la del contrato de obra y a la del de suministro, pero sin relación alguna con la definición del contrato de gestión de servicios públicos; el precepto se limita a establecer que el objeto del contrato de servicios tiene que ser una prestación de hacer (sea de actividad, es decir, lo que en el ámbito de la contratación privada sería un arrendamiento de servicio, sea de resultado, lo que nos llevaría a un arrendamiento de obra) distinta de una obra o un suministro.

De esta manera, el objeto del contrato de gestión de servicios públicos encaja perfectamente en el del contrato de servicios, puesto que la gestión de un servicio público es una prestación de hacer distinta de una obra y

21. Este problema ya había sido puesto de manifiesto en relación con la anterior legislación de contratos de las Administraciones públicas, desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, por Martín M.ª Razquín Lizárraga en *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 252 y ss. Para un estudio exhaustivo de esta cuestión, hay que remitirse a Gimeno Feliú, "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP", *cit*., en especial pp. 29 y ss.

de un suministro[22]. Es cierto que no se puede decir lo mismo a la inversa, dado que no todo servicio que se presta a la Administración es un servicio público que se gestiona para la Administración en el sentido antes indicado, pero no cabe duda de que, con las definiciones legales analizadas, no queda suficientemente claro cuál debe el ser criterio de distinción entre uno y otro tipo de contrato. Tampoco ayuda mucho el artículo 281, apartado primero, del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, que apunta que "el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración", pero no exige que esa retribución vinculada a la utilización del servicio suponga para el contratista, como dice la Directiva 2014/23/UE, "una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable".

III. CONCLUSIONES

En definitiva, la actual legislación española de contratos públicos no recoge con la claridad deseable la transferencia del riesgo operacional como criterio de distinción entre el contrato de gestión de servicios públicos y el de servicios y, sin embargo, basa la definición del primero en un elemento, el concepto subjetivo de servicio público como actividad prestacional de titularidad pública, que no se menciona en la Directiva 2014/23/UE ni siquiera a la manera en que lo hacían otros documentos anteriores de la Unión Europea analizados en este trabajo, es decir, como actividad de competencia del Poder público. Por lo demás, en la directiva tampoco se ha incluido la exigencia de que en las concesiones de servicios el servicio se le preste directamente al público o al menos a terceros distintos de la propia Administración o entidad contratante.

Si descendemos a la casuística que se puede dar en la práctica, aparentemente con la nueva directiva un contrato para la gestión de un servicio

22. Como bien ha puesto de manifiesto Ximena Lazo Vitoria, "la remisión del artículo 10 del RDL 3/2011 (definición del contrato de servicio) al Anexo II no sirve como elemento de diferenciación definitiva entre dicho contrato y el que nos ocupa (gestión de servicios públicos) desde el momento que algunos de los servicios incluidos en dicho Anexo (como es el caso, entre otros, del transporte, el saneamiento o la salud) pueden ser calificados sin mayores dificultades como servicios públicos" ("El futuro del mercado concesional en Europa", *CEFLegal. Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 154, 2013, p. 143).

que no tiene la consideración de servicio público, como los que se prestan a las personas que frecuentan edificios o establecimientos públicos, y en los que los usuarios pagan de manera íntegra al contratista el coste de las prestaciones que libremente demandan, podría ser objeto de una concesión de servicios, puesto que hay sin duda transferencia del riesgo operacional, por más que la actividad no sea un servicio público[23]. Incluso aunque la Administración subvencionase total o parcialmente el precio, seguiría habiendo transferencia del riesgo operacional siempre que la clientela no fuese cautiva, es decir, tuviese libertad para demandar o no el servicio, porque el contratista no tendría garantizada una retribución que cubra las inversiones y costes en que ha incurrido para prestar aquél.

Por el contrario, los contratos para la gestión de servicios públicos formalmente declarados como tales, pero que se prestan a los administrados *uti universi* y no *uti singuli* (servicios de prestación indiferenciada), difícilmente admitirán su configuración como concesiones de servicios, dado que en ellos no hay demanda en sentido propio a la que se deba ajustar el suministro del servicio y que genere un riesgo que se pueda transferir al contratista. Más conocido y estudiado es el supuesto de los servicios públicos que se prestan a los administrados *uti singuli*, pero en los que éstos no pagan el coste de las prestaciones que reciben o pagan precios que no cubren ese coste, por lo que la Administración abona íntegramente o complementa la retribución del contratista. En estos casos tampoco hay propiamente transferencia del riesgo operacional, entendido como riesgo de demanda o de suministro, si la demanda del servicio está asegurada (como sucede en muchas ocasiones en los servicios de carácter social o asistencial) o la Administración, por motivos de carácter social, garantiza la continuidad del servicio con independencia del grado de utilización del mismo, cubriendo en todo caso las inversiones y costes del contratista[24].

23. Un ejemplo sería el contrato para la gestión del servicio de restauración o de cafetería en un edificio público, mencionado por Gimeno Feliú en "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP", *cit*., p. 31, en relación con la resolución 192/2011 del Tribunal administrativo central de recursos contractuales, que le negó la consideración de contrato de gestión de servicios públicos precisamente por la falta del carácter de servicio público de la actividad.

24. Véase Gimeno Feliú, "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP", *cit*., pp. 33-34.

Capítulo XVIII

Los efectos de los programas de *Compliance* en la contratación pública*

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DESARROLLO. *1. El* Compliance *como instrumento de autorregulación. 2. Los programas de* Compliance *en el «nuevo» Derecho de los contratos públicos. 3. Valoración crítica de la medida. 4. Para la reflexión durante el proceso de transposición…* III. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Las nuevas Directivas sobre contratos públicos contemplan expresamente la posibilidad de que los operadores económicos afectados por una prohibición de contratar no sean excluidos de la licitación, cuando acrediten haber adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido, así como a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas. Esta comunicación pretende reflexionar sobre los efectos que pueden surtir la adopción e implementación de programas de *Compliance* (cumplimiento preventivo) por parte de los operadores económicos en el marco de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado "Hacia una contratación pública eficiente", REF: DER 2012-39003-C02-0.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de reflexionar sobre el papel que pueden jugar los programas de *Compliance* en la contratación pública surge tras la lectura de un trabajo del profesor de Derecho Penal Carlos Gómez-Jara Díez, titulado «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los *Compliance programs* "anti-corrupción" como exigencias legales de contratación pública?»[1]. En ese trabajo se da cuenta, principalmente, de la experiencia estadounidense en cuanto a la función que estos programas de *Compliance* desempeñan en las licitaciones públicas, concluyendo el autor que «a futuro, resulta razonable que la administración pública exija la instauración de dichos sistemas de *Compliance* en las empresas contratistas para poder acceder a los contratos públicos».

Pues bien, en la línea que apunta el profesor Gimeno Feliú en su ponencia, al señalar la conveniencia de evaluar esta propuesta «en aras a la consecución efectiva del principio de integridad en la contratación pública[2]», el objetivo de esta comunicación es «recoger el guante» que lanzan los profesores Gómez-Jara y Gimeno Feliú, y reflexionar sobre el papel que pueden desempeñar los programas de *Compliance* en el marco de la contratación del sector público, así como valorar su previsión en la «nueva» regulación de la contratación pública que se encuentra en ciernes.

II. DESARROLLO

1. EL *COMPLIANCE* COMO INSTRUMENTO DE AUTORREGULACIÓN

Del incumplimiento de las normas (de muy diverso signo) derivan consecuencias negativas. Entre ellas, las sanciones (de distinta naturaleza) son las más importantes, pero no deben olvidarse otras consecuencias negativas «accesorias», como pueden ser la nulidad de acuerdos, las pérdidas financieras asociadas (por ejemplo, el desplome del valor de las acciones de una empresa), o la pérdida de su reputación en el mercado. La extensión y heterogeneidad de normas que resultan aplicables hoy en día

1. Capítulo recogido en el libro colectivo *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, dirigido por Mario Garcés Sanagustín y Alberto Palomar Olmeda, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
2. «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», ponencia presentada al X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 6 de febrero de 2015, *vid*. nota 127.

a cualquier actividad hace que aumenten las posibilidades de su incumplimiento. Y el hecho de que la ignorancia de las normas no excuse de su cumplimiento (y de la aplicación de las sanciones previstas para esos casos de incumplimiento) convierte en imprescindible el *Compliance*, con la que nos referimos a aquella función de gestión de las consecuencias que una entidad puede sufrir como resultado de incumplir las leyes, regulaciones, normas, estándares de autorregulación y códigos de conducta aplicables a sus actividades. A falta de otra definición legal de la función de *Compliance*, tomamos como equivalente la definición de «riesgo de incumplimiento» que ofreció en su día el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, en el documento publicado en Enero 2005 con el título *Compliance and the compliance function in Banks*[3]. Aunque ese documento se refiere al *Compliance* en el ámbito bancario, la aludida definición puede considerarse válidamente aplicable a cualquier otro ámbito de actividad o sector.

El *Compliance* reclama una «actitud activa» del sujeto[4], y en tanto que la función de *Compliance* se desarrolla generalmente con carácter voluntario[5], bien podría decirse que el *Compliance* invoca la autorregulación, en este caso dirigida a evitar el incumplimiento de las normas, y en consecuencia, participa de su característica fundamental: produce efectos públicos que los poderes públicos asumen o toman en consideración[6].

Aunque ya son bastantes los espacios públicos abiertos a la autorregulación[7], no son tantos los que específicamente atribuyen efectos a la implantación de programas de *Compliance*. El derecho penal es, desde hace poco, uno de ellos. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se

3. Documento accesible desde *http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf*.
4. Abundando en la idea de que la integridad en la contratación pública reclama también del compromiso de los operadores económicos («…su prevención no debe abordarse de marera unidireccional. El sector empresarial debe dar un paso al frente…»), Gimeno Feliú contempla estos programas de *Compliance* en su «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», publicado en la *Tribuna de opinión del Observatorio de Contratación Pública –www.obcp.es–* el 12 de noviembre de 2014.
5. Para ser precisos, la voluntariedad debe entenderse en el sentido de libertad para configurar o regular el contenido de la función de *Compliance*, ya que es cierto que, en determinados sectores, aun cuando no se predetermina su contenido, sí que hay una exigencia legal de autorregulación, llegando incluso a tipificar como infracción la ausencia de programas de *Compliance*. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de los servicios de inversión (Cfr. art. 70 ter de la de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores).
6. J. Esteve Pardo, *Autorregulación: Génesis y efectos*, Aranzadi, 2002, p. 181.
7. M. Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, 2005.

modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo en el ordenamiento español la responsabilidad penal de las personas jurídicas[8], independiente y compatible de la responsabilidad penal en la que incurra la persona física que cometió el delito por cuenta y en beneficio de la persona jurídica[9]. La actual regulación permite sin embargo la atenuación de tal responsabilidad penal de las personas jurídicas «cuando se hayan establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica» (Cfr. art. 31.bis.4.d del Código Penal). La reforma del Código Penal que actualmente se está tramitando en el Congreso llega incluso a contemplar la exclusión de esa responsabilidad, cuando se cumplan determinados requisitos, y entre otros, «cuando se hayan adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos»[10].

8. No hay que olvidar, sin embargo, que esa responsabilidad penal de las personas jurídicas no es completa, ya que, a renglón seguido, se establece la condición de «irresponsables penalmente» de determinadas personas jurídicas: el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público, o aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (Cfr. art. 31.bis.5 del Código Penal). El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, actualmente en tramitación, amplía el elenco de personas jurídicas que pueden ser consideradas penalmente responsables a las «sociedades mercantiles estatales, *autonómicas y locales* que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general». El Grupo Parlamentario Socialista ha planteado una enmienda para extender la exclusión de responsabilidad penal también a partidos políticos y sindicatos (Cfr. Enmienda nº 621), entidades que fueron excluidas del art. 31bis.5 con ocasión de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

9. Sin ánimo de exhaustividad, puede señalarse que la responsabilidad penal de la persona jurídica: a).– es directa, aunque precisa de una persona física que cometa el delito por ella y para ella; b).– es independiente de la responsabilidad penal de la persona física (sin que sea necesario que la persona física sea declarada penalmente responsable al mismo tiempo); c).– queda limitada a unos delitos determinados; y d).– la pena principal por la comisión de dichos delitos es la de multa.

10. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Resulta de interés la enmienda nº 815 al Proyecto de Ley que ha presentado el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que añade al anterior nuevos requisitos para considerar la exclusión de responsabilidad penal, cuando el delito fuera cometido «en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un

2. LOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* EN EL «NUEVO» DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Una de las novedades que incorporan las nuevas Directivas sobre contratos públicos, en cuya transposición al Ordenamiento español ya se ha comenzado a trabajar, es que en las mismas, sí que reconocen determinados efectos cuando, al hilo de la participación en un contrato, los operadores económicos se hayan dotado de programas de *Compliance*. En efecto, manteniendo la vigencia de ciertos motivos de exclusión (prohibiciones de contratar, si utilizamos la terminología 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 –TRLCSP–), el art. 57.6 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[11] señala que:

órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma». Así, según la citada enmienda, «la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:
1.) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
2.) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
3.) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y;
4.) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.a.
En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

11. Precepto que se repite en el arts. 38.9 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Y aunque no encontramos referencia alguna en el art. 80 («Uso de los motivos de exclusión y los criterios de selección previstos en el marco de la Directiva 2014/24/UE»), el Considerando 107 de 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 y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE indica que «Cuando las entidades adjudicadoras estén obligadas a aplicar u opten por aplicar los criterios de exclusión mencionados, deben aplicar lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE en lo que respecta a la posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento encaminadas a

> «6. 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.
>
> A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.
>
> Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.
>
> Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva».

Efectivamente, frente a la concurrencia en un licitador de una causa de exclusión/prohibición de contratar, la nueva Directiva obliga a los Estados destinatario a prever en las normas de transposición una posible excepción a esa exclusión «automática», cuando dicho licitador hubiera, entre otras cosas, adoptado medidas de cumplimiento que ofrezcan suficientes garantías para reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido, así como para prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas. La Directiva, en nuestra opinión, configura como un derecho de los operadores económicos el de poder presentar pruebas de las medidas adoptadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas para «levantar» la prohibición de contratar que les afecte, y lo hace de una manera basta clara, precisa e incondicionada (circunstancia

---

reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas y a prevenir eficazmente nuevos casos de conducta indebida».

que determinaría su efecto directo en caso de no transposición a lo Ordenamientos internos). Obsérvese que ese derecho no deja en manos del operador económico la facultad de «eludir» la prohibición de contratar en la que esté incurso, pues en todo caso es necesario un juicio de alguien, no predeterminado desde la Directiva (con lo que serán los Estados miembros quienes atribuyan esa función de evaluación de los programas de *Compliance* a un órgano determinado), que acepte, o motivadamente deniegue, la suficiencia de las medidas incluidas en el programa de *Compliance*, y consecuentemente (en el segundo caso), se mantengan los efectos propios de la prohibición de contratar.

3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA MEDIDA

La medida que introduce el art. 57.6 de la Directiva 2014/24 (y que se contempla en los mismos términos en la Directiva 2014/23 y 2014/25) permitirá excepcionar la aplicación del sistema de causas de exclusión/prohibiciones de contratar, que hasta ahora operaba de manera automática sobre los operadores económicos en quienes concurrían dichas causas de exclusión. Un comportamiento «no ejemplar» en el pasado determina *ope legis* la falta de aptitud para seguir contratando con el sector público en el futuro. La nueva previsión permitirá cierta «relajación» del «dogma» de las prohibiciones de contratar, premiando la «corresponsabilidad» en la prevención de nuevos delitos o infracciones administrativas.

La atribución de efectos positivos para las empresas incursas en prohibición de contratar con el sector público que implementen programas de *Compliance* abre, en definitiva, un nuevo espacio en el ámbito de los contratos públicos para la «autorregulación», aunque por el momento esa «autorregulación» no se encuentre todavía regulada (o al menos mínimamente esbozada)[12]. Y tal circunstancia es precisamente lo que determina que su aplicación práctica se nos antoje más virtual que real. Dicho de otro modo: resulta ineludible que las normas nacionales de transposición acometan con urgencia el desarrollo tanto sustancial como procedimental del art. 57.6 de la Directiva, concretando en qué consisten y qué requisitos les son exigibles ex *ante* a los programas de *Compliance,* para lograr su efectividad *ex post*. La falta o insuficiente desarrollo de las previsiones incluidas en la Directiva traerá como consecuencia más evidente una situación de inseguridad jurídica tanto para las empresas (beneficiarias de la medida

12. Sobre el concepto de «autorregulación regulada» *Vid*. M. Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, 2005.

introducida por la Directiva) como para los órganos de contratación (que son los que, en última instancia, deben admitir o rechazar a un licitador).

Nada nos dicen las Directivas sobre el contenido de esos programas de *Compliance*, ni se aportan muchos criterios con los que pueda enjuiciarse su suficiencia (especialmente necesarios cuando lo que sí se establece expresamente es la necesidad de motivar su insuficiencia), y esta «debilidad» puede poner en riesgo la aplicabilidad de esta excepción a la regla de la exclusión del licitador del procedimiento[13]. A falta de conocer cómo se incorpora dicha previsión de la Directiva en los Ordenamientos nacionales durante el proceso de transposición, nos encontramos ante una previsión determinante de un amplio grado de inseguridad jurídica, al no estar mínimamente predeterminado cuáles son esas medidas que podrán ser consideradas «apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas» y atribuirles un efecto tan importante como es el de «levantar» una prohibición de contratar[14]. La única «pauta interpretativa» que se ofrece, en sede de Considerandos, es que, «en concreto, podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización»[15].

---

13. Es precisamente esa «falta de contenido legalmente establecido» de los programas de *Compliance*, la que en el ámbito penal ha sido señalada por la Doctrina como uno de los obstáculos para la plena operatividad del art. 31.bis del Código Penal. En este sentido, *vid*. J. G. Fernández Teruelo: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica)» *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 25, septiembre 2011, p. 35, y también N. J. De la Mata, «La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal», en J. L. De la Cuesta Arzamendi (Dir.) *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2013, p. 249.
14. Se trata de determinar cuáles son las *Compliance tools* idóneas: Entre esos contenido debería figurar la Designación del *Compliance Officer*, protocolos de investigación de cualquier incumplimiento de las medidas contenidas en el modelo, establecimiento de un mecanismo de denuncia anónima para cualquier trabajador pueda reportar, de manera confidencial, las infracciones apreciadas (*whistleblowing*), un régimen disciplinario que responda a las infracciones detectadas en el seno de la organización, etc…
15. Cfr. Considerandos 71, 102 y 107, de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 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, y de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por

Excede del objeto de esta comunicación –para ajustarnos a las reglas de presentación de Comunicaciones fijadas por el Comité organizador del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo– el determinar el concreto contenido que deben incluir esos programas de *Compliance*. Pero no podemos resistirnos a señalar aquí, al menos, que la clave para la no exclusión del licitador del procedimiento de adjudicación no depende de que el sistema de prevención sea «efectivo», esto es, de que consiga evitar la comisión de nuevos delitos o infracciones. En este importante matiz de configuración reside una de las diferencias entre lo dispuesto en el Código Penal y lo que señala la Directiva de contratos públicos. La atenuante prevista en el art. 31 bis CP tiene como presupuesto que las medidas establecidas para prevenir o descubrir delitos sean *eficaces*, todo un ejemplo de imprecisión (y nuevamente de inseguridad jurídica), tal y como ha criticado la doctrina penalista[16]. La Directiva de contratos públicos se refiere en cambio a la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, *apropiadas*[17] para evitar nuevas infracciones penales o faltas. A nuestro juicio, los términos «eficaces» y «apropiadas» que utilizan el Código Penal y la Directiva de contratos públicos respectivamente no son equivalentes ni intercambiables. El juicio de idoneidad de las medidas incluidas en los programas de *Compliance* requiere su valoración *ex ante* como instrumento apto («apropiado») para evitar la comisión de infracciones en el futuro. En cambio, la «eficacia» de las medidas (o mejor dicho, su «ineficacia») sólo puede ser valorada *ex post*, cuando se han cometido nuevos delitos, momento en el que ya carece de sentido entrar a valorar los efectos atenuantes (en la versión actual del Código Penal) de esos programas de *Compliance*. Es por ello que, en la reforma del Código Penal actualmente en tramitación, el Grupo Parlamentario Popular ha presentado una enmienda para la modificación del art. 31 bis, que en lo que ahora nos importa, establece como primer requisito para eximir (no sólo atenuar) a la persona jurídica de responsabilidad penal «que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control *idóneas* para prevenir delitos de la misma

entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, respectivamente.

16. Para J. G. Fernández Teruelo, en la práctica la «eficacia» no dependerá del tipo de medidas que se adopten y sí de la forma concreta en que en el futuro se ejecuten, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica)» *Revista Jurídica de Castilla y León,* nº 25, septiembre 2011, p. 35.
17. «Appropriate» en la versión inglesa de la Directiva 2014/24; «propres à» en la versión francesa de la misma; e «idonei» en la versión italiana.

naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión»[18]. En línea pues con la reforma del Código Penal actualmente en tramitación, para vencer la causa de prohibición de contratar resultará suficiente que los operadores económicos implanten un sistema razonable y adecuado para evitar la comisión de nuevos delitos o infracciones administrativas.

Una de las cuestiones clave, implícita aunque no suficientemente advertida en el art. 57.6 de la Directiva 2014/24, es a quién corresponderá fiscalizar la idoneidad de los programas de *Compliance* que tendrá una consecuencia tan importante como la de «alzar» la prohibición de contratar. En sus Considerandos, las Directivas indican al respecto que los Estados miembros «han de poder decidir si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado». A mi juicio, dejar la decisión en manos de los órganos de contratación puede llevar a resultados contradictorios (un órgano de contratación podría estimar la idoneidad del programa de *Compliance* de un licitador y «desactivar» la causa de prohibición de contratar y otro órgano de contratación podría entender inidóneo dicho programa, y en consecuencia, mantener la prohibición de contratar). Por eso la labor de apreciar la idoneidad del programa de *Compliance* debe recaer en un órgano especializado y con «jurisdicción» (si se me permite la expresión) en todo el territorio nacional. Aunque para ello muy probablemente debería contar con un asesoramiento especializado en materia de Derecho penal y otros (es éste un ámbito que reclama, de nuevo, la profesionalización del personal que interviene, con distintas funciones, en los procedimientos de contratación pública), sería una función a atribuir a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que debería desarrollar en colaboración con las Juntas Consultivas Autonómicas, «extendiendo» a todo el territorio nacional los efectos de las decisiones que adopten dichos órganos autonómicos sobre esta cuestión.

4. PARA LA REFLEXIÓN DURANTE EL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN…

Puede que sólo sea una impresión mía, pero creo que el sistema de control de la concurrencia de causas de prohibición de contratar en los licitadores es bastante «imperfecto», al menos en cuanto a su funcionamiento práctico. En la situación actual es tan fácil que la ausencia de prohibiciones de contratar

18. Enmienda 815 al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 4 de octubre de 2013.

quede «sin verificar» por los órganos de contratación (y ello por motivos muy diversos[19]), y por tanto nadie impida el acceso a un contrato público de una empresa en la que concurra un motivo de exclusión, que no acierto a comprender qué estímulos puede tener esa empresa en la que concurre la prohibición de contratar para implementar un programa de *Compliance* con el que «superar» esa prohibición de contratar. Y de ahí que nos mostremos críticos (o más bien excépticos) con la medida que ahora se introduce en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24, a la que pronosticamos una limitadísima aplicación.

Cuestión distinta sería que se estableciese que las causas de exclusión o prohibiciones de contratar produjesen efectos no sólo en relación con el acceso a los nuevos contratos, sino también en relación con aquellos que se encuentran en fase de ejecución. Y aunque tímidos todavía, los primeros pasos para ello ya se han dado en la nueva Directiva 2014/24, que contempla la posibilidad de resolver un contrato cuando «el contratista hubiera estado, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones a que se refiere el artículo 57, apartado 1, y por lo tanto hubiera debido ser excluido del procedimiento de contratación» (Cfr. art. 73.b).

Es en el escenario «de la ejecución de los contratos» donde, a mi juicio, resulta más interesante atribuir efectos a los programas de *Compliance*. Para ello sería necesario, resulta preciso advertir, que la legislación de contratos públicos estableciese un «efecto comunicante» de las declaraciones de pro-

19. La apreciación de la concurrencia de ciertas causas de prohibición de contratar corresponde directamente a los órganos de contratación, que salvo en contadas ocasiones, carecen de medios para comprobar si la declaración que sobre la no concurrencia de causas de prohibición de contratar, presentan los licitadores, que debe ser «responsable», es cierta o es falsa. Salvo en el caso de no hallarse el licitador al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social (porque tanto la Agencia Tributaria como la Administración de la Seguridad Social emiten los correspondientes certificados), el resto de causas de prohibición de contratar son muy difíciles de «apreciar directamente» por los órganos de contratación. Sobre el papel, «las autoridades y órganos competentes» deben notificar a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, las sanciones y resoluciones firmes recaídas que lleven aparejada la prohibición para contratar con el sector público a fin de que puedan adoptarse las resoluciones que sean pertinentes. Y también es cierto que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado puede recabar de estas autoridades y órganos cuantos datos y antecedentes sean precisos a los mismos efectos (Cfr. art. 61.5 TRLCSP). Pero me gustaría saber (a lo mejor es una buena pregunta para presentar a través del procedimiento previsto en los arts. 17 y ss. de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) cuántas de esas notificaciones a las que alude el precepto ha recibido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, o cuántos requerimientos a los que alude también el art. 61.5 TRLCSP ha realizado en los últimos tiempos.

hibición de contratar sobre aquellos contratos que la empresa se encontrase ejecutando en ese momento. La declaración de prohibición de contratar se convertiría además en «prohibición para continuar con la ejecución de contratos públicos», incurriendo estos en una causa de resolución que habría que incorporar al catálogo de las ya previstas en el art. 223 TRLCSP.

Con esos presupuestos, la implantación de programas de *Compliance* sí que sería un estímulo para las empresas, para el caso de que se permitiese continuar con la ejecución de los contratos públicos (es decir, «levantar» la causa de prohibición de ejecución de contratos públicos) cuando se considerase que dicho programa de *Compliance* contempla medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o administrativas.

III. BIBLIOGRAFÍA

Darnaculleta i Gardella, M., *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, 2005.

De la Mata, N. J., «La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal», en J. L. De la Cuesta Arzamendi (Dir.) *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2013.

Esteve Pardo, J., *Autorregulación: Génesis y efectos*, Aranzadi, 2002.

Fernández Teruelo, J. G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica)» *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 25, septiembre 2011.

Gómez-Jara Díez, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los *Compliance programs* "anti-corrupción" como exigencias legales de contratación pública?» en M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (Dirs.) *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

Gimeno Feliú, 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», ponencia presentada al X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 6 de febrero de 2015.

– «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», publicado en la *Tribuna de opinión del Observatorio de Contratación Pública –www.obcp.es–* el 12 de noviembre de 2014.

Capítulo XIX

Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos. Novedades en las nuevas Directivas de contratación pública*

XIMENA LAZO VITORIA
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

SUMARIO: I. ANTECEDENTES GENERALES: NUEVOS Y ANTIGUOS TIPOS CONTRACTUALES Y LA VIS EXPANSIVA DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO: ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL CONCEPTO DE CONCESIÓN DE OBRAS O DE SERVICIOS. III. LOS CONTRATOS MIXTOS. *1. Estado de la cuestión: la regulación vigente. 2. Las reglas establecidas en las nuevas Directivas para los contratos mixtos (visión general). Sobre 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 la Directiva 2014/24. 2.2. Contratos mixtos *ad extra*: la combinación de prestaciones reguladas por la Directiva 2014/24 y por otros regímenes jurídicos. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este trabajo destaca algunos de los núcleos temáticos más importantes que abordan las nuevas Directivas de contratación pública. En primer lugar, el sometimiento de los contratos de concesión a una regulación armonizada –un cambio especialmente relevante para las concesiones de

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación "Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia" (DER 2012-39003-C02-02) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

servicios ya que hasta el momento se encontraban expresamente excluidas de la dicha regulación– y la muy significativa regulación de la transferencia de los riesgos como clave de bóveda del nuevo modelo. En segundo lugar, se destaca la notable *vis* expansiva del Derecho comunitario (cuatro Directivas) y la consiguiente necesidad de articular adecuadamente las posibles combinaciones entre todas ellas (*ad intra* y *ad extra*). Ello pone de manifiesto la importancia renovada que presenta la figura de los contratos mixtos y las reglas que ahora se formulan para su regulación.

I. ANTECEDENTES GENERALES: NUEVOS Y ANTIGUOS TIPOS CONTRACTUALES Y LA VIS EXPANSIVA DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Hace unos meses (26 de marzo de 2014) han sido publicadas un grupo de nuevas Directivas comunitarias[1] que profundizan en la progresiva ampliación de las normas sobre contratación pública en el ámbito europeo[2]. Entre otras cosas, cabe destacar que por primera vez se ha aprobado una *regulación armonizada para los contratos de concesión de obras y de servicios* los cuales, como es sabido, tienen una relevancia económica muy destacada y representan, además, la mayor parte de los contratos de colaboración o asociación público-privada que se celebran en el ámbito europeo[3]. Junto a lo anterior, la normativa comunitaria ha rebasado sus límites tradicionales (adjudicación) para adentrarse ahora también en el ámbito de la *ejecución*

1. Las denominadas Directivas de cuarta generación. Son las siguientes: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y, Directiva 2014/23/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
2. Sobre las nuevas Directivas de contratación, vid.: Gimeno Feliú, José María; "*Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública*". *REDA*, nº 159, 2013, pp. 39-106. Del mismo autor, su reciente 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.* Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014. Véase también el trabajo de Moreno Molina, J. A: "*La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos*". En VVAA, *Observatorio de los Contratos Públicos* 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
3. *Vid.* Comunicación de la Comisión Europea "Acta del Mercado Único Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento»" de 13 de abril de 2011.

contractual[4]. En efecto, las Directivas prevén un régimen jurídico específico para la modificación de los contratos públicos y las concesiones y, además, se añaden novedosas disposiciones relativas a la resolución de dichos negocios jurídicos.

Esta notable *vis* expansiva de la legislación comunitaria no alcanza, sin embargo, la creación de nuevos tipos contractuales –como sí ha acontecido en España con el denominado Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado desde 2007– sino que con la formulación de una definición armonizada de aquellos contratos tradicionales que son, por cierto, los que con mayor frecuencia celebran las Administraciones Publicas o más precisamente los poderes adjudicadores[5]. Así ha sucedido desde las primeras intervenciones del legislador comunitario en esta materia –Directiva 71/305/CEE sobre obras, 77/62/CEE suministros y Directiva 92/50/CEE servicios– y esto es lo que acontece ahora con los contratos de concesión (de obras y servicios) ex art. 5.1 Directiva 2014/23. Nótese que una de las justificaciones esgrimidas por el legislador comunitario para la aprobación de una regulación específica para las concesiones –diferenciadas de los "contratos públicos", Directiva 2014/24– reside precisamente en la ausencia de un concepto o definición aplicable a los citados contratos[6]. A

4. Desde sus inicios el Derecho comunitario de la contratación pública pretende garantizar ante todo que la preparación y adjudicación de los contratos públicos se realice mediante procedimientos objetivos y con una adecuada publicidad. No hay en las Directivas comunitarias "una regulación completa del régimen jurídico de la contratación pública sino tan solo de la fase de preparación y adjudicación de los contratos, fase ésta que es la que realmente interesa al Derecho comunitario, pues es la que produce o evita las posibles discriminaciones al contratar". *Vid.* J. L. Piñar Mañas "*El Derecho comunitario como referencia del Derecho español de contratos públicos*". En: Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". R. Gómez-Ferrer Morant (Dir.), Thomson/Civitas, 2ª ed., Madrid, 2004, p. 36.

5. Nótese, sin embargo, que el Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Publico (marzo de 2015) ha adoptado algunas decisiones muy relevantes en relación con los tipos contractuales. En primer término, la eliminación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (regulado en el vigente art. 11 Real Decreto Legislativo 3/2011) dada la "escasa utilidad práctica" de esta figura. Además, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se indica que "la experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato (CPP) se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente el contrato de concesión. Y, en segundo término, cabe destacar que desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, por tanto, de los distintos modos de gestión indirecta, salvo el contrato de concesión de servicios.

6. A esta justificación se refiere el Considerando 18 en los siguientes términos "las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato publico han generado una inseguridad jurídica continua entre las

partir de ahora, pues, su calificación jurídica (como contrato de concesión) descansa en la efectiva transferencia del denominado "riesgo operacional".

Pero dicho lo anterior, la sucesiva creación de regímenes jurídicos comunitarios diferenciados para tales contratos (obras, suministros, servicios y concesiones) 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 ampliación de las normas aplicables a la combinación de prestaciones tanto *intra* como *inter* Directivas. Ello explica 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– y cuyo estudio resulta una tarea compleja (multiplicidad de combinaciones) pero al mismo tiempo insoslayable dada la frecuencia con que los poderes adjudicadores recurren a este tipo de fórmulas. En las nuevas normas sobre contratos mixtos luce, a mi juicio, la decida voluntad del legislador comunitario de crear un sistema cerrado fijando de antemano las normas aplicables a las posibles combinaciones de prestaciones o, en su caso, de regímenes jurídicos completos. En el plano español ello obligará a valorar la compatibilidad de determinadas previsiones con el nuevo marco legal[7] y más importante aún, la transposición de dichas normas brinda una (nueva) oportunidad al legislador español para corregir ciertas incorrecciones que presenta la regulación de los contratos mixtos en el vigente art. 12 Real Decreto Legislativo 3/2011[8].

II. LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO: ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL CONCEPTO DE CONCESIÓN DE OBRAS O DE SERVICIOS

Una aportación muy relevante de la nueva Directiva de concesiones reside en la clarificación del concepto de contrato de concesión así como en la *determinación de los riesgos que el* concesionario debe asumir (Consi-

---

partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, *debe aclararse la definición de "concesión"*, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional" (cursiva no es original).

7. Por ejemplo, la que otorga a la voluntad de las partes la disponibilidad del régimen jurídico en el contrato de colaboración público privada (art. 313 TRLCSP).
8. En este aspecto me remito a mi trabajo Lazo Vitoria, X.: "Los contratos mixtos", *RAP* nº 179, 2009, pp. 143-165.

derandos 18 a 20 y art. 5.1 Directiva 2014/23)[9]. La norma recoge la definición tradicional de concesión y su nota más característica según la cual, la retribución del concesionario consiste en el derecho a explotar la obra o el servicio, acompañado o no de un pago. Así, las concesiones son: c*ontratos a título oneroso celebrados por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían [según los casos] la ejecución de obras o prestación y la gestación de servicios a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras o servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.*

Pero lo realmente novedoso del concepto se establece en la parte final del art. 5.1, a cuyo tenor:

> "La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará *la transferencia al concesionario de un riesgo operacional* en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable".

De acuerdo con esta disposición, el elemento clave en la calificación jurídica de estos contratos es la efectiva transferencia de lo que el legislador comunitario denomina "ri*esgo operacional*", es decir, el riesgo derivado la explotación de las obras o servicios objeto de la concesión. En este aspecto la Directiva de concesiones no establece, en mi parecer, un nuevo estado de cosas –sin dejar de reconocer, claro está, la importancia de su plasmación normativa– ya que sustancialmente recoge la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos años[10]. En resumen, no hay contrato de concesión –no es posible aplicar

9. Así lo destaca Hernández González, F.: "La nueva Directiva de Concesiones. Un largo viaje con final esperado". *Ponencia X Congreso de la AEPDA*, Madrid, 2015. Sobre este tema, *vid.* también Lazo Vitoria, X.: "El futuro del mercado concesional en Europa", *Revista CEF Legal*, nº 154, 2013, pp. 137-174.

10. En efecto, el citado Tribunal ha venido considerando que la ausencia de una transferencia efectiva del riesgo económico impide calificar al contrato resultante como de concesión de obras o, en su caso, servicios. Vid., entre otras, las SSTJUE 27 de octubre de 2005, Contse y otros, asunto C-234/03; de 18 de julio

dicha calificación jurídica– sin la transferencia *efectiva* del riesgo. La parte de los riesgos transferidos al concesionario implica "una exposición real a las incertidumbres del mercado" (art. 5.1 in fine). De ahí que se afirme que una normativa específica para este tipo de contratos no estaría justificada "si el poder o entidad adjudicadora aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes que el contratista deba asumir en relación con la ejecución del contrato" porque, se entiende que, en ese caso, no ha habido asignación real del riesgo al concesionario (Considerando 18).

La identificación de los riesgos (tipos) que es necesario transferir (segunda parte del art. 5.1 Directiva 2014/23 supra citado) es otro de los aciertos del nuevo texto normativo aunque debe advertirse que la redacción del precepto en lo que respecta a la definición de tales riesgos carece de la adecuada claridad. Dice el legislador que hay transferencia del riesgo operacional cuando corre de cuenta del concesionario: a) el riesgo de demanda; b) el riesgo de suministro (al que también denomina "riesgo de oferta"); o, c) ambos.

Ahora bien, riesgo de demanda es "el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato" y, por su parte, el riesgo de suministro es "el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda". Como se observa se trata de definiciones tautológicas –riesgo de suministro es el relativo al suministro– y, por lo tanto, escasamente explicativas. Sin que en este momento sea posible entrar en un análisis de mayor extensión, dejo constancia de algunos problemas interpretativos derivados de la norma *supra* referida. No hay referencia al "riesgo de disponibilidad" –terminología que sí aparecía hasta bien avanzado el proceso legislativo[11]– lo cual podría significar sólo un cambio formal (sustitución de "disponibilidad" por "suministro") o de semántica: el riesgo de suministro o de oferta es una cosa distinta de la disponibilidad[12].

---

de 2007, Comisión/Italia, asunto, C-382/05 y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, asunto C-437/07.

11. Para un análisis del proceso legislativo *vid.* LAZO VITORIA, X.: "El futuro del mercado concesional*…*, *cit*.

12. Coyle, C. "*Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad*? *http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/nueva-directiva-sobre-adjudicacion-de-concesiones-excluye-las-basadas-en-la-transferencia-del-riesgo-de-disponibilidad* (último acceso 27 de marzo de 2014) apunta como interpretación posible la exclusión del riesgo de disponibilidad dentro del concepto comunitario de riesgo operacional, es decir, no sería, en su opinión un mero cambio terminológico sino que de fondo. Ar-

A este respecto, recuérdese que la disponibilidad alude, en líneas generales, al volumen o, en su caso, a determinados estándares o requisitos asociados con la calidad de la infraestructura o de los respectivos servicios. Siendo ello así (cambio semántico), habría que determinar qué significa o qué contenido cabe atribuir al riesgo de suministro –no es disponibilidad pero tampoco uso– una tarea nada sencilla porque la redacción del precepto no ofrece en este punto mayores antecedentes y, salvo error de mi parte, tampoco hay antecedentes al respecto en los debates del Parlamento europeo. Pero más importante aún, si concluimos que el riesgo de disponibilidad no se recoge en la Directiva 2014/23 quiere decir que no es posible calificar como concesión a un contrato en el que la retribución del concesionario se basa exclusivamente en estándares de calidad o relacionados con el volumen de los servicios. Una situación compleja y que obligará a cambiar mucho las cosas: me refiero, a la adjudicación en España de contratos de concesión transfiriendo únicamente el riesgo de disponibilidad. Una solución adoptada al socaire de la crisis económica pero que parece difícilmente conciliable con la nueva conceptualización de los contratos de concesión[13].

La lectura del borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Publico (fechado en marzo de 2015 y cuyo texto se ha conocido recientemente) revela que, de momento, la transposición de las citadas Directivas a Derecho interno pasa por identificar el riesgo operacional con: a) el riesgo de demanda; b) el riesgo de *disponibilidad*; o c) ambos, *por lo menos en lo que respecta al contrato de concesión de obras*. En efecto, en la norma destinada a regular la retribución por la utilización de las obras (art. 255 Real Decreto Legislativo 3/2011 y art. 265.4 del Borrador Anteproyecto) se establece expresamente que "la retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta *el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios, en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares*" (cursiva nuestra). Lo que supone un cambio muy significativo si lo comparamos con la vigente

---

gumenta Coyle que según el Considerado 20 de la Directiva 2014/23 el riesgo operacional "debe derivarse de factores que escapan del control de las partes… los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato…". Y ello le lleva a afirmar que "ciertamente, el riesgo de disponibilidad está vinculado a la mejor o peor gestión por parte del concesionario, y se trata de un riesgo que, de algún modo, depende de factores que el concesionario puede controlar".

13. *Vid.* Lazo Vitoria, X.: "El futuro del mercado concesional…, *cit*., pp. 137 y ss.

redacción del citado precepto. Incluso más, el art. 265.4 del Anteproyecto declara ahora con rotundidad que "en caso de que la retribución se efectuase mediante *pagos por disponibilidad deberá preverse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la inclusión de índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad* independientes de las posibles penalidades en que pueda incurrir el concesionario en la prestación del servicio".

Algo distinto, al parecer, tiene lugar con los contratos de concesión de servicio. Ello es así porque en dicho ámbito no hay una aclaración similar a la introducida para las concesiones de obras. En efecto, tanto el vigente texto como el Anteproyecto (art. 281 Real Decreto Legislativo 3/2011 y 287 del Borrador del Anteproyecto) establecen que entre las contraprestaciones económicas a las que tiene derecho el concesionario se "incluirá para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su *utilización*, que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración". Aquí pues hay únicamente referencia al uso o riesgo de demanda.

III. LOS CONTRATOS MIXTOS

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA REGULACIÓN VIGENTE

La hoy derogada Directiva 2004/18/CE al igual que las anteriores Directivas sobre contratación administrativa[14] estableció algunas reglas específicas aplicables a los contratos mixtos. Por una parte, tratándose de contratos que combinen servicios y suministros, el artículo 1.2.d) de la citada Directiva prescribía que se considerará como un «contrato público de servicios» cuando el valor de los servicios en cuestión sea superior a los respectivos productos. En cambio, resultaban de aplicación las reglas del contrato de suministros cuando el valor de los bienes (suministrados) resultaba igual o superior al de los servicios prestados Por otra parte, cuando se trata de fusionar obras con servicios o, en su caso, suministros, la Directiva consideraba el carácter accesorio o no de las primeras (obras) en relación con los segundos (servicios, suministros) para determinar el régimen jurídico aplicable al respectivo contrato público (art. 1.2.c) y d) Directiva 2004/18. Como ya he indicado en un trabajo anterior, en este último supuesto la determinación de las reglas aplicables no se realiza exclusi-

14. En la regulación anterior a 2004 dichas reglas estaban contenidas en el artículo 1.a) de la Directiva 93/37, de 14 de junio, sobre contratos de obras; artículo 1.a) de la Directiva 93/36, de 14 de junio, sobre contratos de suministros, y artículos 2 y 10 de la Directiva 92/50, de 18 de junio, sobre contratos de servicios.

vamente en base al criterio económico *(value test)*, sino que considerando también otros criterios cualitativos que permitan determinar el objeto principal del respectivo negocio. A ello debe sumarse como elemento de interpretación, decíamos entonces, lo indicado en el Considerando 10 de la Directiva 2004/18/CE, a propósito del carácter principal o accesorio de las obras en esta clase de negocios. En palabras del legislador comunitario «un contrato debe considerarse un contrato público de obras sólo si su 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* [obras]». Y, más adelante, que los contratos públicos de servicios podrán incluir obras en determinadas circunstancias; no obstante, «cuando dichas obras *sean accesorias al objeto principal* del contrato y sean, por tanto, c*onsecuencia o complemento del mismo*, el contrato no podrá considerarse como un contrato público de obras».

Por lo que se refiere a la legislación española y prescindiendo en este momento de referencias anteriores, cabe recordar que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introdujo importantes modificaciones en el régimen jurídico de los contratos mixtos. Entre estas cabe subrayar que la LCSP, distanciándose de la regulación tradicional (criterio de la absorción), optó por aplicar en su lugar la regla de la combinación. Ello significa que cada una de las prestaciones fusionadas se rige por sus propias normas salvo en lo que respecta a la adjudicación del contrato (forzosamente es necesario aplicar un único régimen jurídico). Ahora bien, dicha adjudicación, según el tenor literal del artículo 12 LCSP, se regirá «en todo caso» por las normas que correspondan a la prestación «que tenga más importancia desde el punto de vista económico». Con ello, el órgano de contratación sólo está habilitado para constatar qué prestación representa un porcentaje mayor en el precio y a aplicar su respectivo régimen jurídico. No pudiendo, por tanto, considerar otros criterios complementarios para determinar qué prestación es la principal o caracterizadora del respectivo contrato mixto. No deja de ser sorprendente que la Ley de 2007, es decir, cuando ya estaba en vigor la Directiva 2004/18 y cuando precisamente se procedía a su transposición, se optase por consagrar una regla –la del criterio único: prestación de mayor relevancia económica– en circunstancias que, como ha quedado expuesto supra la citada solución no coincidía (plenamente) con la que, a su vez, se recogía en la normativa comunitaria. Las sucesivas reformas experimentadas por la LCSP de 2007 y la posterior entrada en vigor 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 ha mantenido inalterada la regulación precedente. En efecto, el vigente art. 12 del citado texto legal dispone que: "Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distante clase se atenderá en *todo caso*, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la *prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico*". En un trabajo anterior a cuyo contenido me remito he manifestado un juicio crítico respecto de la señalada disposición[15]. Cabe señalar, no obstante, que algunos recientes pronunciamientos de los Tribunales de recursos contractuales y de órganos consultivos de contratación administrativa han venido a establecer, en mi parecer, una doctrina correcta, realizando una interpretación acorde con las disposiciones comunitarias. Es el caso, entre otros, del Informe 10/2014, de 2 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a la determinación del régimen jurídico del contrato mixto "Pista de evacuación e innivición artificial en la estación de esquí de Panticosa".

2. LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS PARA LOS CONTRATOS MIXTOS (VISIÓN GENERAL). SOBRE EL CARÁCTER SEPARABLE O NO DE LAS PRESTACIONES Y EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

Estos son los dos elementos centrales sobre los que se construye la teoría de la contratación mixta en las nuevas Directivas comunitarias. Responden a un orden de precedencia muy claro que el propio legislador comunitario se encarga de precisar: solo ahí donde existan prestaciones que no sean objetivamente separables cabe la celebración de contratos mixtos. Dicha determinación no se entrega a la libre valoración del respectivo poder adjudicador –no es suficiente, subraya el legislador, su intención expresa o presunta de considerar indivisibles determinadas prestaciones– sino que debe apoyarse en "pruebas objetivas capaces de justificarla y de establecer la necesidad de celebrar un contrato único" (Considerandos 29 Directiva 2014/23 y 11 Directiva 2014/24)[16]. Hay dos aclaraciones adicionales de la mayor importancia: la primera, que el citado análisis debe basarse en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión

15. Lazo Vitoria, X: "Los contratos mixtos…, *cit*., p. 143 y ss.

16. Esa necesidad justificada de celebrar un único contrato se ejemplifica en el citado Considerando mediante la formulación del siguiente supuesto: en el caso de la construcción de un único edificio del que una parte vaya a 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.

Europea y, segunda, que la necesidad de celebrar un único contrato puede deberse a motivos tanto de carácter técnico como económico.

Una vez que se haya acreditado el carácter no separable de las prestaciones y, por tanto, la necesidad de celebrar un contrato mixto, corresponde fijar el régimen jurídico aplicable al mismo. Dicha tarea se realiza al igual que en la legislación precedente identificando la *prestación principal* del contrato aunque con leves modificaciones derivadas de la nueva configuración los servicios. Para el adecuado entendimiento de las diferentes opciones conviene subdistinguir entre contratos mixtos que podemos denominar "ad intra", es decir, aquellos que combinan prestaciones reguladas todas ellas por una misma Directiva, de aquellos otros "ad extra", es decir, que combinan prestaciones reguladas por distintos estatutos (*v. gr.* suministros Directiva 2014/24 y concesiones de obras, Directiva 2014/23). Dados los límites de esta comunicación, no resulta posible una exposición acabada de las diferentes posibilidades por lo que nos limitaremos a dar una visión general de las reglas contenidas en la Directiva 2014/24.

2.1. Contratos mixtos *ad intra*: la combinación de prestaciones reguladas todas ellas por la Directiva 2014/24

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. En otros términos, 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: todos aquellos que permitan 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.

2.2. Contratos mixtos *ad extra*: la combinación de prestaciones reguladas por la Directiva 2014/24 y por otros regímenes jurídicos

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 separable de las mismas. En el primer supuesto, como es lógico, se adjudicarán contratos separados y, por lo tanto, no existirá contrato mixto alguno. Una aclaración casi pedagógica que se incluye en el art. 3.4 primera parte de la Directiva "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 las prestaciones sean separables, es decir, cuando no exista justificación objetiva de celebrar un contrato mixto y a pesar de ello se decida una adjudicación conjunta, se 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…." (art. 3.4 segunda parte Directiva 2014/24). Sin embargo, en el supuesto de que se combinen alguna de las prestaciones de la Directiva 2014/24 con concesiones, 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 que 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[17].

Por último, en el segundo supuesto, es decir, cuando se trate de prestaciones que no son separables, el régimen jurídico del contrato resultante se determinará en función del objeto principal del respectivo contrato (art. 3.6 Directiva 2014/24).

IV. BIBLIOGRAFÍA

Coyle, C.: "Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?" *http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/nueva-directiva-sobre-adjudicacion-de-concesiones-excluye-las-basadas-en-la-transferencia-del-riesgo-de-disponibilidad* (ultimo acceso 27 de marzo de 2014).

17. También se prevén reglas específicas para la combinación de prestaciones con la Directiva 2014/25 (art. 3.5 Directiva 2014/24).

GIMENO FELIÚ, J. Mª.: "Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública". *REDA* nº 159, 2013, pp. 39-106.

– *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, Cizur Menor, 2014.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.: "La nueva Directiva de Concesiones. Un largo viaje con final esperado". *Ponencia X Congreso de la AEPDA*, Madrid, 2015.

LAZO VITORIA, X.: "Los contratos mixtos", *RAP* nº 179, 2009, pp. 143-165.

– "El futuro del mercado concesional en Europa", *Revista CEF Legal*, nº 154, 2013, pp. 137-174.

MORRENO MOLINA, J. A: "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos". En VVAA, *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

PIÑAR MAÑAS, J. L.: "El Derecho comunitario como referencia del Derecho español de contratos públicos". En: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. R. GÓMEZ-FERRER MORANT (Dir.), Thomson/Civitas, 2ª ed., Madrid, 2004, p. 36.